

TRIBUNAL DU TRAVAIL DU HAINAUT
Division Binche

J U G E M E N T

prononcé en audience publique supplémentaire de la dixième chambre.

EN CAUSE DE : **La S.A. XTRATHERM**, ayant son siège social situé
Rue Zénobe Gramme à 7181 FELUY
inscrite à la BCE sous le n° 0844.185.852

*partie demanderesse représentée par Maître Florence THIRION,
Avocate remplaçant Maître Luc VANAVERBEKE, Avocat à 1000
Bruxelles, rue Bréderode, 13.*

CONTRE : **1) Monsieur Alberino D**

*Première partie défenderesse comparissant en personne et assistée
par Madame Célia VANDENHOVE, mandataire syndicale, porteuse
d'une procuration écrite, dont les bureaux sont établis à 7000 Mons,
rue de Bettignies 10-12.*

**2) LA CONFEDERATION DES SYNDICATS CHRETIENS
(en abrégé CSC)**, dont les bureaux sont sis
Chaussée de Haecht, 579 à 1030 SCHAEERBEEK

Deuxième partie défenderesse ne comparissant pas.

**3) L'ORGANISATION SYNDICALE CSC Bâtiment, Industrie &
Energie** dont les bureaux sont sis
Rue Claude de Bettignies, 10-12 à 7000 MONS

*Troisième partie défenderesse représentée par Monsieur Andy
SOLIMANDO, Secrétaire régional, ne comparissant pas.*

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, usage de la langue française ayant été fait;

Vu le dossier de la procédure et notamment :

- la requête introduite par la partie demanderesse sur base de l'article 4 de la loi du 19 mars 1991, envoyée au greffe par pli recommandé portant cachet postal du 10 mars 2017, réceptionnée au greffe le 14 mars 2017,
- l'ordonnance rendue le 21 mars 2017 par Madame la Vice-Présidente du Tribunal du Travail du Hainaut constatant l'échec de la tentative de conciliation et disant qu'il y a lieu d'ordonner la suspension du contrat de travail durant la procédure,
- les citations signifiées le 23 mars 2017 par l'huissier de justice suppléant,
- l'ordonnance rendue le 30 mars 2017 par Monsieur le Président de Division du Tribunal du Travail du Hainaut constatant à nouveau l'échec de la tentative de conciliation et distribuant la cause à l'audience du 22 mai 2017 de la dixième chambre du Tribunal,
- les conclusions et conclusions additionnelles de synthèse prises pour la société demanderesse,
- les conclusions et conclusions additionnelles de synthèse prises pour Monsieur D ;

Entendu le conseil de la partie demanderesse et la mandataire de la première partie défenderesse en leurs dires et moyens à l'audience publique du 22 mai 2017;

Vu les dossiers déposés pour la demanderesse et pour Monsieur D

* * * * *

Introduite dans les formes et délai requis, l'action est recevable ;

I. OBJET DE LA DEMANDE.

L'action, diligentée en application de la loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux Conseils d'entreprise (C.E.) et aux Comités pour la prévention et protection au travail (C.P.P.T.) ainsi que pour les candidats délégués du personnel, a pour objet de faire admettre par le tribunal la gravité du motif de rupture de contrat que la demanderesse reproche à Monsieur D le manière à ce que le contrat de travail puisse être rompu pour motif grave, sans préavis, ni indemnité.

II. FAITS

La SA XTRATHERM - qui était une nouvelle entreprise et qui a été rachetée le 7 décembre 2015 par la SPRL UNILIN - a pour activités la production de panneaux d'isolation de divers types lesquels sont utilisés dans la construction.

Monsieur D né le 1969, a été engagé par contrat de travail à durée indéterminée à partir du 26 mai 2015 pour exercer des fonctions de technicien de maintenance.

Le CV de Monsieur D mentionnait qu'il exerçait une activité complémentaire de chauffagiste.

L'article 3 du contrat de travail de Monsieur D prévoit que :

« Le travailleur s'engage formellement à consacrer la totalité de son temps à l'exécution du présent contrat, à l'exclusion de toute autre activité rémunérée ou, de quelque nature que ce soit, concurrente ou non, sauf accord préalable et écrit de la Société » (pièce n°1 du dossier de la demanderesse).

La société demanderesse expose que si cette clause a subsisté dans le contrat de travail de Monsieur D c'est parce qu'au moment de l'engagement, Monsieur H, *Plant Manager*, a indiqué à Monsieur D que l'exercice de sa fonction de technicien de maintenance n'était pas compatible avec l'exercice d'une activité complémentaire importante, en tant que chauffagiste. Monsieur Herbinaux craignait que cette activité complémentaire ne soit trop importante en termes de temps et d'énergie, et ait ainsi des répercussions sur la qualité du travail de Monsieur D pour la Société. Au moment de la signature du contrat de travail, il a donc été demandé à Monsieur D de cesser son activité complémentaire et, si toutefois des petits travaux devaient être faits dans ce cadre, d'obtenir préalablement l'accord écrit de la Société, conformément à l'article 3 du contrat de travail.

Le 24 novembre 2015, Monsieur H a adressé à Monsieur D un avertissement écrit lequel faisait référence à un avertissement oral du 26 juin 2015. L'avertissement du 24 novembre 2015¹ concerne un refus de travailler deux samedis. A cet égard, il faut relever que le contrat de travail et le descriptif des fonctions de Technicien de maintenance prévoient une flexibilité des horaires, la possibilité de travailler en pauses et d'effectuer des heures supplémentaires le samedi.

Début décembre 2015, le secrétaire régional de la CSC Mons - La Louvière - Hainaut Occidental, Monsieur J Z a pris contact avec Monsieur H, afin de lui demander l'instauration d'une délégation syndicale au sein de la Société.

Le 16 décembre 2015, Monsieur D est officiellement désigné comme délégué syndical de la CSC au sein de la société demanderesse. La société disposant moins de 50 travailleurs, la délégation syndicale exerce les missions du CPPT en application de l'article 52 de la loi du 4 août 1996 relative aux biens être des travailleurs.

Le 16 mars 2016, Monsieur D et Monsieur H ont eu un échange de mails suite à la demande de Monsieur D le pouvoir bénéficier de 460 m2 d'isolant à prix réduit. Un second avertissement a été notifié par mail le 18 mars 2016 par Monsieur H mettant en demeure Monsieur D d'arrêter d'exercer ses activités professionnelles (de chauffagiste) durant ses heures de travail et de se conformer au contrat de travail (article 3 précité) (voir pièce n°7 du dossier de Monsieur D). Le 21 mars 2016, Monsieur D a répondu à cet avertissement du 18 mars 2016 ainsi qu'à l'avertissement du 24 novembre 2015.

¹ Voir pièce n°21 du dossier de pièce de la demanderesse, l'avertissement est daté du 20 novembre 2015, suivant la pièce n°21 du dossier du travailleur.

Le 19 mars 2016, Monsieur D. est en incapacité de travail et il va consulter, le 24 mars 2016, le conseiller en prévention s'estimant victime de harcèlement de la part de Monsieur H. Aucune plainte formelle n'a toutefois été déposée dans le cadre de cet entretien, ce que reconnaît maintenant Monsieur D. dans ses conclusions de synthèse, suite aux pièces produites par la société (voir pièces n°28 et 29 de la société ; voir les conclusions de synthèse de Monsieur D. , page 4²).

En vue d'aplanir les tensions, la directrice des ressources humaines de la société, Monsieur D. et Monsieur M. , permanent syndical, se sont rencontrés le 8 avril 2016 et ont élaboré un document le 27 avril 2016 consacrant les engagements de chacune des parties. Ce document ne sera signé qu'en janvier 2017 (voir la version définitive signée en janvier 2017, pièce n° 25 du dossier de la société³).

Le 22 août 2016, Monsieur D. a été en incapacité de travail et il a remis un certificat médical pour la période du 22 août 2016 au 26 août 2016 ; cette incapacité a été prolongée pour la période du 27 août 2016 au 2 septembre 2016 (voir pièces 3, a) et b) du dossier de la société).

Monsieur DI a retravaillé entre le 5 septembre 2016 et le 8 septembre 2016.

A dater du 9 septembre 2016, Monsieur DI a été de nouveau en incapacité de travail et n'est plus venu travailler, les certificats médicaux se renouvelant sur une base régulière (10 certificats médicaux, voir pièces 3, (c) à (l) du dossier de la société).

Quant aux raisons de son incapacité, le 9 septembre 2016, en route vers l'hôpital, Monsieur DI a indiqué lui-même par courriel à son responsable, Monsieur V. , qu'il était « *tombé avec les côtes sur la pierre d'entrée* » et s'était « *ouvert le bras* » (pièce **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** du dossier de la société).

Il indiquera ensuite, le 21 octobre 2016, dans un courriel à son responsable : « (...) *Ma plaie est bien refermée tout est ok. Mais côté toujours douloureux et ématome douloureux. L'épaule toujours douloureuse faut du temps* » (pièce **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** du dossier de la société).

Suite à des rumeurs faisant état de la poursuite par Monsieur D. de son activité complémentaire de chauffagiste durant son incapacité de travail, la société a conclu une convention avec un détective privé le 2 mars 2017.

² Selon les conclusions de synthèse du travailleur, « une erreur de formulation s'est glissée dans ses conclusions principales car effectivement, aucune plainte formelle ne fut déposée à l'encontre de son employeur. En effet, une solution amiable a été trouvée et Monsieur D. a pu reprendre le travail après une incapacité de travail de plusieurs semaines ».

³ Ce document qui clarifie les conditions de travail reprend notamment: *Activité complémentaire :*

Il vous est formellement interdit de consacrer du temps à votre activité complémentaire pendant vos heures de travail. Votre activité complémentaire ne doit en aucun cas interférer avec votre travail et, en tant que Technicien de Maintenance, vous devez être disponible, dans la mesure du possible, le samedi et le dimanche si les activités de maintenance le requièrent.

Le 10 mars 2017, le détective privé a rendu son rapport à la société après une mission de 4 jours s'étendant du 6 au 9 mars 2017.

Le 10 mars 2017, la société a notifié à Monsieur D[] et à la CSC, en application de l'article 4 §1 de la loi du 19 mars 1991, les faits invoqués comme constitutifs d'un motif grave. Cette lettre est rédigée comme suit (voir pièce Erreur ! Source du renvoi introuvable. du dossier de la société):

« (...)

1. Nous vous adressons la présente conformément au prescrit de l'article 4, § 1 de la loi du 19 mars 1991 établissant la procédure de licenciement des candidats et délégués du personnel au conseil d'entreprise et au comité pour la prévention et la protection au travail. Au sein de la société, la délégation syndicale exerce en effet les compétences du comité pour la prévention et la protection au travail.

Nous avons pris connaissance d'un comportement gravement fautif de votre part qui rompt de manière immédiate et définitive toute la confiance nécessaire à la poursuite d'une collaboration professionnelle avec vous.

2. Depuis septembre 2017, à la suite d'un accident, vous être (lire : êtes) en incapacité de travail. Cette incapacité a été prolongée à la faveur de plusieurs certificats médicaux, le dernier datant du 18 février 2017 et couvrant la période allant de cette date au 15 mars 2017. Ce dernier certificat vise une absence pour maladie. Vous avez indiqué avoir des problèmes avec votre bras et votre main gauche et craignez ainsi ne pas avoir le contrôle requis de vos mouvements dans le cadre de votre travail, ce qui pourrait avoir un impact sur votre sécurité et celle de vos collègues.

3. Or, il a été constaté par un détective privé, en date du 7 mars 2017, que pendant votre période d'incapacité de travail, vous continuiez à exercer, vous-même, une activité complémentaire à votre propre nom, dans le secteur des sanitaires et du chauffage, faisant par-là un usage complet des capacités physiques dont la prétendue altération justifie votre incapacité de travail.

Plus précisément, le 7 mars 2017, le détective privé compétent a constaté les faits suivants, qu'il a consignés dans un rapport transmis à la société le même jour à 19h55 :

- Le 7 mars 2017, vous êtes habillé d'un pantalon « bleu de travail », d'un polar portant en jaune l'inscription suivante cousue sur le dos en grandes lettres « D[] Chauffage - Sanitaire - () ». Vous portez des grosses bottines de chantier.
- A 8h38, vous commencez à charger une camionnette Fiat Doblo (véhicule utilitaire). Vous avez retiré du matériel de cette camionnette et l'avez placé dans la nouvelle construction qui jouxte votre maison ;
- A 08h42 vous êtes parti de votre domicile sis à [] avec une camionnette Fiat Doblo immatriculée []

- A 09h10 vous êtes arrivé à La Louvière, Avenue , et êtes entré dans une maison avec du matériel de travail.
- A 11h17, vous avez quitté cette maison à nouveau avec du matériel de travail dans les mains.
- A 11h35 vous êtes arrivé à Chapelle-lez-Herlaimont, . Vous êtes entré dans la maison portant le n°.
- A 11h54 vous êtes à nouveau sorti pour aller chercher du matériel dans la Fiat Doblo.
- Vous avez quitté cette adresse à 12h43.
- A 13h vous entrez sur le parking de « Sanitaire & Chauffage HUET » à Courcelles, Rue de Trazegnies 131.
- Vous sortez du magasin à 13h20 avec un petit sac à la main et quittez à nouveau ce lieu. Une photo en atteste.
- A 13h35 vous revenez à Chapelle-lez-Herlaimont, .
- Vous quittez ce lieu à 15h et vous arrêtez immédiatement dans la rue Emile Vandervelde, avoisinante. Vous entrez à nouveau dans une maison à la hauteur du n° , selon toute vraisemblance (mais ce numéro ne peut être confirmé).
- Vous quittez ce lieu vers 15h20 en roulez en direction de 7080 Frameries, avec un arrêt intermédiaire à 7022 Harmignies, où vous restez environ 10 minutes (15h50-16h). Vous reprenez la route vers Frameries, . Vous vous arrêtez à hauteur du numéro et rentrez dans une maison, à 16h22.
- A 17h30 vous quittez ce lieu et prenez la route en direction de votre domicile privé, à où vous arrivez à 18h.

Ces faits sont attestés par des photographies prises en temps réel et datées (date et heure).

4. Les constats précités démontrent qu'alors que vous êtes en incapacité de travail en raison d'un problème de santé lié à votre bras et main gauche, vous exercez des activités physiques qui requièrent précisément l'usage de votre bras et main gauche de manière intense. Il en découle que l'incapacité dont vous vous prévaluez n'est pas réelle ou, à tout le moins, que vous exercez des activités qui retardent ou empêchent votre guérison et, partant, votre retour au travail.

En aucun cas nous ne pouvons accepter un tel comportement gravement fautif qui constitue incontestablement un motif grave qui rend définitivement impossible la poursuite de toute collaboration professionnelle avec vous. La nécessaire confiance que nous devons légitimement pouvoir maintenir en vous est en effet irrémédiablement détruite.

Ce comportement est d'autant plus grave que vous avez le statut de délégué syndical et représentez à ce titre les travailleurs, pour lesquels vous devez être un exemple.

5. Nous nous trouvons donc contraints, en application de la loi du 19 mars 1991 relative à la protection contre le licenciement des candidats et délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités pour la prévention et la protection au travail, de saisir par requête le Président du Tribunal du travail du Hainaut, division Binche, en vue de faire reconnaître la faute qui vous est reprochée comme étant constitutive d'un motif grave justifiant un licenciement immédiat, sans préavis ni indemnité.

Copie de la présente est adressée par courrier de ce jour à l'organisation syndicale CSC bâtiment, industrie et énergie, qui vous a désigné délégué syndical effectif, ainsi qu'à la CSC nationale, dont le siège se situe à Schaerbeek.

(...) ».

Par requête envoyée par pli recommandé le vendredi 10 mars 2017, réceptionnée au greffe le mardi 14 mars 2017, la société a sollicité la reconnaissance d'un motif grave dans le chef de Monsieur D.

Après l'échec des tentatives de conciliation dans le cadre de la procédure préalable, par citation du 23 mars 2017, la SA XTRATHERM a demandé au Tribunal de considérer comme motif grave les faits reprochés à Monsieur D. le manière à l'autoriser à le licencier pour motif grave.

III. DISCUSSION.

Il n'est pas (ou plus) contesté que :

1° La procédure de licenciement pour motif grave prévue par la loi du 19 mars 1991 a été respectée tant au niveau de la forme que des délais.

2° Le délai de 3 jours ouvrables prévu par l'article 4 de la loi du 19 mars 1991 et l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 a été respecté. Le point de départ de la connaissance des faits se situe le 10 mars 2017 à la réception du rapport du détective privé.

3° Les preuves apportées par la société, notamment le rapport du détective privé et les photos prises par ce dernier ne sont pas irrégulières.

Il convient de relever que ce n'est que si le Tribunal constate que la preuve est irrégulière ou déloyale que la jurisprudence « Antigone » trouve à s'appliquer. Si l'irrégularité de la preuve n'est pas constatée, la preuve ne pose pas de problème particulier et pourra être librement utilisée en justice (voir D. MOUGENOT, Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile, J.T.2017, p.69).

A) Quant à la licéité du mode de preuve utilisé par la société.

Si antérieurement à réglementation relative à la profession de détective privé, la jurisprudence se montrait réticente à l'égard du rapport du détective privé, actuellement le rapport du détective privé est admis comme mode de preuve par la jurisprudence s'il respecte les conditions fixées par la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé (voir sur les conditions prévues par cette loi : V. NEUPREZ et F. LAMBRECHT, « Les détectives et le droit social », Orientations, 2013/8, p. 9-18).

Les constatations effectuées par un détective privé et les photos qu'il a prises peuvent donc constituer un élément de preuve que le juge apprécie souverainement dès lors que la loi du 19 juillet 1991 sur la profession de détective privé a été respectée et qu'il n'y a pas d'infraction à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection des données à caractère personnel (voir sur l'admission du rapport du détective privé, la jurisprudence citée par GILSON, ROSIER et FRANKART, La preuve du motif grave, dans l'ouvrage, « Le congé pour motif grave : Notions, Evolutions, question spéciales ». Anthémis 2011, p.208 à 2011). Récemment encore, les Cours du travail de Mons et de Bruxelles ont admis ce mode de preuve pour rapporter la preuve de ce qu'un travailleur qui se prétend en incapacité de travail est en mesure d'exercer certaines activités déniaient ainsi son incapacité de travail (voir C.Trav. Mons 4 novembre 2013, R.G. n°2011/AM/ 397 ⁴ ; C.Trav. 18 mai 2015, R.G. 2014/AB/996, ces deux arrêts peuvent être consultés et sont commentés sur le site www.terralaboris.be; voir aussi T.Trav. Liège 28 juin 2012, J.T.T. 2013, p.51 (jugement définitif).

Pour que le rapport d'un détective privé puisse être pris en considération comme mode de preuve il doit respecter les obligations prévues par la loi du 19 juillet 1991.

En l'espèce, Monsieur D. notait dans ses conclusions de synthèse qu'il émettait des doutes quant au respect des conditions imposées par la loi du 19 juillet 1991 (voir page 14, dernière ligne, de ses conclusions de synthèse).

Or, il faut souligner que les conditions mises par cette loi ont été respectées puisque :

- 1° Les constats ont été effectués par un détective privé agréé ;
- 2° L'employeur a conclu une convention à l'entame de la mission du détective (convention du 2 mars 2017). Cette convention précise le type de mission, la durée de la mission, le n° d'agrément du détective ainsi que l'obligation d'établir un rapport.
- 3° Il n'a pas été porté atteinte à la vie privée, les constats et les photos ayant été effectués dans des espaces publics ;
- 4° L'article 7 de la loi du 19 juillet 1991 a été respecté.⁵

⁴ Cet arrêt vise une situation similaire au présent litige car il s'agissait de constatations d'un détective privé à la demande de l'employeur qui suspectait l'exercice d'une activité concurrente durant une incapacité de travail.

⁵ Cet article 7 dispose que :

« Il est interdit au détective privé de recueillir sur les personnes qui font l'objet de ses activités professionnelles, des informations relatives à leurs convictions politiques, religieuses, philosophiques ou syndicales et à l'expression de ces convictions (ou relatives à leur appartenance mutualiste.)

Il est interdit au détective privé de recueillir des informations relatives au penchant sexuel des personnes qui font l'objet de ses activités, sauf s'il s'agit d'un comportement contraire à la loi ou qui peut constituer un motif de divorce s'il agit à la requête d'un des conjoints.

Il est interdit au détective privé de recueillir des informations relatives à la santé (ou aux origines raciales ou ethniques) des personnes qui font l'objet de ses activités » ;

5° A l'issue de sa mission, le détective privé a établi un rapport à l'attention de Madame V. et un état d'honoraires détaillé.

A l'audience du 22 mai 2017, il a été acté au plume de l'audience que la mandataire de Monsieur D ne contestait plus la légalité du rapport du détective privé comme mode de preuve.

En conséquence, la contestation porte sur l'examen du motif grave.

B) Examen du motif grave

B.1. En droit.

La faute constitutive de motif grave doit répondre à plusieurs caractéristiques :

- elle doit être d'une gravité certaine ;
- cette gravité doit rendre immédiatement impossible les relations de travail;
- cette gravité doit entraîner la perte de confiance dans les services du cocontractant.

L'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 n'impose ni que la faute grave soit de nature contractuelle, ni qu'elle ait été commise à l'égard de l'employeur, ni que celui-ci ait subi un préjudice ; il suffit que le comportement du travailleur constitue une faute d'une gravité telle qu'elle empêche immédiatement et définitivement la continuation des relations professionnelles (Cass. 6 mars 1995, J.T.T. 1995, 281 et Chr.D.S. 1995, 469).

Le licenciement pour motif grave étant la sanction suprême puisqu'elle prive le travailleur de toutes indemnités, le juge doit apprécier la gravité de la faute en appliquant le principe de proportionnalité entre la sanction et la faute (voir V.VANNES, Le contrat de travail, Aspects théoriques et pratiques, 1996, p.647).

Dans un arrêt du 6 juin 2016, la Cour de Cassation a toutefois censuré ce contrôle de proportionnalité. La Cour de Cassation a précisé que sous peine de violer l'article 35 alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1978, l'appréciation de la possibilité de poursuivre les relations professionnelles malgré la faute grave commise, qui constitue le critère légal de la notion de motif grave, ne peut être liée au critère, qui lui est étranger, de la disproportion entre cette faute et la perte de son emploi (Cass. 6 juin 2016, S.15.0067 F, J.T.T. 2016, p.351, et Ch.D.S. 2016, p.187 et 188⁶).

Le critère pour apprécier si une faute grave constitue un motif grave est de voir si la faute grave entraîne une rupture du lien de confiance entre l'employeur et le travailleur rendant impossible la poursuite des relations de travail.

L'appréciation du motif grave pour les travailleurs protégés est la même que pour les travailleurs ordinaires si ce n'est qu'une certaine jurisprudence se montrait plus exigeante à l'égard des premiers qui sont censés montrer l'exemple (voir sur cette question :

⁶ La Cour du travail de Liège avait retenu la faute grave mais avait estimé que compte tenu de la grande ancienneté et de la valeur du détournement, il n'y avait pas de motif grave ; la Cour de cassation a censuré ce raisonnement : le principe de proportionnalité entre la faute et la perte de l'emploi n'a pas sa place dans le contrôle du motif grave.

B.PATERNOSTRE, la protection contre le licenciement des représentants du personnel, dossier 2000, Guide social permanent, pages 56 et 57).

La jurisprudence plus récente estime que la qualité de délégué du personnel ne peut être considérée ni comme une circonstance atténuante ni comme une circonstance aggravante (voir la jurisprudence de la C.T. Bruxelles du 5 novembre 2009 et 20 juillet 2009, citée par H-F. LENAERTS, Le licenciement des représentants du personnel, Etudes pratiques de droit social, 4 éd., Kluwer, 2012, p.76 et 77). Cette affirmation se justifie au regard du principe de non discrimination, l'article 2 §4 de la loi du 19 mars 1991 prévoyant que le mandat de délégué ou la qualité de délégué ne peut entraîner ni préjudices ni avantages spéciaux pour l'intéressé (voir : La protection des représentants du personnel, Anthémis 2011, contribution de DECKERS et MORTIER, p.194 et 195).

Il est admis en jurisprudence que l'exercice d'une activité (privée ou professionnelle/rémunérée ou non) par le travailleur durant une période de suspension de l'exécution du contrat de travail en raison de son incapacité ne saurait être constitutif de motif grave que s'il est :

- 1) soit de lui-même générateur d'une violation d'une clause contractuelle ;
- 2) soit par nature révélateur de la fausseté de l'incapacité de travail et par là révélateur d'une fraude « contractuelle » ;
- 3) soit de nature à retarder l'échéance de la guérison consacrant ainsi la violation du principe général d'exécution de bonne foi des contrats. (C.T. Mons, 13 octobre 2000, J.T.T., 2001, p. 83 ; dans le même sens, C.T. Mons, 3 octobre 1991, J.L.M.B., 1992, p. 797 ; C.T. Liège 26 mai 1997, J.L.M.B., 1997, p. 1632 cités par B. PATERNOSTRE dans le Guide social permanent, commentaires de droit du travail, T. 5, chap. V, 2, n° 750 et 760).

Pour apprécier si l'exercice d'une activité pendant une période d'incapacité de travail constitue un motif grave, il faut donc avoir égard à l'ampleur de l'activité et au caractère similaire des activités par rapport à celles du contrat de travail dont l'exécution est suspendue.

Jugé ainsi qu'est constitutif d'un motif grave, l'exercice par un ouvrier en incapacité de travail d'une activité pour son propre compte consistant en des travaux de construction dans son immeuble (C.Trav. Liège (5^{ème} ch.) 27 mars 2013, R.G. n°2012/AL/57, sur le site terralaboris.be ; dans le même sens s'agissant d'un ouvrier qui exerce une activité de mécanicien durant une période d'incapacité de travail : C.Trav. Mons 4 novembre 2013, R.G. n°2011/AM/397, précité) ou l'exercice d'activités similaires aux tâches convenues avec son employeur principal (C.Trav. Liège 2 décembre 2005, J.T.T. 2006, p.173).

N'est pas considérée comme un motif grave l'exercice d'une activité différente des tâches convenues dès lors que l'incapacité de travail était due au stress au travail (C.Trav. Liège (9^{ème} ch.) 14 août 2012, R.G. 2014/AL/32/038, sur le site terralaboris.be).

Par ailleurs, le principe de la liberté du travail, notamment celle de pouvoir choisir son activité, tout comme celui de la liberté du commerce et de l'industrie, trouvent leur origine dans le décret d'Allarde.

En vertu de ce principe, le travailleur est libre d'exercer une deuxième activité professionnelle ou non, comme salarié ou indépendant.

Ce principe ne dispense toutefois pas le travailleur de devoir exécuter son contrat de travail de bonne foi et de s'interdire de poser des actes de concurrence durant l'existence du contrat de travail (C.T. Gand (8^{ème} ch.), 10 févr. 2006, R.G. n° 125/05 cité par H.-F. LENAERTS, J.-Y. VERSLYPE, G. WILLEMS, A. FRY, *Rupture du contrat de travail-chronique de jurisprudence 2006-2010*, Larcier, 2010, p. 219)

Le principe reste que le travailleur est libre d'exercer une activité non concurrente parallèlement à son contrat de travail, pour peu que cet exercice ne nuise pas à l'employeur ni à la bonne exécution du contrat et ne se déroule pas durant les heures de travail (voir O. RIJCKAERT, Motif grave et concurrence déloyale dans « Le congé pour motif grave : Notions, évolutions, question spéciales Anthémis, 2011, p.450).

A été considérée comme valable la clause qui subordonne l'exercice d'une activité complémentaire à l'autorisation préalable de l'employeur dès lors que cette clause est justifiée par la sécurité des chauffeurs de bus, des passagers et des autres usagers de la route. L'autorisation préalable qui doit être demandée ne constitue pas une entrave disproportionnée à la liberté au travail compte tenu des fonctions à risque occupées par les chauffeurs de bus (T.Trav.Hainaut, div. Charleroi, 2^{ème} ch., 9 janvier 2017, inédit, R.G. n°15/5675/A).

B.2.Application.

En l'espèce, ce qui est reproché à Monsieur D. est d'avoir continué à exercer son activité professionnelle complémentaire de chauffagiste durant sa période d'incapacité de travail. Selon la société, soit les activités de chauffagiste sont des activités similaires sur le plan physiques à celles requises pour ses prestations de technicien de maintenance au sein de la société - ce qui était de nature à retarder sa guérison- soit il était guéri et aurait dû revenir au travail ; dans cette seconde hypothèse, ce comportement s'apparente à de la fraude sociale puisque Monsieur D. bénéficiait d'indemnités de l'assurance maladie invalidité sans avoir mis fin à son activité professionnelle de chauffagiste.

Monsieur D. et son organisation syndicale soutiennent que :

- l'exercice d'une activité professionnelle n'est pas démontrée au motif que le rapport du détective privé et les photos sont sujets à interprétation ;
- Monsieur D. n'aurait fait que rendre visite à des connaissances et/ou donner des conseils ;
- à supposer même qu'on considère qu'il ait travaillé, la faute n'est pas à ce point grave que pour justifier un licenciement pour motif grave.

Comme déjà précisé ci-dessus, les constatations du rapport du détective privé et les photos constituent un élément de preuve régulier dont le juge apprécie la force probante.

Le rapport final du détective privé détaille les journées des 6, 7, 8 et 9 mars 2017.

- Le 6 mars 2017, il est constaté que Monsieur D. a reçu un visiteur à son domicile qui lui a donné plusieurs sacs ; il faut savoir que Monsieur D. est propriétaire d'un immeuble en construction qui jouxte son domicile. Il est constaté que Monsieur D. est en habit de travail et porte un pull avec les inscriptions suivantes : son nom, prénom

profession (chauffage-sanitaire) et n° de GSM. Il va amener des sacs dans son immeuble en construction.

Aucun autre mouvement ne va être constaté. Le demandeur expose qu'il vérifiait les travaux faits par les autres corps de métier dans son immeuble en construction.

- Le 7 mars 2017, la journée est résumée comme suit :
- *À 08h38 l'intéressé commence à charger une camionnette Fiat DOBLO. Il retire du matériel de la camionnette et le place dans la nouvelle construction jouxtant sa maison.*
- *À 08h42 Alberino D. quitte son domicile sis à avec une camionnette FIAT DOBLO immatriculée.*
- *À 09h10 il arrive à La Louvière,*
- *Il entre dans la maison avec du matériel de travail.*
- *À 11h17 il quitte cette maison à nouveau avec du matériel de travail dans la main.*
- *À 11h35 il arrive à Chapelle-lez-Herlaimont, Il rentre dans la maison portant le numéro*
- *À 11h54 il ressort à nouveau pour aller chercher du matériel dans la Fiat Doblo.*
- *Il quitte cette adresse à 12h43.*
- *À 13h il entre sur le parking des Sanitaires & Chauffage « HUET » à Courcelles, Rue de Trazegnies 131.*
- *Il sort du magasin à 13h20 avec un petit sac à la main et quitte à nouveau ce lieu (photo disponible).*
- *À 13h35 il arrive à Chapelle-Lez-Herlaimont,*
- *Il quitte ce lieu à 15h et s'arrête immédiatement dans la rue Emile Vandervelde avoisinante. Il entre à nouveau dans une maison à la hauteur du n°. pas de certitude quant au numéro de la maison).*
- *Il quitte ce lieu à 15h20 et roule en direction de 7080 Frameries, avec un arrêt intermédiaire à 7022 Harmignies, où il reste environ 10 minutes (15h50-16h). Enfin, il roule vers Frameries, Rue Baudouin. Il s'arrête à hauteur du numéro et rentre dans une maison à 16h22.*
- *À 17h30 il quitte ce lieu et reprend la route en direction de son domicile privé sis à où il arrive à 18h (...) ».*
- Le 8 mars 2017, la journée est résumée comme suit :
 - « 09h16 : La cible se met en route au volant de la ISUZU ayant pour plaque d'immatriculation (...) et se dirige vers à Frameries,*
 - Il y arrive à 09h34 et repart à 12h04.*

A 12h39, il arrive avec sa voiture à 7033 Cuesmes, sur le parking d'un grossiste de fournitures dans le domaine des sanitaires.

A 12h 45, il part en direction de son domicile. Il y arrive à 13h03.

A 13h22, il part avec un autre véhicule Fiat Doblo.

A 13h29 il s'arrête à la boulangerie-pâtisserie Max, Chée de Roi Baudouin 3456 à 7031 Mons.

Ensuite, il roule en direction de 6061 Charleroi, Chée de Chatelineau 254 (grossiste en Chauffage Pyrotech).

Il repart à 14h21 et roule vers Chapelle-lez-Herlaimont, où il arrive à 15h01.

Les détectives vont constater que Monsieur D se gare dans une allée de garage privé et va décharger des sacs de sel utilisés pour installation d'adoucissement d'eau.

L'employeur ne s'appesantit pas sur la journée du 9 mars 2017 dès lors que les deux détectives ne vont pas détecter de mouvement du travailleur avant le début de l'après-midi. Le travailleur va être photographié l'après midi toujours en habits de travail avec deux autres hommes (dont l'un porte également un pull avec un logo, page 23 de la pièce n°9).

A la lecture des deux rapports du détective (rapport intermédiaire du 7 mars et rapport final du 10 mars), et à l'examen des nombreuses photos, le Tribunal constate que :

- 1) Monsieur D est constamment en habit de travail (y compris son pull avec son logo) ;
- 2) il se rend à plusieurs reprises dans différentes maisons avec du matériel à la main ;
- 3) il transporte à plusieurs reprises du matériel ou des sacs dans son véhicule utilitaire ; il charge son coffre d'étagères (et pas de moellons comme invoqués dans un premier temps) ;
- 4) il se rend à deux reprises dans des magasins d'outillage et de matériaux spécialisés en matière de chauffage (le 7 mars et le 8 mars) ;
- 5) il porte chez un particulier des sacs de sel AXA de 5 kilos dont il n'est pas contesté qu'ils sont utilisés pour les adoucisseurs d'eau liés aux installations de chauffage.

Monsieur D prétend qu'il ne travaillait pas et que rien ne l'interdisait de se rendre chez des connaissances ou sa famille durant son incapacité de travail.

Or, les explications données par Monsieur D lui-même dans ses conclusions pour expliquer ce qu'il fait dans les maisons où il s'est rendu et les SMS échangés avec ses connaissances accréditent au contraire la thèse de l'employeur.

Ainsi, il est établi qu'à l'avenue () à la Louvière (voir journée du 7 mars 2017 où il est resté de 9H10 à 11H17 avec du matériel de travail), il a été appelé pour des problèmes de chauffage ; le fait qu'il n'ait pas su réparer la panne n'a pas d'incidence. Monsieur D. () déclare ainsi que (voir page 16 de ses conclusions de synthèse) :

« A cette adresse, réside le fils d'un ancien collègue avec lequel il travaillait chez son employeur précédent.

En rentrant de vacances, cette personne s'est rendue compte qu'elle connaissait des problèmes de chauffage. Comme cela avait toujours été le cas, elle a dès lors pris contact avec Monsieur D. () pour avoir son avis sur la question.

Plusieurs sms ont été échangés pour tenter de régler le problème à distance⁷. Comme cela ne fonctionnait pas, Monsieur D. () est donc venu sur place pour voir quel était le problème. Le matériel qu'il tient dans sa main droite n'est autre qu'un tournevis et un testeur; outillage de poids on ne peut plus réduit que tout un chacun peut porter sans crainte de se blesser ou avoir chez soi. »

Il s'agit d'un aveu de Monsieur D. () de ce qu'il a été appelé dans le cadre de son activité de chauffagiste et qu'il a tenté de résoudre lui-même le problème (même s'il n'y est pas arrivé).

De même les explications données par Monsieur D. () pour expliquer sa présence à Chapelle-lez-Herlaimont et l'attestation de madame W. () (qui habite dans cet immeuble) confirment que Monsieur D. () a été appelé suite à une panne de mazout. Monsieur D. () reconnaît également avoir pris l'initiative de se rendre au magasin H. () pour acheter la pièce adéquate qu'il est allé déposer chez cette dame pour remettre la pompe en marche.

Les attestations produites et les échanges de SMS ne montrent donc nullement que Monsieur D. () s'est rendu dans les différentes maisons pour des visites de courtoisie⁸ ; au contraire, il a été appelé dans ces deux maisons pour des problèmes de chauffage.

Les outils utilisés de l'aveu même de Monsieur D. () (tournevis, testeur) sont également utilisés dans le cadre de son travail au sein de la société.

Le port de sacs de sel de 5 kilos n'est pas non plus anodin et semble démontrer que le demandeur effectuait un travail rentrant dans le cadre de son activité professionnelle de chauffagiste.

⁷ Pièce n°24b dossier A. D.

Monsieur D. fait valoir qu'il était en phase de guérison début mars et que la société avait conscience qu'il était dans ses intentions de reprendre le travail le 16 mars au motif que son certificat se terminait le mercredi 15 mars (et pas un vendredi). Le Tribunal constate que cette allégation n'est nullement démontrée. Il faut souligner que Monsieur D. n'apporte aucun commencement de preuve à cet égard. Monsieur D. était coutumier de remettre des certificats médicaux de courte durée. Outre les incapacités du 22 août au 26 août et du 27 août au 2 septembre 2016, il a été couvert à partir du 9 septembre 2016, par 10 certificats médicaux de durée courte (variant de 8 jours à 3 semaines) établis tous par son médecin généraliste. Rien ne laissait présager un retour au travail au 16 mars 2017.

Le dossier de la partie demanderesse démontre que le demandeur a exercé, durant la suspension de son contrat de travail pour incapacité de travail, des activités physiques similaires à celles que requerraient ses prestations de technicien de maintenance au sein de la société demanderesse.

Ces faits sont fautifs et sont étrangers au mandat syndical de Monsieur D.

En outre, le Tribunal estime que ces faits sont suffisamment graves que pour constituer un motif grave au sens de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978.

Les circonstances aggravantes suivantes sont relevées par le Tribunal :

- le contrat travail de Monsieur D. contient une clause (article 3) interdisant « toute autre activité rémunérée ou de quelque nature que ce soit, concurrence ou non, sauf accord préalable et écrit de la Société ». Contrairement à ce que soutient le demandeur, il n'a jamais été autorisé à poursuivre son activité professionnelle et aucun avenant n'a été signé à son contrat de travail. De plus, l'avertissement donné le 24 novembre 2015 rappelle cette clause du contrat (voir l'exposé des faits), de même que l'échange de mails en mars 2016 et le mail du 18 mars 2016 de Monsieur H.⁹

Si certes par la suite la société n'a plus insisté sur l'interdiction d'exercer une autre activité professionnelle (sauf autorisation préalable) en acceptant un accord en vue d'aplanir le climat (document préparé en avril 2016 mais qui ne sera signé qu'en janvier 2017), la société s'est contentée d'insister sur l'interdiction d'exercer une autre activité durant les heures de travail et a préféré insister sur la qualité des prestations et la disponibilité. Cela ne veut pas dire que la société a donné son accord, même implicite, à la poursuite des activités professionnelles de chauffagiste de Monsieur D.

- le règlement de travail prévoit en son article 61 que peut être considéré comme motif grave justifiant le renvoi sur le champ : « le fait d'effectuer un travail pendant une période d'incapacité couverte par un certificat médical ».

⁸ Hormis le 7 mars 2017 après 15 heures où Monsieur D. dit s'être rendu chez ses parents puis chez sa compagne.

⁹ Le personnel pouvait commander du matériel à prix réduit mais pour son usage personnel. La quantité d'isolant (460 m2) demandée par Monsieur I. dépassait l'usage requis pour une habitation privée.

- des faits antérieurs peuvent être invoqués pour éclairer les faits reprochés à l'appui du motif grave ; la société avait adressé des avertissements à Monsieur D[] concernant son manque de disponibilité.¹⁰ Des remarques quant à des retards au travail avaient aussi été faites à Monsieur D[] (voir attestation de son supérieur hiérarchique, Monsieur V[], pièce n°34 du dossier de la société).

En conséquence, le Tribunal considère que les faits sont établis et reconnaît qu'ils sont constitutifs d'un motif grave. Il autorise dès lors la société à licencier le demandeur pour motif grave conformément à l'article 4 de la loi du 19 mars 1991.

Dépens de l'instance

La société demande la condamnation solidaire des parties défenderesses aux dépens qu'elle a liquidés à 558,18 € étant les frais des exploits de citation et l'indemnité de procédure qu'elle a liquidée à 180 €.

La solidarité ne se présume pas (article 1202 du Code civil) et la société ne s'est pas expliquée sur cette demande.

Dans ses conclusions de synthèse, Monsieur D[] semble au contraire dire que s'il était débouté, il serait condamné aux dépens de sorte qu'il demande de réduire l'indemnité de procédure au montant minimum applicable au litige non évaluable en argent (soit 82,50 €).

Le Tribunal relève que le demandeur n'est pas sans revenus du fait de son activité professionnelle indépendante de chauffagiste. Il n'a déposé aucun document pour établir sa situation financière actuelle¹¹ de sorte qu'il n'est pas justifié de réduire l'indemnité de procédure au montant minimum. L'indemnité de procédure de base de 180 € n'est pas disproportionnée.

PAR CES MOTIFS,

Le Tribunal du Travail, après en avoir délibéré,

Statuant contradictoirement, en application de l'article 10 alinéa 2 de la loi du 19 mars 1991,

Déclare la demande recevable et fondée ;

Constata que la partie demanderesse a respecté le délai de 3 jours prescrit à l'article 4 de la loi du 19 mars 1991 ;

¹⁰ La flexibilité des horaires et la possibilité d'être rappelé le week-end est prévu dans le contrat de travail et dans le descriptif de la fonction de Technicien de maintenance.

¹¹ Le compte des résultats d'exploitation de l'activité de Monsieur D[] a été produit pour 2014, 2015 et 2016. Pour 2016, les résultats d'exploitation étaient de 34.933,19 € alors que le demandeur a été en incapacité de travail de manière continue à partir du 22 août 2016 (hormis une reprise du 5 septembre au 8 septembre 2016).

Reconnaît que les faits reprochés à Monsieur D) sont constitutifs d'un motif grave ;

Autorise en conséquence le licenciement pour motif grave du premier défendeur, sans préavis, ni indemnité;

Condamne le premier défendeur aux frais et dépens de l'instance liquidés par la partie demanderesse à 558,18 € étant les frais de citation et l'indemnité de procédure liquidée à 180 € ;

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement dans le respect des dispositions de l'article 12 de la loi du 19 mars 1991 ;

Ainsi rendu et signé par la **dixième** chambre du Tribunal du travail du Hainaut, division Binche, composée de :

Mme N. MALMENDIER
M.SPEGELAERE
M.BERGER
M. VANDERVEKEN

Juge au Tribunal du travail, présidant la chambre,
Juge social au titre d'employeur,
Juge social au titre de travailleur ouvrier,
Greffier.



VANDERVEKEN

BERGER

SPEGELAERE

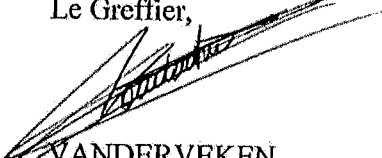


MALMENDIER

En application de l'article 785 du Code Judiciaire, il a été constaté l'impossibilité pour Messieurs les Juges sociaux BERGER et SPEGELAERE de signer le présent jugement.

Et prononcé à l'audience publique **supplémentaire** du **6 juin 2017** de la **dixième** chambre du Tribunal du travail du Hainaut, division Binche, par Mme MALMENDIER, Juge au Tribunal du travail, présidant la 10^{ème} chambre, assistée de Monsieur VANDERVEKEN, Greffier.

Le Greffier,



VANDERVEKEN

Le Président,



MALMENDIER