

Contrat de travail – licenciement moyennant préavis suivi d'un licenciement pour motif grave – constatations d'un détective privé – valeur probante - absence de motif grave – exercice d'une activité non similaire pendant une période d'incapacité de travail – indemnité pour licenciement abusif – article 35, 39 et 82 LCT

COUR DU TRAVAIL DE LIEGE

ARRÊT

Audience publique du 17 décembre 2009

R.G. :036219

15^{ème} Chambre

EN CAUSE :

LA S.A. L.,

APPELANTE, au principal, INTIMEE sur incident,
comparaissant par Maître Pascale BABILONE qui se substitue à Maître Paul CRAHAY, avocat à 4000 LIEGE, rue Louvrex, 55-57,

CONTRE :

L. Santa,

INTIMÉE, au principal, APPELANTE sur incident,
comparaissant par Maître José MAUSEN, avocat à 4000 LIEGE, Mont Saint-Martin, 20.



Vu en forme régulière les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats le 19 novembre 2009, notamment :

- le jugement rendu contradictoirement entre parties le 2 février 2009 par le Tribunal du travail de LIEGE, 4^{ème} chambre (R.G. : 373.144);

- la requête de l'appelant reçue au greffe de la Cour de céans et notifiée dans le délai légal à l'intimé;

- les conclusions de synthèse de la partie appelante reçues à ce greffe le 19 octobre 2009 et celles de la partie intimée y reçues le 13 novembre 2009;

- le dossier déposé par chacune des parties à l'audience du 19 novembre 2009 à laquelle elles ont été entendues en leurs moyens ;



I.- ANTÉCÉDENTS PERTINENTS

L'appelante exerce une activité de commerce de gros.

Les parties au présent procès ont conclu un contrat de travail à durée indéterminée, entré en vigueur le 4 septembre 1978.

Dans le cadre de ce contrat, l'intimée a été engagée en tant que caissière employée de facturation. L'intimée travaillait 26 heures par semaine (le lundi de 13h00 à 16h00, le mardi et vendredi de 7h00 à 12h00 et de 13h00 à 16h00 et le samedi de 7h00 à 12h00), elle bénéficiait pour le surplus d'allocations de chômage à charge de l'ONEm.

Les jeudis, l'intimée travaillait comme femme d'ouvrage chez d'autres employeurs ce que l'appelante (et l'ONEm) paraît avoir ignoré.

En janvier 2005, le fonds de commerce de l'appelante est cédé et Monsieur T. est devenu le nouvel administrateur délégué de cette société.

Le 15 juillet 2005, l'appelante a adressé un avertissement à l'intimée par courrier, signé pour réception. Dans ce courrier, il était reproché à l'intimée de « multiples erreurs quotidiennes » dans l'exécution de son travail et notamment, deux erreurs de saisie datant des 15 et 9 juillet 2005.

Le 19 juillet 2005, l'horaire de travail de l'intimée a été réduit de 26 à 24 heures par semaine (3 heures le lundi, 8 heures le mardi et le vendredi et 5 heures le samedi) par une convention conclue entre les parties. Ce nouvel horaire a été d'application à partir du 1^{er} août 2005.

Le 2 décembre 2005, un deuxième avertissement a été envoyé à l'intimée par courrier signé pour réception. Il lui était à nouveau reproché d' « innombrables erreurs aux conséquences inacceptables pour l'entreprise ». Cet avertissement mentionnait notamment une erreur de facturation datant du 29 novembre 2005.

Le 16 janvier 2007, un troisième avertissement a été formulé à l'intimée par lettre recommandée. Il lui était reproché un retard de 30 minutes le 16 janvier 2007.

L'intimée a été en incapacité de travail du 17 au 27 janvier 2007 ; période d'incapacité pour laquelle l'intimée a adressé un certificat médical à l'appelante.

Le 25 janvier 2007, l'appelante a licencié l'intimée moyennant un préavis de 18 mois prenant cours le 1^{er} février 2007.

Le 29 janvier 2007, l'organisation syndicale à laquelle l'intimée est affiliée a envoyé un courrier à l'appelante à la suite de ce licenciement. Ce courrier faisait état de « graves problèmes de dépression » dont serait victime l'intimée, problèmes « liés et en relation directe avec les conditions de travail auxquelles elle était soumise ». Un certificat d'incapacité de travail rédigé par la psychiatre de l'intimée était annexé à ce courrier couvrant la période du 29 janvier au 4 février inclus.

Le 8 mars 2007, l'appelante a répondu à l'organisation syndicale. Dans ce courrier, l'appelante conteste le lien entre l'incapacité de travail de l'intimée et les conditions de travail au sein de l'entreprise. Elle rappelle en outre les trois avertissements adressés précédemment à l'intimée

L'intimée a été en incapacité de travail :

- du 28 janvier au 4 février 2007
- du 6 mars au 12 mars 2007
- du 22 mars au 21 avril 2007

Des certificats médicaux ont été remis à l'appelante pour chacune de ces périodes d'incapacité. Ces certificats mentionnaient à chaque fois que les sorties étaient autorisées.

Le 16 février 2007, Monsieur T. en qualité d'administrateur délégué de l'appelante a conclu une convention avec la société de détectives ARIS. Monsieur T. soupçonnait l'intimée de travailler pour d'autres personnes durant son incapacité de travail. La mission de la société de détective est décrite à l'article 1^{er} de cette convention : « mise

en évidence éventuelle d'une occupation d'une de vos employées, la nommée L. alors qu'elle est couverte par un certificat médical d'incapacité de travail ».

Deux agents de la société de détectives ont effectué leurs surveillances les 7, 8, 9, 12, 22, et 23 mars 2007 à différents endroits où l'intimée était soupçonnée de travailler et y ont effectivement constaté sa présence et, le 8 mars, des activités de nettoyage par l'intimée.

Le jeudi 29 mars 2007, l'huissier de justice, Monsieur G., accompagné des deux détectives privés, constate que l'intimée entre dans deux immeubles, où elle était soupçonnée de travailler, et y passe plusieurs heures. Auditionnée par l'huissier de justice quand elle sort du deuxième immeuble, l'intimée reconnaît y avoir « rangé des outils et des trucs ».

L'intimée a été licenciée pour motifs graves le 29 mars 2007. Les motifs graves reprochés à l'intimée repris dans la lettre de licenciement sont les suivants : « (...) *Alors que vous êtes en incapacité de travail pour la période du 22 mars au 21 avril 2007, vous exercez des activités professionnelles incompatibles avec cette soi-disant incapacité de travail : vous effectuez notamment des travaux de nettoyage au 94 rue du Ruisseau à 4000 Liège et rue de Marneffe, 5 à 4020 Liège. Il ressort notamment d'un constat d'huissier que le 29 mars 2007 vous étiez à la première adresse de 8h10 à 12h10 et avez travaillé à la seconde adresse, cabinet dentaire, de 13h57 à 16h48. Alors que le dentiste était absent depuis 14h18 et celle que vous présentez comme son assistante a quitté les lieux à 15h04, vous déclarez avoir fini un travail, notamment ranger les outils pour le dentiste et ce jusqu'aux environs de 16h45. Dans les deux cas, vous avez les clés et procédez aux ouvertures et fermetures des portes et/ou volets. L'huissier de justice nous a remis ce jour copie de ce constat. Nous avons ainsi acquis la connaissance certaine de la faute grave qui justifie votre licenciement (...)* ».

Dans un courrier du 4 avril 2007, l'intimée conteste son licenciement pour motifs graves et allègue en outre des faits constitutifs de harcèlement de la part de son employeur qui auraient provoqué son incapacité de travail.

L'appelante a répondu à l'intimée par courrier le 23 avril 2007 qu'elle maintenait sa position et confirmait la rupture pour motifs graves.

L'intimée a finalement saisi le Tribunal du Travail de Liège par requête du 18 février 2008. Elle conteste le respect du délai de licenciement et la réalité d'un motif grave.

Elle réclame à l'appelante :

- 20 786,66 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis
- 248,88 € de prime de fin d'année
- 10 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif
- les intérêts sur le brut depuis les dates d'exigibilité et la délivrance des documents sociaux rectifiés sous peine d'une astreinte de 100 € par jour de retard.

Le tout moyennant exécution provisoire.

II.- LE JUGEMENT CONTESTÉ

Par le jugement critiqué, les premiers juges ont dit l'action recevable et partiellement fondée.

L'appelante a été condamnée à payer à l'intimée une indemnité de rupture de 19.321,25 € (sous déduction des retenues sociales et fiscales et majorées des intérêts sur le brut depuis le 29 mars 2007) et à lui payer 248,88 € de prime de fin d'année (sous déduction des retenues sociales et majorées des intérêts sur le brut depuis le 29 mars 2007).

L'appelante a également été condamnée à délivrer à l'intimée les documents sociaux et C4 sur base d'une rupture avec paiement d'une indemnité compensatoire de préavis ainsi que paiement d'une prime de fin d'année (sous peine d'une astreinte de 15 € par jour de retard).

Il a été fait application de l'article 29 alinéa 1 du code d'instruction criminelle et le dossier a été communiqué à l'Auditorat du Travail.

Il ne ressort pas des pièces du dossier que le jugement aurait été signifié.

III.- LES APPELS

Appel principal

Par requête reçue au greffe de la cour en date du 5 mars 2009 et modifiée par voie de conclusion, l'appelante demande à la Cour de dire l'appel principal recevable et fondé.

L'appelante demande à la Cour de réformer le jugement critiqué en ce qu' :

- il dit pour droit que le licenciement pour motif grave de l'intimée n'était pas fondé et condamne l'appelante au paiement d'une indemnité de préavis et de la prime de fin d'année *prorata temporis*.

- il condamne l'appelante à la délivrance des documents sociaux rectifiés, sous peine d'astreinte de 15 € par jour de retard.
- il condamne l'appelante aux dépens.

L'appelante demande enfin à la Cour de dire l'appel incident recevable mais non fondé.

A titre subsidiaire, l'appelante demande à la Cour de pouvoir apporter par toutes voies de droit la preuve :

- du fait d'avoir reçu une communication téléphonique le 29 mars 2007 l'informant du résultat de l'enquête du détective privé et des constatations de l'huissier de justice.
- du fait que l'intimée a exercé une activité professionnelle incompatible avec l'incapacité de travail dans laquelle elle se trouvait du 22 mars au 21 avril 2007.
- du fait que les travaux de nettoyage effectués par l'intimée pour le compte de tiers la fatiguaient lorsqu'elle accomplissait son travail pour le compte de l'appelante
- de l'absence de harcèlement dans le chef de Monsieur T. à l'égard de l'intimée
- des raisons qui ont mené au licenciement de Madame G.
- du fait que Monsieur T. s'est efforcé d'améliorer les conditions de travail au sein de l'appelante.

Appel incident

L'intimée demande à la Cour de déclarer l'appel principal recevable mais non fondé.

L'intimée demande à la Cour :

- de confirmer le jugement critiqué
- de condamner l'appelante au paiement d'une indemnité pour abus de droit d'un montant de 10.000 € évalué *ex aequo et bono* (majorés des intérêts de retard au taux légal depuis le 29 mars 2007).
- de réformer le jugement critiqué en ce qu'il transmet le dossier à l'Auditorat du travail en application de l'article 29 du Code d'instruction criminelle.
- de condamner l'appelante aux intérêts judiciaires sur les différentes sommes réclamées.
- de condamner l'appelante aux dépens.

A titre subsidiaire, l'intimée demande à la Cour de pouvoir apporter par toutes voies de droit la preuve :

- de la dégradation de l'ambiance au travail depuis l'arrivée de la nouvelle direction en janvier 2005
- des problèmes de stress et d'anxiété dont elle aurait été victime depuis mars 2005 et dont son employeur serait la cause.

- du fait que son aptitude à accomplir des travaux de nettoyage ne démontre pas son aptitude à exercer son activité professionnelle au service de l'appelante.

IV.- RECEVABILITÉ DES APPELS

Les appels, introduits dans les formes et délais légaux, sont recevables.

V.- APPRÉCIATION

1. Le motif grave

L'article 35 de la loi sur les contrats de travail dispose que :

« Chacune des parties peut résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu.

Est considérée comme constituant un motif grave, toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur.

Le congé pour motif grave ne peut plus être donné sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui donne congé, depuis trois jours ouvrables au moins.

Peut seul être invoqué pour justifier le congé sans préavis ou avant l'expiration du terme, le motif grave notifié dans les trois jours ouvrables qui suivent le congé.

(...)

La partie qui invoque le motif grave doit prouver la réalité de ce dernier; elle doit également fournir la preuve qu'elle a respecté les délais prévus aux alinéas 3 et 4. »

a) Validité des constatations faites par les détectives privés et l'huissier de justice

1) L'intimée estime que si l'appelante avait un doute sur la réalité de son incapacité de travail, cette dernière n'aurait pu être contestée que par un examen du médecin contrôleur mandaté par l'employeur en vertu de l'article 31 de la loi sur les contrats de travail.

Or, rien n'oblige légalement l'employeur à recourir au service d'un médecin contrôleur, même si c'est la voie la plus fréquemment utilisée. L'employeur peut en effet utiliser tout moyen de

droit pour établir l'inexistence de la prétendue incapacité de travail, tel que les témoignages et les présomptions. (M. DEVAGLE, *L'incapacité de travail de droit commun et les obligations qui en découlent pour l'employeur et le travailleur*, Warterloo, Kluwer, 2006, p. 44).

Un des moyens de preuve de plus en plus invoqué, comme en l'espèce, sont des rapports de détectives privés. (cfr B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 315 et suivantes ; CLAEYS et ENGELS, *La loi du 3 juillet 1978 30 ans après...Vue sous un angle différent*, Bruxelles, Larcier ; 2008, p. 196 ; C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 186 n° 136 ; W. Van EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social*, Diegem, Kluwer, 2009-2010, p. 1992, n° 3914).

L'activité des détectives privés est réglementée par la loi du 19 juillet 1991. Selon l'article premier de cette loi, « *est considéré comme détective privé toute personne physique qui, dans un lien de subordination ou non, exerce habituellement, contre rémunération et pour le compte d'autrui, des activités consistant à, rechercher des personnes disparues ou des biens perdus ou volés, recueillir des informations relatives à l'état civil, à la conduite, à la moralité et à la solvabilité de personnes, réunir des éléments de preuve ou constater des faits qui donnent ou peuvent donner lieu à des conflits entre personnes ou qui peuvent être utilisés pour mettre fin à ces conflits, rechercher des activités d'espionnage industriel, exercer toute autre activité définie par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres* ».

La jurisprudence antérieure à l'adoption de la loi du 19 juillet 1991 avait tendance à considérer que la force probante du rapport d'un détective privé pouvait être remise en question dans la mesure où le détective privé percevait une rémunération de la part d'une des parties à la cause. De plus en absence de contrôle judiciaire et sans garantie sur l'exactitude du contenu du rapport, la plupart des décisions ne prenaient en compte ce type de document que comme un commencement de preuve par écrit ou une présomption de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge (en ce sens voyez C. trav. Mons, 16 mars 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 147 ; C. trav. Liège, 17 mai 1985, *J.T.T.*, 1985, p. 472).

Depuis l'adoption de cette loi, l'objectivité et la force probante du travail des détectives privés ont été renforcées. La méfiance de la jurisprudence tend donc à se réduire (Sous réserve de certains cas de figure comme la provocation par exemple ; C. trav. Anvers, 17 nov. 2003, *Chron.D.S.*, 2004, p.91). Il n'y a cependant pas une totale unanimité de la part des juridictions (Voir en ce sens Trib. Trav. Audenarde, 3 avr. 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 347 ; C. trav. Anvers 2 déc. 2002, *Chron.D.S.*, 2004, p. 147), même si la doctrine et une partie de la jurisprudence semblent reconnaître une valeur probatoire certaine aux rapports de détectives privés respectant la réglementation mise en place par la loi de 1991 (C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, *Bull.ass.*, 2002, p. 645 ; C. trav. Anvers, 17

nov. 2003, *Chron.D.S.*, 2004, p. 91 ; C. trav. Mons, 19 sept. 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 197). C'est aussi la position de la cour de céans en restant vigilant dans chaque cas d'espèce sur le strict respect de la légalité et des principes de droit tel le droit de la vie privée.

Le principe de la validité comme moyen de preuve des rapports des détectives privés est également reconnu dans le présent cas. Pour rappel, les 7, 8, 9, 12, 22, et 23 mars 2007 les détectives privés ont surveillé l'intimée à différents endroits où elle était soupçonnée de travailler et y ont effectivement constaté sa présence et, les jeudis 8 et 29 mars 2007, des activités de nettoyage par l'intimée.

2) L'intimée conteste alors la validité des constatations faites par les détectives privés pour violation de l'article 7 de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé qui « *interdit au détective privé de recueillir des informations relatives à la santé (...) des personnes qui font l'objet de ses activités* ».

Les constatations des détectives privés ne se rapportent cependant pas à l'état de santé de l'intimée mais à l'exercice d'une activité parallèle à celle pour l'appelante.

L'argument de l'intimée ne peut ainsi être retenu.

3) L'intimée estime encore que les détectives et l'huissier de justice auraient commis un excès de pouvoir en l'interrogeant à sa sortie de l'immeuble sur ce qu'elle y avait fait.

Il ne ressort cependant d'aucun élément du dossier que l'intimée n'aurait pas répondu aux questions posées de son propre gré.

En actant des déclarations que l'intimée a faites volontairement, les personnes concernées n'ont ni commis un excès de pouvoir ni violé les droits de défense ou le respect de la vie privée de l'intimée.

Sur base de ce qui précède et donc notamment des constatations des détectives privés et de l'huissier de justice, la cour retient que l'intimée a effectivement travaillé en qualité de femme d'ouvrage pour des tiers et ceci les 8 et 29 mars 2007, dates auxquelles elle était déclarée en incapacité de travail pour l'appelante. Fait qui n'est d'ailleurs pas vraiment contesté par l'intimée.

b) Respect des trois jours

L'intimée estime que l'appelante était informée de son activité parallèle depuis longtemps et tout au moins dès le 16.2.2007, date à laquelle l'appelante a chargé les détectives privés de sa surveillance.

Cependant, le délai de trois jours ne commence pas à courir lorsque la personne qui notifie le congé ne nourrit que des soupçons quant à l'existence du motif grave mais quand elle a acquis la connaissance certaine des faits. Celui qui licencie ne peut agir sur des soupçons (C.T. Mons, 9.9.1988, JLMB, 1989, 200) ou sur des simples présomptions, il peut donc légitimement attendre les résultats d'une enquête (C.T. Liège, 24.3.1988, JTT, 1988, 388) avant de mettre fin au contrat de travail.

Ce n'est qu'au terme de ces mesures d'instruction que le délai légal commencera à courir (C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 66 n° 70). Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, aucun délai déterminé n'est imposé endéans lequel il faudrait effectuer ces mesures d'investigation tant que ce délai reste raisonnable (Cass., 17 janv. 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 137). Pour que ce principe s'applique, il faut néanmoins que les mesures adoptées ne soient pas superflues. Le congé sera en effet considéré comme tardif si ces mesures sont en réalité des manœuvres dilatoires (C. trav. Bruxelles, 23 janvier 1991, *R.D.S.*, 1991, p. 120). Le juge conserve un pouvoir d'appréciation souverain quant au moment où l'auteur du congé a acquis la connaissance du motif grave (Cass., 14 mai 1979, *Pas.*, 1979, p. 1079 et *J.T.T.*, 1980, p.78).

Dans le cas d'espèce, Monsieur T, administrateur délégué de la société LC, personne compétente pour licencier un membre du personnel, a acquis cette certitude le 29 mars 2007. En effet, le motif grave reproché à Madame L étant la prestation d'activités professionnelles incompatibles avec son incapacité de travail, la certitude de ce fait a été établie par le rapport des détectives privés et par le constat d'huissier portés à la connaissance de Monsieur T. le 29 mars 2007. Avant cette date, Monsieur T n'avait que de simples soupçons. Le délai de trois jours a donc été respecté.

c) Le motif grave

Pour qu'il y ait motif grave, il faut qu'il existe une faute grave dans le chef de celui à l'encontre duquel le motif grave est invoqué, faute qui rende immédiatement impossible les relations de travail parce qu'elle entraîne la perte de confiance dans les services du cocontractant.

Le juge apprécie de manière souveraine la gravité des faits constitutifs de motif grave (Cass. 28.4.1999, Pas., 197, I, 514).

Lorsqu'un travailleur est en incapacité de travail, cette incapacité doit être appréciée par rapport au travail convenu en vertu du contrat de travail (Cass, 12 janv. 1987, *R.D.S.*, p 88 ; Cass, 21 avr. 1986, *Chron.D.S.*, 1986, p. 282 ; Cass., 15 fév. 1982, *J.T.T.*, 1982, p. 272). Effectivement, l'article 31 de la loi sur les contrats de travail dispose clairement que : « *L'impossibilité pour le travailleur de fournir son travail par suite de maladie ou d'accident suspend l'exécution du contrat.* »

Le fait pour un travailleur d'exercer une autre activité, lucrative ou non, n'est ainsi pas révélatrice en soi d'une absence d'incapacité de travail et donc d'une faute. « Ainsi, un travailleur engagé à temps partiel chez deux employeurs dans des conditions différentes pourrait être en incapacité de travail chez l'un et pouvoir exécuter son travail chez l'autre » (M. DEVAGLE, *L'incapacité de travail de droit commun et les obligations qui en découlent pour l'employeur et le travailleur*, Warterloo, Kluwer, 2006, p. 75; C. trav. Bruxelles, 1^{er} juin 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 3 ; H. FUNCK, « Avertir, certifier, contrôler : les formalités prévues par l'article 31 de la loi du 3 juillet 1978 », *Orientations*, 1990, 257))

Pour qu'une activité exercée durant une incapacité de travail soit constitutive d'un motif grave justifiant la rupture immédiate du contrat de travail, il faut que l'une des trois conditions suivantes soit remplie (M. DEVAGLE , op. cité,p 75) :

- Cette activité doit violer une clause contractuelle ;
- Cette activité doit démontrer par son exercice une absence d'incapacité de travail. Pour cela, il faut que les deux activités soient similaires ou identiques. (C. trav. Liège, 4 fév. 2002, *Chron.D.S.*, 2003, p. 240 ; C trav. Mons, 3 oct. 1991, *J.T.T.*, p. 259)
- Cette activité doit être de nature à retarder la guérison du travailleur (C. trav. Mons, 13 oct. 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 83, C. trav. Liège, 26 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1632).

En l'espèce, aucune clause contractuelle n'interdisait à l'intimée d'exercer une activité professionnelle en dehors de son travail à temps partiel accompli pour le compte de l'appelante.

Le travail de caissière-employée de facturation que l'intimée exerçait chez l'appelante n'est pas identique ou similaire aux prestations de nettoyage exercées pour d'autres employeurs. En effet, la première activité est plutôt intellectuelle et demande un certain degré de concentration tandis que la seconde est essentiellement physique. Une enquête ne se justifie pas.

Il résulte des documents médicaux produits que l'incapacité de travail de l'intimée était d'ordre psychique (dépressions) et non pas physique. Une activité professionnelle de nature physique, telle que des travaux de nettoyage, n'était pas susceptible de retarder la guérison de l'intimée. Une enquête ne se justifie pas.

Il peut être présumé que l'intimée a travaillé comme femme d'ouvrage tous les jours où sa présence a été constatée dans les immeubles en question, donc également par exemple le 23.3.2007, un vendredi, où elle était en principe de service comme caissière chez l'appelante et pour lequel elle a perçu de cette dernière un salaire garanti. Le travail parallèle pendant les jours couverts par le salaire garanti peut certainement être considéré comme fautif mais ne constitue pas une faute à ce point grave qu'il rompt la confiance entre parties.

De ce qui précède, il résulte que l'exercice d'une activité de femme d'ouvrage par l'intimée pendant une période pendant laquelle elle était en incapacité de prêter son activité de caissière-employée de facturation ne constitue pas un motif grave au sens de l'article 35 de la loi sur les contrats de travail.

L'appel principal n'est pas fondé sur ce point.

2. Indemnité de rupture

L'article 39 de la loi sur les contrats de travail énonce que :

« Si le contrat a été conclu pour une durée indéterminée, la partie qui résilie le contrat sans motif grave ou sans respecter le délai de préavis fixé aux articles (...), 82, (...) est tenue de payer à l'autre partie une indemnité égale à la rémunération en cours correspondant soit à la durée du délai de préavis, soit à la partie de ce délai restant à courir. (...) »

Il y n'y pas de contestation entre parties sur la durée du préavis soit 18 mois (3 mois par période de 5 ans d'ancienneté). En effet, l'intimée réclame une indemnité de préavis qui correspond à ce délai et ce même délai a été accordé par l'appelante lors du premier licenciement.

L'indemnité de rupture qui y correspond s'élève à 20.786,66 €.

Cependant, en cas de résiliation immédiate du contrat de travail sans motif grave par l'employeur au cours du délai de préavis, l'indemnité de congé est égale au montant de la rémunération en cours correspondant à la durée du délai de préavis restant à courir auquel l'employé peut prétendre (Cass., 6.3.2000, J.T.T. 2000,226)

De la somme de 20.786,66 €. € doivent donc être déduites les sommes payées à l'intimé à titre de rémunération depuis le 1.2.2007, date de prise de cours du préavis ce qui donne un solde sur lequel l'intimée s'est référée à justice et sur lequel l'appelante n'a même pas conclu de 19.321,25 €.

Le jugement est confirmé sur ce point.

3. Prime de fin d'année

L'employeur émergeant de la Commission paritaire 218 et le motif grave n'étant pas retenu, la réclamation est fondée prorata temporis pour le montant de 248,88 €.

L'appel principal n'est pas fondé sur ce point.

4. Indemnité pour abus du droit de licencier

Comme chaque travailleur a le droit de démissionner de son travail, chaque employeur a le droit de licencier son travailleur.

Le dommage, tant matériel que moral, qui peut résulter d'une rupture sans motif grave du contrat de travail est censé être compensé, soit par un délai de préavis, soit par une indemnité de rupture.

Une indemnité complémentaire peut être due, si celui qui rompt le contrat crée par sa faute un préjudice extraordinaire qui n'est pas couvert par l'indemnité de rupture.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, il y a abus de droit lorsque l'exercice d'un droit « dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et avisée » (Cass. 10 sept. 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 282 ; Cass. 1^{er} févr. 1996, *Pas.*, 1996, p. 158). C'est notamment le cas lorsque le licenciement

- est totalement disproportionnée par rapport à l'intérêt servi ;
- est révélateur d'une intention de nuire ;
- est de nature à détourner le droit de sa fonction sociale ;
- est révélateur d'un comportement anormal ;

En l'espèce, l'intimée a été admonestée à plusieurs reprises pour des erreurs commises lors de son travail sans qu'elle puisse prouver avoir contesté les reproches. La cour retient donc que le travail de l'intimée était sujet à critiques.

Alors que l'intimée avait fait parvenir à son employeur des certificats d'incapacité de travail, elle a continué à prester comme femme d'ouvrage chez d'autres employeurs et ceci tout au moins pendant

un jour pour lequel elle était couverte par le salaire garanti. Même si ce fait ne constitue pas un motif grave comme expliqué plus haut, l'employeur était fondé à suspecter la demanderesse de l'abuser.

Dans ce contexte, la cour constate que l'appelante n'a pas commis de faute en licenciant l'intimée.

De plus, l'intimée ne prouve pas avoir subi par son licenciement un préjudice distinct de celui couvert par l'indemnité de rupture.

L'appel incident n'est pas fondé.

5. Délivrance de documents sociaux rectifiés

L'appelante reprend cette partie de son appel dans les seuls dispositifs de sa requête d'appel et de ses conclusions sans la motiver.

Dans ce contexte, l'appel est déclaré non fondé.

6. Communication du dossier à l'Auditorat du travail

Le jugement communique le dossier à l'Auditorat du travail sur base de l'article 29 du CIC étant donné que l'intimée paraît avoir cumulé des rémunérations avec des allocations de chômage ou des indemnités d'assurance maladie-invalidité.

L'intimée a formé appel contre cette communication.

Cet appel est cependant sans objet :

- Soit le greffe du tribunal a communiqué immédiatement après le jugement le dossier au Ministère public, comme il le devait. Dans ce cas, le Ministère public est définitivement saisi de l'aspect pénal de l'affaire.
- Soit cette communication n'a pas eu lieu avant l'appel. Dans ce cas, par l'appel, le tribunal est désaisi du dossier et n'a plus la possibilité matérielle de le communiquer au Ministère public. Mais dans ce cas, et pour les mêmes raisons que le tribunal, la cour est obligée de lui communiquer le dossier.

7. Les dépens d'instance

L'action principale étant en large partie fondée, c'est à juste titre que les premiers juges ont condamné l'appelante aux dépens.

L'appel n'est pas fondé.

*
* *

Les dépens d'appel sont compensés, les parties succombant chacune dans leur appel.

PAR CES MOTIFS,

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, notamment son article 24,

LA COUR, après en avoir délibéré et statuant contradictoirement :

Dit les appels recevables mais non fondés ou, en ce qui concerne l'appel incident sur la communication de l'affaire au Ministère public, sans objet.

Confirme le jugement critiqué en toutes ses dispositions.

Au cas où le dossier n'aurait pas encore été communiqué au Ministère Public par le greffe du tribunal, la Cour informe ce dernier que le dossier pourrait relever du droit pénal social si l'intimée a effectivement cumulé des rémunérations avec des allocations de chômage ou des indemnités d'assurance maladie-invalidité

Compense les dépens d'appel.

Ainsi arrêté et signé avant la prononciation par Messieurs

Heiner BARTH, Conseiller faisant fonction de Président,
Christian THUNISSEN, Conseiller social au titre d'employeur,
Georges SELS, Conseiller social au titre d'employé,
qui ont assisté aux débats de la cause,
assistés de Monsieur Gino SUSIN, Greffier
le Greffier, les Conseillers sociaux, le Président,

et prononcé en langue française à l'audience publique de la 15^e Chambre de la Cour du travail de Liège, section de Liège, en l'annexe du Palais de Justice de Liège, sise rue Saint Gilles, 90 c à 4000 LIEGE le **DIX-SEPT DECEMBRE DEUX MILLE NEUF** par le Président de la chambre assisté du greffier.

le Greffier,

le Président,