

## Doctrines

La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1<sup>er</sup> avril 2014, par L. Peltzer et E. Plasschaert ..... 377

## Jurisprudence

■ I., Preuve en matière pénale - Loi déterminant les règles d'exclusion de la preuve irrégulière - Article 32, titre préliminaire, C. proc. pén. - Application de la loi dans le temps - Application immédiate - II. Preuve en matière pénale - Roulage - Conduite en état d'imprégnation alcoolique - Analyse de l'haleine ou sanguine - Preuve spécialement réglementée par la loi (articles 59 et 62, loi 16 mars 1968) - Erreur dans la citation du texte de la norme applicable - Article 32, titre préliminaire, C. proc. pén. - Application des critères de droit commun relatifs à l'exclusion de la preuve irrégulière

Cass., 2<sup>e</sup> ch., 14 mai 2014, conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch .. 390

■ I. Droit pénal - Délit de presse - Article 150 de la Constitution - Notion - Diffusion numérique - Opinion orale ou audiovisuelle, mais non textuelle - Pas de délit de presse - II. Droit pénal - Harcèlement - Article 442bis du Code pénal - Conditions d'application - Grave perturbation de la tranquillité d'autrui - Opinion véhiculée via YouTube - Acte unique - Nature répétitive en raison du visionnage par les internautes - Comportement punissable

Cass., 2<sup>e</sup> ch., 29 octobre 2013, observations de Q. Van Enis ..... 391

■ Droit de la construction - Contentieux - Vue des lieux - Parties à la cause

Liège, 3<sup>e</sup> ch. B, 21 octobre 2013 ..... 397

## Chronique

Barreau de Bruxelles : regards croisés des deux candidats au dauphinat - Il y a ... ans.

Bureau de dépôt : Louvain 1  
Hebdomadaire, sauf juillet et août  
ISSN 0027-812X  
P301031



strada

Journal  
des  
tribunaux

http://jt.larcier.be  
31 mai 2014 - 133<sup>e</sup> année  
21 - N° 6565  
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

## Doctrines

La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1<sup>er</sup> avril 2014

La suppression de toute différence de traitement entre ouvriers et employés est en marche. À la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 juillet 2011, le législateur est intervenu afin d'abolir, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2014, les différences de traitement en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence. Il a par ailleurs confié aux partenaires sociaux le soin de régler la délicate question de la motivation du licenciement. En effet, seuls les ouvriers bénéficiaient d'une obligation de motivation *a posteriori* de leur licenciement : ils ne pouvaient pas être licenciés pour n'importe quel motif et, en cas de contestation, il appartenait à l'employeur de prouver que le licenciement avait été décidé pour de « justes » motifs. Les partenaires sociaux ont conclu la convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement afin d'harmoniser les règles en cette matière en permettant à tous les travailleurs de connaître les motifs du licenciement et de contester celui-ci lorsqu'il est manifestement déraisonnable.

## I Introduction

1. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 juillet 2011 relatif aux délais de préavis et au jour de carence<sup>1</sup> a sonné le glas de la différence de traitement entre ouvriers et employés. La loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement<sup>2</sup> (ci-après « la loi relative au statut unique ») a traduit un compromis du gouvernement visant à exécuter l'arrêt de la Cour constitutionnelle. Un autre pan du bouleversement du paysage du droit social lié à l'inévitable harmonisation des statuts concerne la motivation du licenciement et le droit des travailleurs — ouvriers ou employés — de contester les motifs qui ont présidé à la décision prise par l'employeur de mettre fin à leur contrat de travail.

2. Nous avons relevé lors d'un colloque organisé par la Conférence du Jeune barreau de Bruxelles en octobre 2012 que selon nous, « le législateur ne pourra pas faire l'économie d'un maintien de l'article 63 [de la loi du 3 juillet 1978], avec quelques modifications, et ce pour les deux catégories de travailleurs. Ce maintien lui est dicté par des normes internationales, notamment européennes, qui imposent une obligation de motivation du licenciement »<sup>3</sup>.

Et effectivement, l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 est une des dispositions modifiées par la loi relative au statut unique qui prévoit, en ce qui concerne les employeurs qui relèvent du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les com-

(1) C. const., 7 juillet 2011, *JTT*, 2012, p. 1 et obs. P. JOASSART, « La fin de la distinction entre ouvriers et employés imposée par la Cour constitutionnelle : quelles conséquences? », (N.d.l.r. : nous publierons prochainement dans nos colonnes un article consacré à cette importante question).

(2) *M.B.* du 31 décembre 2013.

(3) L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, « Vers une harmonisation des statuts d'ouvrier et d'employé : un long fleuve tranquille? Un état de la question et quelques réflexions prospectives », in E. PLASSCHAERT et O. RIJCKAERT (dir.), *Le droit social en chantier(s)*, Larcier, 2012, p. 37, point 23.

LE DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME DEVANT LE JUGE NATIONAL

Sous la direction de Sébastien Van Drooghenbroeck  
Préface de Hugues Dumont

L'ouvrage fait le point sur l'ensemble des questions classiques relatives au statut du droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national.

> Collection : Grands arrêts  
448 p. • 126,00 € • Édition 2014

larcier [www.larcier.com](http://www.larcier.com)

commande: larcier@group.com  
c/o Larcier Distribution Services sprl  
Fond Jean Paques, a 15 - 1348 Louvain-la-Neuve - Belgique  
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

[ivanfrachenscrowell.com](http://ivanfrachenscrowell.com) / [CrowellMoring.com](http://CrowellMoring.com) / [ivanfrachenscrowell.com](http://ivanfrachenscrowell.com)

missions paritaires et leurs travailleurs, son remplacement par une convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du travail, rendue obligatoire par le Roi, relative à la motivation du licenciement. En ce qui concerne les employeurs qui ne relèvent pas du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et leurs travailleurs, la loi relative au statut unique prévoit que l'article 63 cessera de s'appliquer à partir de l'entrée en vigueur d'un régime analogue à celui prévu par la convention collective de travail visée ci-avant<sup>4</sup>.

Les partenaires sociaux ont conclu la convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement (ci-après « la C.C.T. n° 109 ») en exécution de cette disposition de la loi relative au statut unique. À partir de son entrée en vigueur, elle remplace l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 pour les employeurs du secteur privé. La C.C.T. n° 109 a été rendue obligatoire par l'arrêté royal du 9 mars 2014<sup>5</sup>.

Avant de détailler les dispositions de cette C.C.T. n° 109, nous rappellerons brièvement quelques principes relatifs à la théorie de l'abus de droit et au licenciement abusif de l'ouvrier sous l'égide de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978. Il ne s'agit pas d'une analyse complète et exhaustive<sup>6</sup> — tant s'en faut — mais d'une mise en exergue de certains éléments qu'il convient de garder à l'esprit lorsqu'il s'agit d'analyser la portée de la nouvelle réglementation.

## 1 La motivation du licenciement et le licenciement abusif devaient être traités dans le cadre de la loi introduisant un statut unique

### A. La théorie de l'abus de droit, socle de la matière

3. L'article 1134 du Code civil interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci, ce qui suppose que cette partie use, dans son seul intérêt, d'un droit qu'elle puise dans la convention, et qu'elle en retire un avantage disproportionné à la charge corrélatrice de l'autre partie<sup>7</sup>.

Pareil abus peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire, mais également de l'exercice de ce droit « d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente »<sup>8</sup>. Il s'agit d'un principe général de droit consacré par les articles 1134, 1382 et 1383 du Code civil.

4. L'on considère généralement qu'il y aura dépassement manifeste des limites de l'exercice normal d'un droit dans les hypothèses suivantes<sup>9</sup> :

- le droit est exercé dans la seule intention de nuire à un tiers;
- le droit est exercé en causant un préjudice à un tiers sans aucun intérêt pour son titulaire;
- le droit est exercé en causant un préjudice à un tiers sans aucun intérêt suffisant, légitime, raisonnable;
- l'intérêt légitime procuré par l'exercice du droit est disproportionné par rapport au dommage causé au tiers;
- le droit-fonction<sup>10</sup> est exercé dans un but autre que celui pour lequel il a été créé.

5. Puisque le droit de donner un congé est inhérent au contrat de travail liant les parties, il doit être exercé de bonne foi à défaut de quoi, dans les circonstances décrites ci-dessus, il peut constituer un abus.

Dans certaines hypothèses, le législateur est intervenu pour encadrer l'exercice du droit de licenciement. Il s'agit alors de couvrir spécifiquement certaines formes d'abus de droit. En général, de telles interventions n'excluent pas le droit d'invoquer d'autres formes d'abus de droit dans le chef de la « victime ». L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail en est une illustration.

### B. La différence de traitement pour la période antérieure au 1<sup>er</sup> avril 2014

#### 1. La réglementation applicable

6. Jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2014, seuls les ouvriers bénéficiaient d'une obligation de motivation *a posteriori* de leur licenciement. Ils pouvaient en effet invoquer à leur profit le bénéfice de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui dispose que :

« Est considéré comme licenciement abusif pour l'application du présent article, le licenciement d'un ouvrier engagé pour une durée indéterminée effectué pour des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite de l'ouvrier ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. En cas de contestation, la charge de la preuve des motifs du licenciement invoqués incombe à l'employeur.

» Sans préjudice de l'article 39, § 1<sup>er</sup>, l'employeur qui licencie abusivement un ouvrier engagé pour une durée indéterminée est tenu de payer à cet ouvrier une indemnité correspondant à la rémunération de six mois, sauf si une autre indemnisation est prévue par une convention collective de travail rendue obligatoire par le Roi (...) ».

La portée de cet article était double : d'une part, un ouvrier ne peut pas être licencié pour n'importe quel motif, d'autre part, en cas de contestation, il appartient à l'employeur de démontrer que le licenciement a été décidé pour de « justes » motifs.

L'employeur devait non seulement démontrer quels étaient les faits constitutifs du motif du licenciement, mais également démontrer que ces faits constituaient un motif légitime et licite au regard de l'article 63<sup>11</sup>. Il y avait donc une obligation de motivation *a posteriori* du licenciement. L'employeur qui ne pouvait rapporter cette double preuve s'exposait au risque de devoir payer une indemnité pour licenciement abusif. En cas de doute sur la preuve des motifs invoqués par l'employeur à l'appui de sa décision, l'indemnité pour licenciement abusif était due<sup>12</sup>.

Il résulte d'arrêts récents de la Cour de cassation, traduisant un revirement de jurisprudence<sup>13</sup>, que la théorie de l'abus de droit constitue bien le socle de l'article 63. De fait, selon la Cour : « Il ressort de la genèse de la loi que les règles en matière de licenciement abusif visent à interdire tout licenciement pour des motifs manifestement déraisonnables.

» Il s'ensuit qu'un licenciement pour un motif lié à l'aptitude ou à la conduite de l'ouvrier est abusif si le motif est manifestement déraisonnable.

» Il appartient au juge du fond d'apprécier si la conduite ou l'aptitude à l'origine du licenciement de l'ouvrier constitue un motif légitime de licenciement. La Cour se limite à examiner si, à cette occasion, le juge n'a pas méconnu la notion juridique de « licenciement abusif » qui est soumise à son contrôle.

» Le moyen, qui est tout entier fondé sur la thèse que, quelle que soit la nature de la conduite de l'ouvrier, dès qu'il est lié à cette conduite, le licenciement n'est pas abusif au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 et, en conséquence, le juge n'est pas tenu d'apprécier si

(4) Article 38 de la loi relative au statut unique.

(5) M.B. du 20 mars 2014, en vigueur à partir du 30 mars 2014.

(6) Voy. par exemple V. VANNES et L. DEAR, *La rupture abusive du contrat de travail - Théorie et applications*, Bruylant, 2010; C. CLESSE et S. GILSON (dir.), *Le licenciement abusif*, Anthemis, 2009.

(7) Cass., 1<sup>er</sup> septembre 1983, J.T.,

1985, p. 56.

(8) Cass., 10 septembre 1971, Pas., 1972, I, p. 28.

(9) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, vol. 3, 1996-1997/8, 1987/737 et s.

(10) Selon P. Van Ommeslaghe, le licenciement est un exemple de droit-fonction (P. VAN OMMESLAGHE, *ibidem*, vol. 3, 1996-1997/8, 1987/735).

(11) Voy. sur ce dernier point : Cass., 27 septembre 2010, J.T., 2011, p. 7 et Cass., 22 novembre 2010, J.T., 2012, p. 3.

(12) Cass., 18 juin 2001, J.T., 2001, p. 406.

(13) G. CHUFFART et A. AMERIAN, « Le licenciement abusif des ouvriers : une évolution nécessaire », J.T., 2012, p. 65, M. ROUSSEAU, « Deux arrêts de la Cour de cassation

très attendus en matière de licenciement abusif de l'ouvrier », *Chr. D.S.*, 2011, p. 4; D. RYCKX, « Enkele bemerkingen bij de cassatiearresten van 27 september en 22 november met betrekking tot willekeurige ontslag van werklieden : anders... maar beter? » *Chr. D.S.*, 2011, p. 1.

ladite conduite constitue un motif de licenciement valable, manque en droit »<sup>14</sup>.

7. Les employés ne bénéficiaient pas d'un tel renversement de la charge de la preuve leur permettant d'invoquer le caractère abusif de leur licenciement. Ils retombaient dès lors sur la théorie de l'abus de droit dont le fondement est à la fois contractuel et quasi délictuel, comme nous l'avons relevé ci-avant.

Il appartenait à l'employé qui invoquait l'existence d'un abus de droit de démontrer l'existence d'une faute dans le chef de l'employeur, distincte du non-respect des règles relatives à la rupture du contrat de travail, et d'un dommage distinct de celui couvert par l'indemnité de rupture<sup>15</sup>, sachant que celle-ci couvre tant le dommage matériel que le dommage moral qui découle de la rupture. Autant dire que cette preuve était malaisée et que l'indemnisation, évaluée *ex æquo et bono* était généralement limitée dans son montant.

## 2. Le lien entre la durée du préavis et le licenciement abusif des ouvriers

8. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 juin 2001<sup>16</sup> amena la Cour constitutionnelle à faire un lien très clair entre la durée des préavis, d'une part, la protection que confère l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 aux seuls travailleurs manuels, d'autre part.

Après avoir relevé qu'effectivement, l'article 63 fait partie des mesures prises par le législateur afin de rapprocher les niveaux de protection, la Cour analyse et justifie la différence de traitement sur la base du raisonnement suivant :

« Les ouvriers et les employés sont traités différemment par la loi en ce qui concerne les délais de préavis que l'employeur doit respecter quand il les licencie : ces délais sont, en règle, plus longs pour les employés que pour les ouvriers. (...) »

« Pour répondre à la question posée dans la présente affaire, il convient d'examiner si, en accordant aux ouvriers, en matière de licenciement abusif, des avantages qu'il n'accorde pas aux employés, le législateur n'a pas violé, au détriment de ceux-ci, le principe d'égalité et de non-discrimination. »

« La limitation des motifs admissibles de licenciement, le renversement de la charge de la preuve et la fixation forfaitaire de l'indemnité sont des mesures qui peuvent faciliter l'action introduite par un ouvrier pour licenciement abusif. Elles sont donc en rapport avec l'objectif poursuivi de rapprocher progressivement les niveaux de protection : loin de créer une inégalité, le législateur, en matière de stabilité de l'emploi, n'a introduit une différence de traitement que dans le souci d'en compenser une autre, celle qui privilégie les employés quant aux délais de préavis. »

« L'employé qui s'estime abusivement licencié ne bénéficie pas de ces avantages. Il peut toutefois obtenir une indemnité en application des règles du droit commun en matière d'abus de droit, de sorte que les mesures en cause n'apparaissent pas comme accordant aux ouvriers un avantage disproportionné. »

« Il s'ensuit que les mesures critiquées sont raisonnablement justifiées par rapport à l'objectif de réduire progressivement les différences entre employés et ouvriers, en ce qui concerne les garanties accordées aux uns et aux autres en matière de licenciement »<sup>17</sup>.

## C. Des normes internationales dont il fallait (impérativement) tenir compte<sup>18</sup>

9. Nous venons de souligner l'interaction qui existait entre la durée du préavis, d'une part, la protection offerte aux seuls ouvriers par l'article 63 de loi du 3 juillet 1978, d'autre part<sup>19</sup>.

Compte tenu de cette interaction, on pouvait imaginer que la suppression pure et simple de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 soit envisagée dans l'hypothèse où, à l'issue du processus d'harmonisation, l'augmentation du préavis des ouvriers serait significativement supérieure à la diminution du préavis des employés<sup>20</sup>.

Nous avons toutefois déjà relevé que le législateur ne pouvait pas faire l'économie d'un maintien de l'article 63 — sous une forme ou sous une autre — avec quelques modifications, et ce pour les deux catégories de travailleurs<sup>21</sup>. Ce maintien lui était dicté par des normes internationales, notamment européennes, qui imposent une obligation de motivation du licenciement<sup>22</sup>.

9.1. L'article 4 de la Convention sur le licenciement, 1982 adoptée au sein de l'Organisation internationale du travail<sup>23</sup> (ci-après « O.I.T. ») dispose qu'un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. L'article 7 de la même Convention stipule qu'un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité.

Bien que la Belgique n'ait pas ratifié la Convention n° 158 qui n'est pas directement applicable dans notre ordre juridique interne<sup>24</sup>, elle a été approuvée par le gouvernement belge et par les partenaires sociaux et elle traduit un consensus international, de telle manière que le non-respect de ces dispositions, notamment de son article 7, a pu être retenu par certaines juridictions comme une faute pouvant donner lieu à indemnisation :

« La Convention n° 158 n'a certes, à ce jour, pas été ratifiée par la Belgique et les règles qu'elle énonce n'ont dès lors pas force obligatoire pour la Belgique. Il n'empêche qu'elle peut être une source d'inspiration pour la jurisprudence, dans la mesure où elle traduit un certain consensus au niveau international au sujet des droits et obligations minimums réciproques des employeurs et des travailleurs. Il en va d'autant plus ainsi que cette Convention a été approuvée par les quatre délégués belges (gouvernement, employeurs et travailleurs) à l'assemblée générale de l'O.I.T. (*cf* compte rendu des travaux de la 68<sup>e</sup> session, Genève, 1982, pp. 36/15 et 36/20) ce qui indique pour le moins ; »

« — d'une part, que la Belgique reconnaît l'autorité de l'Organisation internationale du travail ; »

« — d'autre part, que les règles énoncées par cette Convention n'apparaissent pas de prime abord comme perturbant exagérément l'ordre juridique belge. »

« En l'espèce, en n'entendant pas le demandeur avant de le licencier pour motif grave, alors que les faits reprochés n'étaient pas tels que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de l'employeur qu'il le fasse, la défenderesse a causé au demandeur un préjudice, essentiellement moral, mais distinct de celui réparé par l'indemnité de congé, et qui peut être évalué *ex æquo et bono* à la somme de 20.000 F »<sup>25</sup>.

9.2. La Belgique a approuvée la Charte sociale européenne, adoptée le 18 octobre 1961 à Turin, par la loi du 11 juillet 1990<sup>26</sup>. Cette Charte a ensuite été modifiée et adaptée par plusieurs protocoles. La Charte sociale européenne révisée a alors été adoptée le 3 mai 1996 à Strasbourg. Cette Charte révisée tient notamment compte de ces différents protocoles et modifications.

L'article 24 de la Charte sociale européenne révisée dispose que :

« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître :

(14) Cass., 22 novembre 2010, *op. cit.*

(15) Cass., 7 mai 2001, *JTT*, 2001, p. 410 et note C. WANTIEZ; Cass., 26 septembre 2005, *JTT*, 2005, p. 494.

(16) C.A., 21 juin 2001, *JTT*, 2001, 405; R.W., 2001-2002, 271 et note De Vos.

(17) Polaris B. et B. de l'arrêt de la

Cour constitutionnelle du 21 juin 2001.

(18) Voy. les développements que nous consacrons à cette problématique dans L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, « Vers une harmonisation des statuts d'ouvrier et d'employé : un long fleuve tranquille? Un état de la question et quelques réflexions prospectives »,

*op. cit.*, pp. 36-41.

(19) Voy. *supra*, titre 1, B.

(20) En ce sens : C. CHUFFART et A. AMERIAN, *op. cit.*, p. 65.

(21) L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, *op. cit.*, p. 37, point 23.

(22) Voy. pour une étude approfondie de cette obligation découlant de normes supranationales : L. MONSIEZ, « Het Verdrag van

Lissabon : een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever? », *Oriëntatie*, 2010, pp. 97 et s.

(23) Convention n° 158 du 22 juin 1982.

(24) Voy. *infra*.

(25) T.T. Bruxelles, 20 février 1992, *Chr. D.S.*, 1993, p. 86.

(26) M.B. 28 décembre 1990

» a. le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service;

» b. le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

» À cette fin les parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial ».

Cette Charte sociale européenne révisée a bien été approuvée en droit interne par la loi du 15 mars 2002<sup>27</sup>. Toutefois, conformément à la partie III, article A, paragraphe 2, de la Charte, la Belgique a énuméré les articles de la partie II pour lesquels elle se considère liée. L'article 24 de la Charte n'est pas repris dans cette énumération, ce qui implique que la Belgique n'est pas tenue de le respecter. Néanmoins, la situation est moins claire qu'il n'y paraît compte tenu de l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

9.3. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « la Charte des droits fondamentaux ») signée à Nice le 7 décembre 2000<sup>28</sup> est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009.<sup>29</sup>

La déclaration relative à la Charte des droits fondamentaux, annexée à l'acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le Traité de Lisbonne, expose que : « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, juridiquement contraignante, confirme les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres »<sup>30</sup>. Par ailleurs, l'article 6 du Traité sur l'Union européenne dispose en son paragraphe 1<sup>er</sup> que : « 1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités.

» Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités.

» Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions ».

Il faut déduire de ce qui précède que la Charte des droits fondamentaux est juridiquement contraignante au même titre que les traités. Son article 30 traite de la protection en cas de licenciement injustifié :

« Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ».

Cet article est moins explicite que l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée qui impose clairement une obligation de motivation combinée avec une sanction adéquate. Toutefois, les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux<sup>31</sup> précisent que :

« Explication ad article 30 - Protection en cas de licenciement injustifié  
» Cet article s'inspire de l'article 24 de la Charte sociale révisée. Voir aussi les directives 2001/23/CE sur la protection des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, 80/987/CEE sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité, telle que modifiée par la directive 2002/74/CE ».

Cette précision est loin d'être anodine. Nous avons vu ci-avant qu'il convient de prendre « dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions »<sup>32</sup>.

L. Monserez en déduit à juste titre ce qui suit : « Met andere woorden, artikel 30 van het Handvest van de grondrechten van de EU moet wel degelijk zo veel mogelijk op dezelfde wijze worden begrepen als

artikel 24 van het herziene Europees Sociaal Handvest »<sup>33</sup>. Or, comme le relève cet auteur, ledit article 24 de la Charte sociale européenne révisée s'inspire lui-même de la Convention n° 158 conclue au sein de l'O.I.T.

Si l'on considère que l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux est juridiquement contraignant, l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée et les articles 4 et 7 de la Convention n° 158 le deviennent indirectement également.

10. On relèvera également l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 juillet 2012<sup>34</sup> selon lequel un défaut de motivation du licenciement empêche le travailleur d'introduire un recours effectif au sens de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>35</sup>.

11. L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, s'il était devenu applicable à l'ensemble des travailleurs, employés compris, aurait rencontré d'ores et déjà les exigences qui découlent de l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux, de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, de l'article 4 de la Convention n° 158 et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. En revanche, une modification de l'article 63 aurait été nécessaire pour satisfaire au prescrit de l'article 7 de la Convention n° 158 (audition préalable au licenciement lié à la conduite ou au travail afin de permettre au travailleur de se défendre contre les allégations formulées).

Telle n'a pas été la voie suivie par le législateur même si l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 a très fortement inspiré les partenaires sociaux chargés de conclure la C.C.T. n° 109.

## 2 Une nouvelle réglementation : la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement et le licenciement manifestement déraisonnable

12. La C.C.T. n° 109 ne se limite pas à la seule question de la motivation du licenciement comme son titre pourrait le laisser croire. Elle prévoit effectivement le droit pour tout travailleur licencié de connaître les raisons concrètes de son licenciement. Ce droit est sanctionné par une amende civile<sup>36</sup>. Mais en corollaire, les partenaires sociaux ont également introduit la notion de licenciement « manifestement déraisonnable » qui ouvre, lui aussi, le droit à une indemnisation du travailleur<sup>37</sup>.

Il s'agit bien d'une approche globale visant à permettre aux travailleurs de contester leur licenciement sur la base des motifs qui seront invoqués par l'employeur à l'appui de sa décision. Le droit du travailleur de connaître les motifs qui ont conduit au licenciement fait partie intégrante du contrôle du caractère manifestement déraisonnable, parce que celui-ci ne porte que sur les motifs qui ont conduit au licenciement. La motivation du licenciement est inextricablement liée aux dispositions qui balisent les contours du droit de licencier.

On peut même se poser la question de savoir dans quelle mesure l'objectif premier de cette C.C.T. n° 109 n'est pas, précisément, de permettre tant aux ouvriers qu'aux employés de contester leur licenciement. L'avis du Conseil national du travail est, à cet égard, éclairant : « Cette convention vise en premier lieu, à exécuter l'article 38, 1<sup>o</sup>, de la loi du 26 décembre 2013 précitée et ainsi à dissiper l'insécurité juridique liée à une différence de traitement entre ouvriers (article 63 de la loi du 3 juillet 1978, relatif au licenciement abusif) et employés (théorie de l'abus de droit) en ce qui concerne les possibilités de contester leur licenciement »<sup>38</sup>.

(27) M.B., 10 mai 2004.

(28) J.O.C.E. C 364 du 18 décembre 2000.

(29) J.O.C.E. C 83 du 30 mars 2010.

(30) J.O.C.E. C 83/337 du 30 mars

2010

J.T. n° 21/2014  
Larcier 2014 Groupe Larcier  
ivanfranchescrowell.com / CrowellsMoring / ivanfranchescrowell.com

(31) J.O.C.E. C 303/26 du

14 décembre 2007.

(32) Article 6, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3 du Traité sur l'Union européenne; voy. également l'article 52, § 7, de la Charte des droits fondamentaux.

(33) L. MONSEREZ, *op. cit.*, p. 103.

(34) C.E.D.H., 10 juillet 2012,

K.M.C. c. Hongrie.

(35) C. DESMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé? », *JTT*, 2013, p. 337.

(36) Chapitre III de la C.C.T. n° 109.

(37) Chapitre IV de la C.C.T. n° 109.

(38) Avis du Conseil national du travail n° 1.891 du 12 février 2014.

## A. Quelques réflexions liminaires relatives à la licéité de la C.C.T. n° 109

13. Selon le Conseil d'État, l'obligation de motivation dans le chef de l'employeur peut être considérée comme un aspect de la protection contre le licenciement abusif qui, à son tour, est un élément du droit à des conditions de travail équitables visé à l'article 23 de la Constitution. Il s'ensuit qu'il appartient au législateur de fournir les choix politiques qui s'imposent et de fixer les éléments essentiels du régime mis en place. Par conséquent, toujours selon le Conseil d'État, le soin de régler l'ensemble de cette matière ne pouvait en aucun cas être laissé aux partenaires sociaux ou au Roi<sup>39</sup>.

C'est donc bien un problème de constitutionnalité que soulève le Conseil d'État : « Aux termes de l'article 33 de la Constitution, tous les pouvoirs émanent de la Nation et ils sont exercés de la manière prévue par la Constitution. Sur le plan fédéral, le pouvoir exécutif, tel qu'il est réglé par la Constitution, appartient au Roi (article 37 de la Constitution). Outre la compétence normative que la Constitution même attribue au Roi, notamment celle qui est nécessaire pour l'exécution des lois (article 108 de la Constitution), des lois particulières, édictées en vertu de la Constitution même — et par conséquent dans le respect des limites qui sont apportées par la Constitution ou qui en découlent — peuvent accorder au Roi des pouvoirs réglementaires supplémentaires (article 105 de la Constitution). Ainsi, le législateur peut habiliter le Roi à régler certaines matières qui relèvent de ses pouvoirs résiduels. Dès lors que la Constitution a attribué exclusivement au Roi le pouvoir réglementaire revenant au pouvoir exécutif fédéral et que les pouvoirs doivent être exercés de la manière déterminée par la Constitution, le principe de l'unité du pouvoir réglementaire s'applique et il est par conséquent exclu que le pouvoir réglementaire soit exercé d'une autre manière que celle prescrite par la Constitution. Dès lors, le législateur fédéral ne peut en principe déléguer des compétences normatives qu'au Roi.

» Par conséquent, la question de savoir si, dans le système constitutionnel actuel, le législateur peut conférer aux interlocuteurs sociaux représentés dans un organe de concertation paritaire l'exécution d'une loi par la conclusion d'une convention collective de travail (rendue obligatoire), appelle une réponse négative<sup>40</sup>.

14. En outre, nous avons rappelé ci-avant l'importance qu'il convient de donner à l'article 7 de la Convention n° 158 de l'O.I.T. dont le respect pourrait s'imposer aux employeurs à la suite de l'application en cascade de différents instruments juridiques internationaux. Cet article 7 consacre le droit du travailleur à une audition préalable à chaque fois que le licenciement intervient pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail. Force est de constater que la C.C.T. n° 109 n'a pas prévu l'obligation d'entendre au préalable le travailleur licencié dans ces circonstances. Tout au plus le rapport précédant la C.C.T. se contente-t-il de préciser qu'« Un éventuel entretien préalable, lorsque l'employeur a l'intention de licencier, peut s'inscrire dans ce dialogue permanent ».

Afin de pleinement tenir compte du contexte international, il aurait été avisé d'imposer une telle audition préalable dans les cas de figures repris à l'article 7 de la Convention n° 158. La sécurité juridique y aurait certainement gagné.

15. Signalons enfin qu'il existait déjà, d'une certaine façon, une obligation de motivation du licenciement en ce que l'employeur est tenu d'indiquer sur le formulaire C4 qu'il a l'obligation de délivrer à l'occasion de la cessation d'une relation de travail, le motif précis du chômage. Toutefois, il s'agit ici d'une motivation à l'égard de l'O.N.Em., au caractère en outre succinct (hormis en cas d'enquête par l'O.N.Em.), alors que le nouveau régime de motivation prévu par la C.C.T. n° 109 crée un droit dans le chef du travailleur licencié de

connaître de façon précise et écrite les motifs de la décision de rupture prise par son employeur.

## B. Champ d'application

### 1. Champ d'application *rationae personae*

#### a. Employeurs du secteur privé

16. La C.C.T. n° 109 s'applique aux employeurs qui relèvent du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et à leurs travailleurs.

Le champ d'application de la C.C.T. n° 109 est déterminé par celui de la loi du 5 décembre 1968 relative sur les conventions collectives et les commissions paritaires<sup>41</sup>. L'article 2, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 5 décembre 1968 dispose que la loi ne s'applique pas aux personnes occupées par l'État, les Communautés, les Régions, les Commissions communautaires, les provinces, les communes, les établissements publics qui en dépendent et les organismes d'intérêt public<sup>42</sup>.

L'article 2, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, inclut néanmoins dans le champ d'application de la loi certains organismes d'intérêt public qui auraient dû être exclus, mais qui sont néanmoins soumis à la loi du 5 décembre 1968. Il s'agit des organismes suivants : la Société fédérale de participations et d'investissement, l'Autorité des services et marchés financiers, le Fonds de participation, l'Office national du Ducroire, la Banque nationale de Belgique, la s.a. Credibe, la s.a. Loterie Nationale, la Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek, les sociétés de logement social agréées conformément aux Codes du logement des Régions et les sociétés anonymes de droit public Brussels South Charleroi Airport-Security et Liège-Airport-Security.

17. Hormis le cas de ces organismes limitativement énumérés dans la loi du 5 décembre 1968, les entreprises relevant du secteur public sont exclues du champ d'application de la C.C.T. n° 109 qui vise exclusivement le secteur privé. Or ces entreprises du secteur public occupent également du personnel sous contrat de travail, à côté du personnel statutaire. Aucune convention collective de travail au sens de la loi du 5 décembre 1968<sup>43</sup> ne leur est applicable et cette exclusion vise tant le personnel statutaire que le personnel contractuel<sup>44</sup>.

Pour cette raison, l'article 38 de la loi relative au statut unique prévoit le maintien de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 en ce qui concerne les employeurs qui ne relèvent pas du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et leurs travailleurs jusqu'à l'entrée en vigueur d'un régime analogue à celui prévu par la C.C.T. n° 109.

Vu que l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ne s'applique qu'aux ouvriers et non aux employés, on peut s'interroger sur la constitutionnalité d'une telle différence de traitement au détriment de ces derniers. On peut néanmoins imaginer qu'une loi sera rapidement adoptée afin de pallier cette insécurité juridique.

À cet égard, le Conseil d'État s'est contenté de relever ce qui suit : « Même si le Conseil d'État, section du contentieux administratif, ne considère pas le licenciement d'un agent contractuel occupé par un employeur public comme un acte administratif unilatéral détachable, il existe néanmoins une jurisprudence qui considère que la loi du 29 juillet 1991 «relative à la motivation formelle des actes administratifs» s'applique lorsqu'un employeur public licencie un agent contractuel. La doctrine défend également cette thèse.

» Quoi qu'il en soit, il peut en tout cas être recommandé, du point de vue de la sécurité juridique, d'indiquer, lors de l'adoption par le législateur d'un régime en matière d'obligation de motivation, comment ce régime s'articule avec celui inscrit dans la loi précitée du 29 juillet 1991, en ce qui concerne un employeur public<sup>45</sup>.

(39) Avis du Conseil d'État n° 54.231/1 du 6 novembre 2013, *Doc. parl.*, Ch., n° 53 3144/001, p. 118.

(40) Nous rappellerons qu'aux termes de l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires qui établit une hiérarchie des sources du droit, une

convention collective de travail rendue obligatoire par le Roi est subordonnée à la loi dans ses dispositions impératives.

(41) *M.B.* du 5 janvier 1969.

(42) Voy. notamment A. RENARD, « La non-application de la loi sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires au personnel engagés dans les services publics

- Quelques précisions quant à la portée de l'article 2, § 3, 1, de la loi du 5 décembre 1968 », *Chr. D.S.*, 1986, 2-5; P. JOASSART, « Conventions collectives et secteur public : deux grandes solitudes? », in M. DUMONT (coord.) *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, C.U.P. 2008.

(43) Comp. avec les dispositions de la loi du 29 mars 1991 portant ré-

forme de certaines entreprises publiques économiques.

(44) C.T. Mons, 8 octobre 1999, *JTT*, 2000, p. 161.

(45) Avis du Conseil d'État n° 54.231/1 du 6 novembre 2013, *op. cit.*, p. 119.

## b. Les autres exclusions

**18.** La C.C.T. n° 109 prévoit en outre un certain nombre d'hypothèses où les travailleurs ne peuvent pas invoquer le bénéfice de ses dispositions protectrices<sup>46</sup>.

**18.1.** La C.C.T. n° 109 n'est tout d'abord pas applicable pendant les six premiers mois d'occupation<sup>47</sup>. Cette inapplication est à mettre en parallèle avec l'ancien article 60 de la loi du 3 juillet 1978 qui permettait de rompre le contrat de travail d'un ouvrier moyennant un préavis réduit de sept jours au cours des six premiers mois d'occupation et avec l'ancien article 67, § 2, de la même loi qui autorisait une période d'essai de six mois (et non douze mois) pour les employés dont la rémunération n'excédait pas le plafond indiqué. Ces deux hypothèses de préavis réduits étaient tout à fait incompatibles avec l'exigence d'une motivation spécifique qui aurait permis de contester la décision de licenciement, puisque précisément il s'agissait d'octroyer à l'employeur une très grande liberté d'appréciation pour décider si oui ou non le travailleur engagé lui convenait.

**18.2.** Certaines exceptions à l'application de la C.C.T. n° 109 visent les licenciements dans des circonstances qui rendent la motivation et la contestation sans objet, puisque non seulement les travailleurs savent pourquoi ils sont licenciés, mais en plus ces licenciements sont effectués pour de « justes » motifs qui, par définition, ne sont pas « manifestement déraisonnables ». Ces « justes motifs » sont les suivants :

- le licenciement en vue du chômage avec complément d'entreprise;
- le licenciement en vue de mettre fin au contrat de travail à durée indéterminée à partir du premier jour du mois qui suit celui au cours duquel le travailleur atteint l'âge légal de la pension;
- le licenciement en raison de la fermeture de l'entreprise;
- le licenciement dans le cadre d'un licenciement collectif.

Concernant ce dernier point, il est précisé que la C.C.T. n° 109 ne s'applique pas non plus aux travailleurs qui font l'objet d'un licenciement multiple en cas de restructuration, tel que défini au niveau sectoriel<sup>48</sup>.

**18.3.** D'autres exceptions s'expliquent par la nature du contrat de travail avec, notamment, un moindre caractère *intuitu personae*, s'agissant :

- des contrats de travail intérimaires; et
- des contrats de travail d'étudiants.

**18.4.** La protection que confère la C.C.T. n° 109 est également sans objet pour les travailleurs pour lesquels le licenciement fait l'objet d'une procédure spécifique impliquant par elle-même la motivation du licenciement. C'est pourquoi la C.C.T. n° 109 dispose qu'elle ne s'applique pas lorsque l'employeur doit suivre une procédure spéciale de licenciement fixée par la loi ou par une convention collective de travail.

L'exclusion ne vise donc que les hypothèses où une procédure spécifique doit être suivie. Tel est le cas, par exemple, des candidats et représentants élus au conseil d'entreprise et au comité pour la prévention et la protection au travail. Il nous semble par ailleurs qu'une telle procédure spéciale pourrait résulter d'une C.C.T. d'entreprise. En revanche, un travailleur protégé contre le licenciement, mais pour lequel aucune procédure spéciale ne doit être suivie, pourra invoquer à son profit les dispositions de la C.C.T. n° 109. Tel est le cas, par exemple, de la travailleuse enceinte ou du travailleur en crédit-temps ou en

congé parental : ils sont protégés contre le licenciement, mais ils peuvent être licenciés sans qu'une procédure spéciale ne doive être suivie. Il en va de même pour le délégué syndical si aucune procédure spéciale de licenciement est prévue au niveau sectoriel ou de l'entreprise (via une C.C.T.).

**18.5.** Le chapitre III de la C.C.T. n° 109 qui traite de la motivation du licenciement sera également inapplicable en cas de licenciement pour motif grave. À nouveau, ceci s'explique aisément par l'obligation d'ores et déjà prévue à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 de notifier le motif grave au travailleur dans les trois jours qui suivent le congé.

L'employeur qui procède à tort à un licenciement pour motif grave s'exposera, en revanche, à devoir payer une indemnisation supplémentaire au travailleur si le licenciement est manifestement déraisonnable au sens du chapitre IV de la C.C.T. n° 109. La seule circonstance que le motif grave ne soit pas retenu par les juridictions du travail ne rendra pas le licenciement en soi manifestement déraisonnable. On peut à cet égard raisonner par analogie avec la jurisprudence relative à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 aux termes de laquelle si le motif du licenciement est lié au comportement de l'ouvrier, le licenciement ne sera pas abusif même si ce comportement n'est pas grave au sens de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978<sup>49</sup>.

**18.6.** Enfin, nous verrons que les travailleurs auxquels s'appliquent structurellement un préavis réduit dans le cadre de l'article 70, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 26 décembre 2013, se voient appliquer par la C.C.T. n° 109 un traitement particulier faisant l'objet d'un chapitre spécifique<sup>50</sup>.

**18.7.** Qu'en est-il des contrats de travail à durée déterminée? La question pourrait paraître incongrue, le contrat de travail prenant fin à l'arrivée du terme sans qu'il soit question à proprement parler d'un licenciement. Toutefois, il arrive que le contrat de travail à durée déterminée soit rompu avant terme<sup>51</sup>. Il est donc normal que, dans une telle hypothèse, l'obligation de motivation soit applicable. La C.C.T. n° 109 est dès lors susceptible de s'appliquer à un licenciement visant à mettre fin anticipativement à un contrat de travail à durée déterminée.

Cependant, la C.C.T. n° 109 limite expressément le champ d'application de son chapitre relatif au licenciement manifestement déraisonnable aux seuls contrats conclus pour une durée indéterminée<sup>52</sup>. Le travailleur engagé à durée déterminée ne pourra donc se prévaloir que de l'obligation pour l'employeur de motiver le congé en cas de résiliation avant le terme convenu. Lorsque le contrat de travail prend fin à l'expiration du terme convenu, la C.C.T. n° 109 devient sans objet, puisqu'il ne sera alors plus question d'un licenciement.

## 2. Champ d'application *rationae temporis*

**19.** La C.C.T. n° 109, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 9 mars 2014, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2014. Elle s'applique aux congés donnés ou notifiés à partir de cette date<sup>53</sup>.

À notre sens, seul le congé donné initialement fait l'objet d'une obligation de motivation au sens de la C.C.T. n° 109, à tout le moins lorsque les raisons du congé subséquent sont identiques ou s'inscrivent dans le prolongement de celles ayant justifié le congé initial. Ainsi, en cas de licenciement moyennant préavis, la rupture subséquente moyennant paiement d'une indemnité de rupture ne donnera pas naissance à une telle obligation de motivation. D'autres interprétations sont toutefois envisageables<sup>53bis</sup>.

(46) Article 2, § 2, de la C.C.T. n° 109.

(47) L'article 2, § 2, alinéa 2, précise que des contrats antérieurs successifs à durée déterminée ou de travail intérimaire pour une fonction identique chez le même employeur entrent en ligne de compte pour le calcul des six premiers mois d'occupation. La définition de contrats antérieurs successifs (intérimaires ou à durée déterminée) est celle à laquelle il est fait référence à l'article 37/4 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de

(48) Article 2, § 3, alinéa 2, de la C.C.T. n° 109.

(49) Voy. notamment C.T. Bruxelles, 18 janvier 1994, *Bull. F.E.B.*, 1995/10, 108; C.T. Liège, 22 avril 1997, *Chr. D.S.*, 1998, p. 77; Cass., 15 janvier 1975, *Pas.*, 1975, I, 501; Cass., 22 janvier 1996, *Pas.*, 1996, 109 et *JTT*, 1996, p. 236; Cass., 7 mai 2001, *JTT*, 2001, 409, obs. C. WANTIEZ : « Licenciement abusif - Article 63 de la L.C.T. - Licenciement lié à la conduite ou à l'aptitude de l'ouvrier - Règle de proportionnalité - Non requise - Caractère supplétif de

l'article 63 »; C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *Le licenciement pour motif grave*, Larcier, 2005, 96, n° 107; dans le même sens : T.T. Bruxelles, 23 décembre 2010, R.G. n° 3105/09; en cas de motif grave inexistant, voy. Cass., 22 juin 2009, *JTT*, 2009, p. 387.

(50) Chapitre V de la C.C.T. n° 109.

(51) Article 14 de la loi relative au statut unique remplaçant l'article 40 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

(52) Pareille limitation est validée par la Cour constitutionnelle qui consi-

dère que les travailleurs engagés à durée déterminée et qui sont licenciés irrégulièrement peuvent obtenir une indemnisation sur la base des principes généraux du droit civil relatifs à l'abus de droit (C. const., 18 octobre 2012, *JTT*, 2013, p. 53).

(53) Article 12 de la C.C.T. n° 109.

(53bis) Voy. D. DEJONGHE et K. DECRUYENAERE, « Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag - De C.A.O. nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht », *Or.*, pp. 94 et s.

## C. Le droit de connaître les motifs concrets qui ont conduit au licenciement<sup>54</sup>

### 1. Le principe

**20.** Tout travailleur licencié a désormais le droit d'être informé par son employeur des motifs concrets qui ont conduit à son licenciement.

Cette obligation de motivation *a posteriori* introduite dans notre système juridique par la C.C.T. n° 109 constitue une innovation importante du régime de licenciement en droit belge, plus particulièrement pour les employés. Traditionnellement, pour cette catégorie de travailleurs, le principe était l'absence de toute obligation de motivation *a posteriori*, ce qui était justifié par l'importance des préavis qui leur étaient applicables.

Pour ce qui concerne les ouvriers, ce droit dérivait indirectement de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 qui limitait les motifs admissibles de licenciement et renversait la charge de la preuve tout en fixant forfaitairement l'indemnité pour licenciement abusif. Un employeur confronté à une demande de son ex-ouvrier de démontrer qu'il avait été licencié pour des motifs légitimes n'avait dès lors déjà d'autre choix que de motiver *a posteriori* sa décision tout en supportant la charge de la preuve des faits allégués à l'appui de sa « défense »<sup>55</sup>.

Rappelons toutefois que cela ne signifie pas pour autant qu'un licenciement pouvait, avant l'entrée en vigueur de la C.C.T. n° 109, être arbitraire.

Sous peine d'être abusif, tout licenciement devait déjà reposer sur des motifs valables, ceux-ci n'étant toutefois pas autrement définis par le législateur (à tout le moins pour les employés). Le travailleur licencié de façon arbitraire pouvait déjà réclamer réparation du préjudice causé par un licenciement abusif, soit en recourant à la théorie générale de l'abus de droit, soit, lorsqu'il s'agissait d'un ouvrier, sur la base de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail<sup>56</sup>.

Avant l'entrée en vigueur de la C.C.T. n° 109, il n'existait toutefois pas de droit pour le travailleur licencié d'obtenir de son employeur un écrit précisant ces motifs.

**21.** Ce nouveau droit du travailleur ne remet pas en cause le principe selon lequel le congé, c'est-à-dire la manifestation de la volonté de rompre le contrat de travail, n'est soumis à aucune exigence de forme<sup>57</sup>. En effet, il ne contraint pas l'employeur à suivre une procédure préalable<sup>58</sup> ni à indiquer par écrit les motifs qui conduisent à sa décision de rompre le contrat de travail. Le congé peut être verbal ou implicite<sup>59</sup>.

La C.C.T. n° 109 n'introduit donc pas d'obligation de motivation formelle spontanée et généralisée, mais donne uniquement le droit au travailleur qui le souhaite de connaître les motifs ayant conduit son employeur à mettre fin à son contrat et, le cas échéant, de contester le caractère raisonnable de celui-ci<sup>60</sup>.

Ce principe est, par ailleurs, assorti de nombreuses exceptions qui restreignent le droit de l'employeur de rompre de manière discrétionnaire le contrat de travail en le soumettant « tantôt au respect de causes précises, tantôt au respect de procédures déterminées, préalables au licenciement »<sup>61</sup>. Ces exceptions visent à protéger, dans certaines circonstances et à certaines conditions, certains travailleurs contre le licenciement.

### 2. Le moment de la motivation

**22.** Le travailleur qui souhaite connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement doit adresser sa demande à l'employeur par lettre recommandée dans un délai de deux mois après que le contrat de travail a pris fin<sup>62</sup>.

Si le contrat de travail est rompu moyennant un préavis, la demande doit être adressée à l'employeur dans un délai de six mois après la notification du congé sans toutefois pouvoir dépasser deux mois après la fin du contrat. Par notification du congé, on entend le jour où la notification du congé, qui ne peut se faire que par lettre recommandée ou par exploit d'huissier s'agissant d'une rupture moyennant préavis<sup>63</sup>, sort ses effets<sup>64</sup>.

L'employeur qui reçoit la demande doit communiquer au travailleur les « motifs concrets » qui ont conduit à son licenciement, par lettre recommandée, dans les deux mois à dater de la réception de la lettre recommandée contenant la demande du travailleur<sup>65</sup>.

Il s'agit alors d'une procédure formelle qui doit respecter les délais impartis par la C.C.T. n° 109.

**23.** L'employeur peut également, de sa propre initiative, communiquer par écrit au travailleur les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement<sup>66</sup>. Si cette communication contient les éléments qui permettent au travailleur de connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement, l'employeur ne sera plus tenu de répondre à la demande que le travailleur lui adresserait ultérieurement dans le cadre de la procédure formelle décrite ci-dessus.

La communication d'initiative par l'employeur n'est soumise à aucune condition de forme si ce n'est qu'elle doit être écrite. Bien qu'elle ne doive pas intervenir dans un délai donné, ce sera vraisemblablement au moment de la notification du congé que l'employeur communiquera par écrit les raisons du licenciement.

### 3. Le contenu de la motivation

**24.** Que cela soit en réponse à une demande expresse ou de sa propre initiative, l'employeur est tenu de communiquer les « motifs concrets » qui ont conduit au licenciement.

L'écrit doit contenir les éléments qui permettent au travailleur de connaître ces motifs concrets.

**25.** La référence à des motifs *concrets* était-elle nécessaire? Le terme concret peut se définir par opposition à *abstrait* (qui est directement perceptible par les sens, palpable, tangible, matériel) ou à *hypothétique* ou à *théorique* (qui est en prise directe avec la réalité, qui y fait référence, qui est en rapport étroit avec l'expérience). Il vise également ce qui ne s'écarte pas des faits réels, des données de l'expérience<sup>67</sup>. Prenons l'hypothèse où le motif du licenciement est une incompatibilité de caractère qui déteint sur l'esprit de groupe. S'agit-il d'un motif « directement perceptible par les sens, palpable, tangible, matériel »? Les partenaires sociaux n'auraient-ils pas été mieux inspirés d'utiliser le terme « réel » en lieu et place de « concret » compte tenu des différentes acceptions que couvre ce dernier terme?

**26.** L'employeur qui souhaite remplir son obligation de motivation devra être suffisamment précis et complet dans ses explications.

En effet, il faut que le travailleur soit pleinement informé des éléments qui ont conduit à son licenciement. La clarté et la précision sont de mises afin qu'il puisse connaître les raisons de son licenciement et apprécier si celui-ci est ou non manifestement déraisonnable. Prenons l'exemple de motifs liés au comportement fautif du travailleur : l'employeur ne pourra pas se contenter de se référer en termes vagues et généraux à des fautes commises dans l'exécution du contrat de travail<sup>68</sup>. Il devra décrire les circonstances de faits, de temps et de lieu, à l'instar de ce qui est exigé lorsqu'on notifie un motif grave en application de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978. L'on peut d'ailleurs s'attendre à ce que les cours et tribunaux apprécient l'exigence de précision requis au niveau de la notification des motifs concrets prévue par la C.C.T. n° 109 avec le même degré de sévérité qu'en cas de no-

(54) Articles 3 à 7 de la C.C.T. n° 109.

(55) Voy. *supra*.

(56) Voy. ci-dessous pour de plus amples développements à cet égard.

(57) La jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur ce point, voy. notamment Cass., 28 janvier 2008, *JTT*, 2008, p. 239.

(58) Voy. également nos commentaires

concernant l'absence d'obligation d'entendre préalablement le travailleur licencié en raison de sa conduite ou de son travail.

(59) La théorie de l'acte équipollent à rupture en est une illustration bien connue des praticiens du droit social.

(60) Voy. *infra*.

(61) V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*,

4<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2012, p. 875.

(62) Article 4 de la C.C.T. n° 109.

(63) Article 37 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

(64) La notification du congé sort ses effets le troisième jour ouvrable suivant la date d'expédition de la lettre recommandée ou le jour où se présente l'huissier en cas de congé donné par exploit d'huissier.

(65) Article 5 de la C.C.T. n° 109.

(66) Article 6 de la C.C.T. n° 109.

(67) Dictionnaire Larousse, [www.larousse.fr](http://www.larousse.fr).

(68) Voy. dans le même sens : T.T. Bruxelles, 7 octobre 1991, *Chr. D.S.*, 1992, p. 72; C.T. Bruxelles, 16 janvier 1995, *Chr. D.S.*, 1996, p. 18.

tification d'un motif grave, à tout le moins lorsque les raisons invoquées sont liées à des fautes commises par le travailleur.

Enfin, en cas de contestation du licenciement par le travailleur, l'employeur qui invoquera d'autres motifs que ceux initialement communiqués par écrit au travailleur (que ce soit d'initiative ou sur demande) pourrait se heurter à une certaine jurisprudence qui, dans le cadre de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, apprécie plus strictement ceux-ci<sup>69</sup>. En effet, à nos yeux, la C.C.T. n° 109 n'empêche pas que l'employeur fasse état en cours de procédure de motifs concrets autres que ceux initialement communiqués au travailleur, à condition qu'il soit en mesure d'en rapporter la preuve.

#### 4. L'objectif poursuivi

27. Les partenaires sociaux ont « la conviction que l'explication et le dialogue peuvent éviter les malentendus, apaiser les tensions et diminuer les conflits pouvant surgir entre l'employeur et le travailleur dans le cadre d'un licenciement »<sup>70</sup>. Ils ajoutent que lorsqu'une décision de licencier est prise, elle doit être bien expliquée. Il s'agit de privilégier l'approche humaine d'un licenciement où le respect mutuel doit prévaloir.

28. Tel n'est toutefois pas le seul objectif : le droit du travailleur de connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement vise également à permettre à celui-ci d'apprécier l'opportunité de contester le licenciement sur la base des motifs invoqués ou, au contraire, d'accepter la décision prise par l'employeur. Une fois informé des motifs concrets qui ont conduit à son licenciement, le travailleur disposera davantage d'éléments concrets s'il conteste son licenciement, ce qui facilitera ainsi l'accès à la justice<sup>71</sup>.

29. Les objectifs ainsi poursuivis par les partenaires sociaux plaident selon nous pour une motivation d'initiative par l'employeur, sans attendre une demande formelle par le travailleur. En premier lieu, cette démarche s'inscrit dans l'objectif d'explication et de dialogue relevé ci-avant. Cet objectif peut certes être rencontré en suivant une démarche tout à fait informelle. Toutefois, livrer *ab initio* et par écrit les motifs participe à une plus grande transparence, élément susceptible d'être pris en considération par un juge en cas de contestation. En second lieu, le travailleur sera moins enclin à contester son licenciement en justice s'il se voit notifier *ab initio* les raisons de son licenciement. Cela accentue le caractère préventif que peut avoir une telle communication à l'égard des procédures de contestation d'un licenciement. Enfin, en cas de contestation, un juge ne sera-t-il pas plus enclin à considérer que seul l'employeur qui n'a pas de « bons » motifs ne prendra pas l'initiative de les communiquer en espérant que le travailleur ne formule aucune demande dans le délai imparti?

Ce souci de transparence et de réponse aux objectifs de la C.C.T. n° 109 devra cependant être mis en balance avec l'absence d'une quelconque obligation de motivation *a priori* et, surtout, avec l'intérêt éventuel d'un travailleur de ne pas vouloir connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement, notamment si cela risque d'avoir des conséquences négatives sur son droit à percevoir des allocations de chômage. Il n'en reste pas moins que l'employeur qui a de bons motifs à l'appui de sa décision de licencier n'a aucune raison de ne pas les notifier immédiatement au travailleur s'il peut les prouver. Nous verrons toutefois que le régime de la charge de la preuve peut, dans certains cas, s'avérer favorable à l'employeur passif.

#### 5. Sanctions<sup>72</sup> et renonciations

30. Si l'employeur ne communique pas les motifs concrets qui ont conduit au licenciement alors que le travailleur en a fait la demande dans le respect des dispositions de la C.C.T. n° 109 ou s'il communique mal ces motifs (sans respecter les règles de forme, les délais impartis ou sans être complet et suffisamment précis), il s'expose à devoir payer au travailleur concerné une amende civile forfaitaire correspon-

dant à deux semaines de rémunération. Par rémunération, on entend selon nous la rémunération en ce compris les avantages acquis en vertu du contrat de travail<sup>72bis</sup>.

La sanction peut paraître dérisoire à titre d'indemnisation à payer au travailleur. Toutefois, un employeur qui est en défaut de respecter ses obligations en matière de motivation du licenciement s'expose plus que probablement à une procédure judiciaire visant à contester celui-ci en considérant qu'il est manifestement déraisonnable. La charge de la preuve reposera alors intégralement sur l'employeur<sup>73</sup>.

31. Les conventions collectives de travail conclues au sein du Conseil national du travail sont dans la plupart des cas rendues obligatoires par arrêté royal, à de très rares exceptions près. Un des effets d'une perpétuation de la force obligatoire d'une convention collective de travail par le Roi est de rendre cette dernière passible de sanctions pénales. L'article 189 du Code pénal social dispose à cet égard qu'« Est puni d'une sanction de niveau 1, l'employeur qui, en contravention à la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, a commis une infraction à une convention collective de travail rendue obligatoire qui n'est pas déjà sanctionnée par un autre article du présent Code. En ce qui concerne l'infraction visée à l'alinéa 1<sup>er</sup>, l'amende est multipliée par le nombre de travailleurs concernés ».

Un employeur qui ne respecte pas ses obligations en violation des dispositions de la C.C.T. n° 109 commettra une infraction et s'exposera à une sanction de niveau 1, puisque celle-ci a été rendue obligatoire par l'arrêté royal du 9 mars 2014<sup>74</sup>.

32. En ce qui concerne la possibilité pour un travailleur de renoncer à son droit de connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement, nous identifions deux écueils.

Le premier est le moment où une telle renonciation peut valablement intervenir. L'on sait qu'en droit du travail, le travailleur peut renoncer à un droit au moment où le risque de pression émanant de l'employeur disparaît, c'est-à-dire après la rupture du contrat de travail lorsque le rapport de subordination qui existait entre eux a disparu<sup>75</sup>. Encore faut-il que le droit dont question soit né. Généralement, le droit du travail est impératif et il ne fait aucun doute que les dispositions protectrices des travailleurs contenues dans la C.C.T. n° 109 le sont. Or la nature impérative de ces dispositions empêche que l'on puisse valablement y renoncer avant la naissance du droit. La Cour de cassation a par ailleurs rappelé qu'aussi longtemps que subsiste la raison d'être d'une disposition protectrice, le travailleur ne peut y renoncer<sup>76</sup>. En l'espèce, la question se pose de savoir dans quelle mesure une renonciation par le travailleur à son droit de connaître les raisons de son licenciement pourrait intervenir avant l'expiration du délai de deux mois après que le contrat de travail a pris fin visé à l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, de la C.C.T. n° 109 ou avant le délai de six mois visé à l'alinéa 2 de la même disposition. Il appartiendra aux juridictions du travail de répondre, mais on ne voit pas pour quelle raison le travailleur ne pourrait pas valablement renoncer au droit de connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement, une fois le congé notifié, dans la mesure où ce droit est, dès ce moment, né et susceptible d'être pleinement et librement exercé.

Le second est lié au fait que la force obligatoire de la C.C.T. n° 109 a été étendue par l'arrêté royal du 9 mars 2014<sup>77</sup>. Selon une certaine jurisprudence, dès l'instant où une convention collective de travail est pénalement sanctionnée<sup>78</sup>, elle serait revêtue d'un caractère d'ordre public, ce qui empêcherait que le travailleur puisse renoncer aux droits qui en découlent. Ce raisonnement ne fait toutefois pas l'unanimité et une autre jurisprudence, qu'il convient d'approuver, admet qu'un travailleur puisse renoncer à des droits, même lorsque la violation de ceux-ci est sanctionnée pénalement<sup>79</sup>.

33. Enfin, la question de savoir si cette amende civile constitue de la rémunération sur laquelle des cotisations de sécurité sociale sont dues

(69) Voy. par exemple T.T. Bruxelles, 20 décembre 1993, *Chr. D.S.*, 1996, p. 23.

(70) Rapport précédant la C.C.T. n° 109, p. 1.

(71) Rapport précédant la C.C.T. n° 109, p. 3.

(72) Article 4 de la C.C.T. n° 109.

(72bis) Dans le même sens : D. DEJONGHE et K. DECRUYENAERE, *op. cit.*, p. 99.

(73) Voy. *infra*.

(74) Voy. *supra*.

(75) Voy. par exemple Cass., 12 octobre 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1351.

(76) Cass., 7 décembre 1992, *Chr. D.S.*, 1993, 224; Cass., 13 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 67; Cass., 16 mai 2011, *J.T.*, 2011, p. 301.

(77) *M.B.*, 21 mars 2014.

(78) Voy. *ci-dessus*.

(79) Voy. par exemple C.T. Gand, 13 avril 1988, *R.W.* 1988-1989,

p. 544; L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, « Automaticité du transfert conventionnel d'entreprise, ordre public et renonciation », obs. *sub* C.T. Liège, 5 mai 1999, *Chr. D.S.*, 2001, pp. 31-34.



se pose. En principe, les indemnités dues aux travailleurs, lorsque l'employeur ne respecte pas ses obligations légales, contractuelles ou statutaires ne sont pas considérées comme de la rémunération, sauf exceptions<sup>80</sup>. La réglementation a été récemment modifiée afin d'assujettir un certains nombres d'indemnités qui, auparavant, étaient exclues de la notion de rémunération<sup>81</sup>, raison pour laquelle les partenaires sociaux plaident dans leur avis n° 1.891 pour que l'on considère que cette amende civile ne donne pas lieu à la perception de cotisations de sécurité sociale en le précisant dans les dispositions légales ou réglementaires *ad hoc*. L'O.N.S.S. a entre-temps indiqué que cette amende civile n'est pas soumise à des cotisations de sécurité sociale<sup>81bis</sup>.

Ils demandent également de faire le nécessaire pour que cette amende civile soit cumulable avec les allocations de chômage<sup>82</sup>.

## D. Le licenciement manifestement déraisonnable<sup>83</sup>

### 1. Le principe

**34.** Le licenciement d'un travailleur engagé pour une durée indéterminée qui se base sur des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service et qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable est manifestement déraisonnable<sup>84</sup>.

Cette définition s'inspire très largement de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 : « Est considéré comme licenciement abusif... le licenciement... effectué pour des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite de l'ouvrier ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise ». Elle se borne à ajouter la référence à celui que n'aurait jamais décidé un « employeur normal et raisonnable ».

Cette définition est tout à fait en ligne avec la jurisprudence récente en matière de licenciement abusif qui a fait suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2010<sup>85</sup>. Par conséquent, l'on peut s'attendre à ce que l'interprétation par les cours et tribunaux de ce chapitre de la C.C.T. n° 109 soit très largement inspirée par la jurisprudence récente en matière de licenciement abusif d'ouvrier qui conserve, selon nous, toute sa pertinence. Nous continuons donc à nous y référer dans les lignes qui suivent.

### 2. La nature du contrôle par le juge

**35.** Les partenaires sociaux consacrent la liberté d'action de l'employeur en ce qui concerne la gestion de son entreprise et les choix à opérer entre les alternatives de gestion raisonnables. L'exercice du droit de licencier de l'employeur doit être examiné à la lumière de ce que serait l'exercice de ce droit par un employeur normal et raisonnable<sup>86</sup>. L'ajout du mot « manifestement » à la notion de déraisonnable n'est pas anodin : cela souligne « la liberté d'action de l'employeur et le contrôle à la marge »<sup>87</sup>.

Ils confirment dans leur commentaire sous l'article 8 de la C.C.T. n° 109 qu'il s'agit d'un contrôle marginal :

« Le contrôle du caractère déraisonnable du licenciement ne porte pas sur les circonstances du licenciement. Il porte sur la question de savoir si les motifs ont ou non un lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou s'ils sont fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service et si la décision n'aurait jamais été prise par un employeur normal et raisonnable.

» En outre, l'exercice du droit de licencier de l'employeur est contrôlé à la lumière de ce que serait l'exercice de ce droit par un employeur normal et raisonnable. Il s'agit d'une compétence d'appréciation à la

marge, étant donné que l'employeur est, dans une large mesure, libre de décider de ce qui est raisonnable : il faut respecter les différentes alternatives de gestion qu'un employeur normal et raisonnable pourrait envisager.

» Il s'agit donc d'un contrôle marginal. Seul le caractère manifestement déraisonnable du licenciement peut être contrôlé, et non l'opportunité de la gestion de l'employeur (c'est-à-dire son choix entre les différentes alternatives de gestion raisonnables dont il dispose). L'ajout du mot "manifestement" à la notion de "déraisonnable" vise précisément à souligner la liberté d'action de l'employeur et le contrôle à la marge. Ce dernier élément est également dicté par l'impossibilité pratique de contrôler la gestion de l'employeur autrement qu'à la marge ».

**36.** Le caractère marginal du contrôle consacré par les partenaires sociaux s'applique quels que soient les motifs invoqués par l'employeur : aptitude du travailleur, conduite du travailleur, nécessité du fonctionnement de l'entreprise. Ce faisant, la C.C.T. n° 109 ne s'écarte pas de la jurisprudence concernant le licenciement abusif de l'ouvrier.

### 3. L'aptitude du travailleur

#### a. L'aptitude physique

**37.** La question de l'inaptitude physique liée à une maladie ou à un accident se pose fréquemment lors de l'exécution du contrat de travail. On parle en droit social de la notion d'incapacité de travail.

**37.1.** Lorsque l'incapacité de travail est occasionnelle et limitée dans le temps, elle a pour effet de suspendre le contrat de travail et elle ne constitue pas par elle-même un motif valable de licenciement<sup>88</sup>. En effet, il n'y a pas d'inaptitude physique du travailleur à exécuter le contrat de travail, mais simplement une cause de suspension de celui-ci. Un employeur qui licencie un travailleur pour ce motif s'expose à ce que ce licenciement soit manifestement déraisonnable : il n'est pas lié à l'aptitude du travailleur et n'aurait pas été décidé par un employeur normal et raisonnable. Cette analyse est confortée par l'article 6.1 de la Convention n° 158 de l'O.I.T. qui dispose que « L'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne devra pas constituer une raison valable de licenciement ».

**37.2.** En revanche, lorsque l'incapacité de travail est de longue durée (sans pour autant être définitive, de sorte qu'il n'y a pas force majeure médicale) ou est répétée, elle est de nature à démontrer qu'il y a inaptitude physique et, le cas échéant, qu'il y a des répercussions sur le fonctionnement de l'entreprise (désorganisation du travail).

Sur ce dernier point, la Cour de cassation a confirmé en matière de licenciement abusif de l'ouvrier que lorsque le motif du licenciement réside dans l'inaptitude du travailleur, le juge ne peut en outre exiger de l'employeur qu'il démontre que cette inaptitude désorganise l'entreprise : il faut, mais il suffit, que l'inaptitude soit prouvée et soit en lien avec le licenciement, peu importe les répercussions sur l'entreprise<sup>89</sup>. Cette jurisprudence est transposable *mutatis mutandis* à la C.C.T. n° 109. Toutefois, rien n'empêche l'employeur d'invoquer à la fois l'inaptitude physique et les répercussions sur l'entreprise dès l'instant où les absences répétées désorganisent le service et perturbent le bon fonctionnement de l'entreprise<sup>90</sup>. Dans ce dernier cas de figure, la Cour de cassation a récemment précisé que dès lors que l'employeur entend établir que le licenciement est justifié non par l'inaptitude du défendeur, mais par ses « absences répétées désorganisant l'entreprise », il y a lieu d'examiner, « à partir du critère des nécessités du fonctionnement de l'entreprise », si ces absences ont eu « des effets négatifs sur l'organisation de l'entreprise »<sup>91</sup>.

(80) Article 19, § 2, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

(81) Arrêté royal du 21 décembre 2013 modifiant l'article 19, § 2, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

(82) Avis n° 1.891 du 12 février 2014, *op. cit.*, p. 4.

(83) Articles 8 à 10 de la C.C.T. n° 109.

(84) Article 8 de la C.C.T. n° 109.

(85) Cass., 22 novembre 2010, *JTT*, 2011, p. 3 et obs. C. WANTIEZ.

(86) « Licenciement abusif des ouvriers - Du comportement non fautif au motif

manifestement déraisonnable - À propos des arrêts des 22 novembre et 27 septembre 2010 ».

(87) En matière d'abus de droit concernant le licenciement des employés, la Cour de cassation utilise les termes « prudent et diligent ».

(88) Rapport précédant la C.C.T. n° 109, p. 3.

(89) T. STIEVENARD, « La motivation du licenciement », séminaire Vanham & Vanham du 12 décembre

2013, p. 53.

(90) Cass., 18 février 2008, *JTT*, 2008, p. 118 et obs. P. Joassart; dans le même sens : C.T. Bruxelles, 1<sup>er</sup> mars 2010, *JTT*, 2010, p. 282.

(91) Voy. pour un cas d'application : C.T. Liège, 28 mai 2008, *op. cit.*

(92) Cass., 3 février 2014, R.G. n° S.12.0077.F

Le contrôle du juge est donc bien à la marge en cas d'absentéisme fréquent et répété, pour autant qu'il révèle une inaptitude physique. Ce ne sera pas nécessairement toujours le cas. La cour du travail de Bruxelles considère qu'une telle inaptitude résulte des absences suivantes : 49 jours d'absence en 1992, 120 jours en 1993, 99 jours en 1994, 63 jours en 1995, toute l'année en 1996, toute l'année en 1997, toute l'année en 1998, 87 jours en 1999, 47 jours entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 27 avril 2000.<sup>92</sup> Toutefois, la seule quantification des jours d'absence ne suffit pas : il faut en outre que l'état de santé qui les a causées rende le travailleur inapte à exécuter le travail convenu. La cour du travail de Liège a dès lors considéré que bien qu'au moment de son licenciement, en 2005, l'ouvrier était absent depuis plus de trois mois et totalisait 105 jours d'incapacité de travail<sup>93</sup>, l'employeur ne prouvait pas que ces absences au travail en raison d'incapacités de travail successives au cours des années puissent être considérées comme révélant une atteinte à l'aptitude de l'ouvrier qui ait un lien avec son licenciement : rien n'indiquait en effet, selon la cour, qu'à l'issue de la dernière période d'incapacité de travail, le travailleur n'avait pas été en mesure de reprendre son activité avec la même aptitude qu'auparavant<sup>94</sup>.

**38.** Se fonder sur l'état de santé ou l'incapacité de travail proprement dite n'est cependant pas sans danger pour l'employeur. En effet, le travailleur pourrait contester cette décision en invoquant les dispositions de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination<sup>95</sup> qui interdit toute forme de distinction fondée sur certains critères spécifiques. L'état de santé actuel ou futur est un de ces critères. Un licenciement se fondant sur ce critère est susceptible de constituer une discrimination directe<sup>96</sup> ou indirecte<sup>97</sup>. Dans les deux cas, l'employeur devra établir que le licenciement est objectivement justifié par un but légitime et que c'est le moyen approprié et nécessaire pour réaliser ce but. Par exemple, le fonctionnement de l'entreprise est perturbé par l'absentéisme prolongé et répété qui désorganise le service et un remplacement temporaire n'est pas envisageable en raison de la nature de l'activité et de la fréquence et de la répétition des absences<sup>98</sup>. Il va de soi que le contrôle par le juge de cette justification ne sera plus à la marge : on vise ici les moyens « appropriés et nécessaires » pour réaliser le but, ce qui implique un contrôle d'opportunité et de proportionnalité<sup>99</sup>.

#### b. L'aptitude professionnelle

**39.** L'employeur doit rester le seul juge de l'aptitude du travailleur à exécuter la tâche qui lui est confiée. Rendement, compétence à l'exercice de la fonction, degré requis de qualification, utilisation adéquate de l'outil de travail sont autant de facteurs que seul l'employeur est en mesure d'apprécier. Si l'employeur invoque à l'appui de la décision de licenciement l'inaptitude professionnelle du travailleur, le contrôle du juge se limitera à l'existence du motif, c'est-à-dire des faits qui établissent l'inaptitude, et au lien de causalité, c'est-à-dire la démonstration que les faits invoqués constituent le motif réel du licenciement et non un prétexte qui dissimule le motif réel et illicite<sup>100</sup>. Ce contrôle est marginal : le juge n'a pas à apprécier l'aptitude et le rendement du travailleur en se substituant à l'employeur. Ce faisant, il s'immiscerait dans la gestion de l'entreprise qui relève de la seule compétence de l'employeur, ce que la jurisprudence et la doctrine condamnent de manière constante<sup>101</sup>.

#### 4. La conduite du travailleur

**40.** Dans un premier temps, la Cour de cassation n'a eu de cesse de rappeler que le licenciement pour des motifs qui ont un lien avec la conduite de l'ouvrier n'est pas abusif au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 même si le comportement incriminé n'est ni consti-

tutif de motif grave ou d'une certaine gravité, ni critiquable, ni fautif, ni même déraisonnable<sup>102</sup>. La cour du travail de Mons a par ailleurs rappelé à juste titre que l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 énumère de manière limitative les hypothèses exclusives d'abus du droit de licenciement et qu'elles ne peuvent donner lieu à interprétation relevant d'une appréciation subjective y incorporant une notion de proportionnalité qui n'y figure pas et que la Cour de cassation rejette<sup>103</sup>.

Selon cette jurisprudence, n'était pas abusif le licenciement dont l'employeur prouvait qu'il avait un lien avec la conduite même non fautive de l'ouvrier<sup>104</sup>, le pouvoir d'appréciation du juge étant alors réduit à peau de chagrin.

La jurisprudence de la Cour de cassation a toutefois singulièrement évolué sur ce dernier point, notamment dans son arrêt précité du 22 novembre 2010 : « Il ressort de la genèse de la loi que les règles en matière de licenciement abusif visent à interdire tout licenciement pour des motifs manifestement déraisonnables. Il s'ensuit qu'un licenciement pour un motif lié à l'aptitude ou à la conduite de l'ouvrier est abusif si le motif est manifestement déraisonnable.

» Il appartient au juge du fond d'apprécier si la conduite ou l'aptitude à l'origine du licenciement de l'ouvrier constitue un motif légitime de licenciement. La Cour se limite à examiner si, à cette occasion, le juge n'a pas méconnu la notion juridique de « licenciement abusif » qui est soumise à son contrôle.

» Le moyen, qui est tout entier fondé sur la thèse que, quelle que soit la nature de la conduite de l'ouvrier, dès qu'il est lié à cette conduite, le licenciement n'est pas abusif au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 et, en conséquence, le juge n'est pas tenu d'apprécier si ladite conduite constitue un motif de licenciement valable, manque en droit »<sup>105</sup>.

Ce faisant, la Cour de cassation adopte les principes prévus par la Charte des droits fondamentaux dont l'article 30 prévoit que tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié<sup>106</sup>. Or le terme « licenciement injustifié », traduit en néerlandais par « kennelijk onredelijk ontslag », a manifestement inspiré la Cour de cassation, comme le relève la cour du travail de Bruxelles dans plusieurs arrêts récents<sup>107</sup>.

**41.** Ce revirement de jurisprudence par la Cour de cassation a mis fin à une application mécanique de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 sans pour autant remettre en cause le caractère marginal du contrôle par le juge de l'aptitude ou de la conduite de l'ouvrier. Ainsi, après avoir rappelé qu'à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2010 « il appartient au juge du fond de contrôler la réalité du motif invoqué par l'employeur en ce qu'il se fonde sur la conduite ou l'aptitude de l'ouvrier en s'attachant à vérifier si la conduite ou l'aptitude du travailleur en lien avec le licenciement constitue un motif de rupture légitime, c'est-à-dire que le motif n'est pas manifestement déraisonnable », la cour du travail de Mons précise immédiatement qu'« il va toutefois de soi, que le contrôle opéré par le juge du fond ne va pas jusqu'à autoriser un contrôle d'opportunité de licenciement. En effet, l'employeur est, en principe, le seul juge des nécessités de son entreprise et de la valeur professionnelle des travailleurs qu'il occupe, le juge n'ayant, à cet égard, pas à s'immiscer dans la gestion de celle-ci, son rôle se limitant à vérifier la validité du motif avancé à l'appui de la décision de rompre, et en aucun cas, l'opportunité de cette décision »<sup>108</sup>.

La cour du travail de Bruxelles considère également toujours que l'appréciation du caractère raisonnable par les juridictions du travail relève du contrôle marginal. Selon la cour, « De beoordeling door de arbeidsgerechten is een marginale toetsing; dit houdt in dat en mar-

(92) C.T. Bruxelles, 1<sup>er</sup> mars 2010, *op. cit.*

(93) Et bien qu'en 2004 il totalisait 16 jours d'incapacité de travail pour 180 jours de travail, en 2003, 32 jours d'incapacité de travail pour 161 jours de travail et en 2002 11 jours d'incapacité pour 211 jours de travail.

(94) C.T. Liège, 28 mai 2008, inédit, R.G. n° 35.025/07.

(95) *M.B.* du 30 mai 2007.

(96) L'employeur invoque l'inapti-

tude au travail en raison de l'état de santé.

(97) L'employeur invoque la désorganisation du service en raison du nombre limité de jours de présence dans l'entreprise.

(98) T. STEVENARD, *op. cit.*, p. 56.

(99) T. STEVENARD, *op. cit.*, p. 56.

(100) T. STEVENARD, *op. cit.*, p. 57.

(101) C.T. Bruxelles, 1<sup>er</sup> mars 2010, *op. cit.*, p. 283; N. BEAUFILS,

P. JOASSART, S. LATEUR et G. LEMAIRE,

« Etude statistique sur le licenciement abusif des ouvriers », *JTT*, 2010,

p. 274.

(102) Voy. par exemple : Cass., 17 février 1992, *JTT*, 1992, p. 222; Cass., 6 juin 1994, *Pas.*, 1994, 1, p. 562; Cass., 22 janvier 1996, *Chr. D.S.*, 1996, p. 336; Cass., 7 mai 2001, *JTT*, 2001, p. 407.

(103) C.T. Mons, 28 juin 2006

(3<sup>e</sup> ch.), R.G. n° 19.823.

(104) Voy. les arrêts cités en note infrapaginale n° 92.

(105) Cass., 22 novembre 2010, *op.*

*cit.*, note infrapaginale n° 9.

(106) Voy. *supra*.

(107) C.T. Bruxelles, 22 octobre 2013, *JTT*, 2013, p. 182; C.T. Bruxelles, 26 novembre 2012, *JTT*, 2013, p. 161.

(108) C.T. Mons, 7 mars 2011, cité par G. CHUFFART et A. AMERIAN, « Le licenciement abusif des ouvriers : une évolution nécessaire », *op. cit.*, p. 67.

ginale redelijkheidstoetsing wordt uitgeoefend op de voorgebrachte argumenten (...).

» Het feit dat deze controle marginaal is betekent dat het niet aan de rechter staat om beslissen of een bepaald gedrag al dan niet voldoende is, maar wel om na te gaan of het gaat om een geldig ontslagmotief, met andere woorden, of een redelijk werkgever op grond van dergelijk motief al dan niet tot ontslag zou overgaan (...) »<sup>109</sup>. Il n'appartient donc pas au juge de déterminer si un comportement donné est ou non suffisant pour justifier le licenciement. Le juge se contente d'examiner s'il s'agit d'un motif valable de licenciement par référence à ce qu'aurait décidé un employeur raisonnable.

La cour du travail de Bruxelles indique également ce que recouvre la notion de « manifestement déraisonnable » : « Met betrekking tot de inhoud van het begrip "kennelijk onredelijk" kan worden verwezen die werden ontwikkeld bij de beoordeling van de aan het willekeurig ontslag verwante rechtsfiguur van het misbruik van ontslag recht, waar als fout wordt aangemerkt, de kennelijk onredelijke houding van de werkgever (...) ».

» In de algemene betekenis van de term is er sprake van misbruik van recht wanneer een recht wordt uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon (...) »<sup>110</sup>. La cour se réfère donc à l'exercice de ce droit « d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente »<sup>111</sup> consacrée par la théorie de l'abus de droit qui s'applique au licenciement des employés.

42. L'arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2010 et l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 26 novembre 2012 s'appliquent *mutatis mutandis* au licenciement manifestement déraisonnable au sens de la C.C.T. n° 109 qu'ils ont largement inspiré. Ils conservent donc toute leur pertinence, y compris en ce qui concerne le caractère marginal du contrôle par les juges.

Selon nous, l'exercice normal du droit de licencier par une personne prudente et diligente (abus du droit de licencier un employé) et le licenciement qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable (article 8 de la C.C.T. n° 109) recouvrent des concepts fort proches, pour ne pas dire identiques.

## 5. Les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service

43. Cette notion est interprétée très largement et vise l'ensemble des impératifs liés à l'activité de l'entreprise tant du point de vue économique que social<sup>112</sup>. Un licenciement opéré dans l'intérêt de l'entreprise ne sera pas « manifestement déraisonnable » puisqu'il reposera sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

Ce critère illustre à nouveau le caractère marginal du contrôle par les juges. En effet, il est de jurisprudence constante qu'il n'appartient pas aux juridictions de s'immiscer dans la gestion ou l'organisation de l'entreprise et de vérifier l'opportunité de mesures qui ont été mises en œuvre afin de rencontrer ces nécessités (et donc l'intérêt de l'entreprise)<sup>113</sup>. La cour du travail de Mons a ainsi jugé que les choix relatifs aux mesures de restructuration et de leur efficacité, le choix du ou des travailleurs à licencier comme celle du mode de licenciement relèvent d'un contrôle d'opportunité que n'autorisent pas les termes de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978<sup>114</sup>.

Le juge ne peut que vérifier que les nécessités économiques dont l'existence est établie par l'employeur constituent bien le fondement réel du licenciement. Si la présence de motifs « manifestement déraisonnables » lorsque ceux-ci se fondent sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise est théoriquement possible, ce cas de figure est, dans la pratique, rarement rencontré.

44. S'agissant de la C.C.T. n° 109, les partenaires sociaux rappellent que l'employeur dispose de la plus grande liberté d'action en ce qui concerne la gestion de son entreprise et le choix entre les alternatives

de gestion raisonnables. Cette liberté d'action est soulignée par l'ajout de l'adverbe « manifestement ». Le contrôle sera donc également à la marge<sup>115</sup>. Le commentaire de l'article 8 de la C.C.T. n° 9 ajoute que ce contrôle à la marge est également dicté par l'impossibilité pratique pour les juges de contrôler la gestion de l'employeur autrement qu'à la marge.

## 6. Charge de la preuve

45. En cas de contestation du caractère manifestement déraisonnable du licenciement, la charge de la preuve entre l'employeur et le travailleur est répartie de la manière suivante :

— si l'employeur a correctement communiqué les motifs du licenciement sur demande du travailleur ou d'initiative, la partie qui allègue des faits en assume la charge de la preuve;

— il appartient à l'employeur de fournir la preuve des motifs du licenciement invoqués qu'il n'a pas ou pas correctement communiqués au travailleur et qui démontrent que le licenciement n'est pas manifestement déraisonnable;

— il appartient au travailleur de fournir la preuve d'éléments qui indiquent le caractère manifestement déraisonnable du licenciement lorsqu'il n'a pas introduit de demande visant à connaître les motifs de son licenciement<sup>116</sup>.

46. À la lecture du régime mis en place par la C.C.T. n° 109, l'on constate que l'employeur a toujours la charge de la preuve des faits qu'il allègue<sup>117</sup> sauf si le travailleur n'a pas introduit de demande visant à connaître les motifs de son licenciement. Un employeur pourrait donc privilégier une approche passive en ne prenant pas l'initiative de communiquer les motifs si la preuve des éléments qui permettent au travailleur de connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement est susceptible d'être difficile à établir. Il ne lui restera alors plus qu'à espérer que le travailleur s'abstiendra de formuler une demande dans le respect de l'article 4 de la C.C.T. n° 109. En revanche, lorsque cette preuve est aisée, il aura sans doute souvent intérêt à communiquer ces motifs d'initiative afin de permettre au travailleur de se rendre compte du caractère raisonnable du licenciement intervenu et, par voie de conséquence, de limiter le risque de contestation.

Un travailleur soucieux de se réserver les droits que lui confère la C.C.T. n° 109 aura quant à lui toujours intérêt à demander à ce que les motifs lui soient communiqués afin de ne pas supporter la charge de la preuve en cas de contestation ultérieure du licenciement, même si l'employeur a pris l'initiative sur ce point. À défaut, ce sera à lui de prouver les éléments qui indiquent le caractère manifestement déraisonnable du licenciement.

Enfin, dans le premier cas de figure, à savoir lorsque l'employeur a correctement communiqué les motifs du licenciement sur demande du travailleur ou d'initiative, il nous semble que le risque de la preuve reposera *in fine* sur le travailleur qui aura diligenté l'action en justice : en cas de doute, ce n'est pas l'employeur qui devrait en supporter le risque, puisque la C.C.T. n° 109 ne le prévoit pas expressément. Le libellé de la disposition aurait pu, sur ce point, être plus clair.

Il nous semble que l'on peut synthétiser la question de la charge de preuve comme suit :

a) Le travailleur adresse à son employeur une demande afin de connaître les motifs qui ont conduit à son licenciement et l'employeur répond à sa demande.

— Si l'employeur prouve la réalité des motifs qu'il invoque à l'appui de sa décision, il appartiendra au travailleur de démontrer que le licenciement est manifestement déraisonnable ou qu'il se fonde sur d'autres motifs que ceux invoqués par l'employeur et qui sont manifestement déraisonnables.

— Si, par contre, l'employeur ne prouve pas la réalité des motifs qu'il invoque ou s'il ne prouve pas que le licenciement a été décidé pour d'autres motifs — raisonnables — que ceux initialement communiqués au travailleur, le travailleur bénéficiera du renversement de la charge de la preuve.

(109) C.T. Bruxelles, 26 novembre 2012, *op. cit.* p. 162.

(110) C.T. Bruxelles, 26 novembre 2012, *op. cit.* p. 162.

(111) C.T. Mons, 10 septembre 1971,

J.T. n° 109, 10 septembre 1971, *op. cit.* p. 162.  
ivanfrachen@crowell.com / Crowell&Moring / ivanfrachen@crowell.com

Pas., 1972, I, p. 28.

(112) T. STEVENARD, *op. cit.*, p. 61.

(113) N. BEAUFILS, P. JOASSART,

S. LATEUR et G. LEMAIRE, « Étude statistique sur le licenciement abusif des

ouvriers », *op. cit.*, p. 274.

(114) C.T. Mons, 26 juin 2006, *op. cit.*

(115) Rapport précédant la C.C.T.

n° 109, p. 3, *voy. supra.*

(116) Article 10 de la C.C.T. n° 109.

(117) Sans pour autant à chaque fois en supporter le risque, *voy. infra.*

b) Le travailleur adresse à son employeur une demande afin de connaître les motifs qui ont conduit à son licenciement et l'employeur ne répond pas ou ne répond pas de manière adéquate à sa demande. En cas de contestation ultérieure, l'employeur doit prouver que le licenciement repose sur des motifs qui font que le licenciement n'est pas manifestement déraisonnable.

c) L'employeur communique d'initiative les motifs au travailleur.

— Si le travailleur ne s'en satisfait pas, il formule une demande à cet égard à l'employeur. Nous avons vu que l'employeur n'a pas l'obligation d'y répondre. En cas de contestation ultérieure, la situation sera identique à celle décrite au point a) ci-dessus.

Si, le travailleur s'en satisfait, il ne formule aucune demande à cet égard. En cas de contestation ultérieure, le fait qu'aucune demande n'ait été formulée par le travailleur sera sans incidence : la situation sera également identique à celle décrite au point a) ci-dessus<sup>117bis</sup>.

d) L'employeur ne communique rien et le travailleur ne formule aucune demande. En cas de contestation ultérieure, la charge de la preuve repose sur le travailleur qui doit prouver que le licenciement se fonde sur des motifs manifestement déraisonnables.

47. Bien que les partenaires sociaux parlent d'une répartition équilibrée de la charge de la preuve l'employeur avisé veillera donc à se constituer un « dossier » lorsqu'il est confronté à des difficultés de comportement d'un de ses travailleurs. Il en va de même en cas d'inaptitude physique ou professionnelle. Le recours à des échanges écrits dans les relations de travail est donc appelé à singulièrement se renforcer. Il n'en va pas autrement des impératifs liés à l'activité de l'entreprise (difficultés financières, perte d'un marché, introduction de nouvelles technologies, etc.) dont les éléments de preuve devront être scrupuleusement conservés par l'employeur.

## 7. Sanctions<sup>118</sup>

48. L'employeur est redevable d'une indemnisation au travailleur licencié de manière manifestement déraisonnable. Cette sanction indemnitaire est forfaitairement fixée et correspond au minimum à trois semaines de rémunération et au maximum à dix-sept semaines de rémunération. On se situe en deçà des six mois (c'est-à-dire vingt-six semaines) d'indemnité de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978. Par rémunération, on entend selon nous la rémunération en ce compris les avantages acquis en vertu du contrat de travail<sup>118bis</sup>.

Le montant de l'indemnisation dépend de la gradation du caractère manifestement déraisonnable du licenciement<sup>119</sup>. C'est donc bien une indemnisation forfaitaire qui connaît une gradation. Selon les partenaires sociaux, rien n'empêche toutefois que le travailleur dont le licenciement est reconnu comme manifestement déraisonnable opte pour l'indemnisation du préjudice réellement subi<sup>120</sup>. Il devra alors prouver l'étendue du dommage réel pour pouvoir s'écarter de l'indemnisation forfaitaire. Cette preuve sera bien souvent malaisée.

49. L'indemnisation n'est pas cumulable avec toute autre indemnité qui est due par l'employeur à l'occasion de la fin du contrat de travail, à l'exception d'une indemnité compensatoire de préavis, d'une indemnité de non-concurrence, d'une indemnité d'éviction ou d'une indemnité complémentaire aux allocations sociales.

50. Dans leur avis précité n° 1.891, les partenaires sociaux plaident pour que l'indemnisation due au travailleur victime d'un licenciement manifestement déraisonnable ne constitue pas de la rémunération donnant lieu à la perception de cotisations de sécurité sociale et soit cumulable avec les allocations de chômage. Nous renvoyons à ce que nous avons exposé sur ce point concernant l'amende civile de deux semaines de rémunération en cas de défaut de motivation<sup>121</sup>. Signalons toutefois que l'O.N.S.S. considère ici que l'indemnisation ne sera exclue de cotisations de sécurité sociale qu'à condition qu'elle ait été

fixée par décision judiciaire ou par transaction entérinée judiciairement<sup>121bis</sup>.

## 8. La fin du recours à la théorie de l'abus de droit?

51. Nous avons relevé que le contrôle du caractère manifestement déraisonnable du licenciement ne porte que sur les motifs qui ont conduit au licenciement. Or un employeur peut abuser de son droit de licencier sans que l'abus touche aux motifs ayant présidé à sa décision. La Cour de cassation a rappelé que l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 n'interdit ni à l'ouvrier qui ne se prévaut pas de son application de faire valoir que, fût-il fondé sur des motifs liés à son aptitude ou à sa conduite, ou sur les nécessités du travail, son licenciement est entaché d'un abus de droit résultant de l'exercice du droit de licenciement d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal que ferait de ce droit un employeur prudent et diligent, ni au juge saisi de pareille contestation, de vérifier ces circonstances<sup>122</sup>. Il se déduit de cet arrêt que l'ouvrier avait le choix : soit il invoquait à son profit les dispositions de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, soit il fondait sa demande sur le principe général de l'abus de droit. En revanche, il appartenait à l'ouvrier de faire un choix : soit fonder sa demande sur l'article 63, soit fonder sa demande sur le principe général de l'abus de droit<sup>123</sup>.

52. Dorénavant, il appartiendra au travailleur qui invoque l'abus de droit lorsque les conditions de l'article 8 de la C.C.T. n° 109 ne sont pas réunies, de prouver la faute dans le chef de l'employeur, l'ampleur du préjudice qu'il subit et le lien de causalité entre cette faute et le préjudice allégué. Un cas classique où le travailleur pourrait recourir à l'abus de droit est celui du licenciement intervenant pour un « juste » motif, comme une inaptitude professionnelle liée à un rendement insuffisant, mais auquel l'employeur donnerait une publicité humiliante et non nécessaire dans ou en dehors de l'entreprise. Il n'y a pas de licenciement manifestement déraisonnable si le manque de rendement est avéré. En revanche, il peut y avoir abus du droit de licencier, car celui-ci est exercé de la manière la plus préjudiciable au travailleur. Dans cet exemple, ce sont les circonstances entourant le licenciement qui lui confèrent un caractère abusif.

La question se pose de savoir si, à l'instar de ce qui était le cas auparavant en cas de choix possible entre une demande fondée sur l'article 63 et la théorie générale de l'abus de droit, le recours à la théorie de l'abus de droit exclut l'application de l'article 8 de la C.C.T. n° 109 : dans pareille hypothèse, le travailleur devra-t-il choisir le fondement de sa demande ou pourra-t-il réclamer une indemnisation sur la base de la C.C.T. n° 109 pour licenciement manifestement déraisonnable tout en postulant paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par les circonstances — par définition abusives — du licenciement, à charge pour lui de démontrer son préjudice et le lien de causalité entre celui-ci et la faute de l'employeur?

## E. Maintien du contenu de l'article 63 pour certains ouvriers<sup>124</sup>

53. Pour les ouvriers qui ressortissent aux commissions paritaires n°s 109, 124, 126, 128.01 et 02, 140.04, 142.02, 147, 301.01, 311, 324 et 330 pour lesquels la loi relative au statut unique maintient un préavis réduit dérogatoire, les partenaires sociaux ont prévu un régime analogue à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978. Pour ces travailleurs, on entend par licenciement abusif le licenciement d'un travailleur engagé pour une durée indéterminée pour des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. Les articles 8 à 10 de la C.C.T. n° 109 ne leur sont pas applicables, avec pour conséquence que :

— le caractère abusif du licenciement ne s'apprécie pas à l'aune de ce que n'aurait jamais décidé un employeur normal et raisonnable;

(117bis) Nous ne partageons pas sur ce point la thèse défendue par D. Dejonghe et K. Decruyenaere selon laquelle, dans un tel cas de figure, aucune demande n'est formulée, de telle manière que l'on se trouve dans le troisième cas de figure prévu à l'article 10 de la C.C.T. n° 109 (D. Dejonghe et K. Decruyenaere, *op. cit.*, p. 102. En effet, une communication d'initiative par l'employeur aura pour conséquence que, souvent, le travailleur n'aura plus besoin d'adresser une demande à l'employeur. On ne peut donc lui reprocher une quelconque passivité.)

(118) Article 9 de la C.C.T. n° 109. (118bis) Dans le même sens : D. Dejonghe et K. Decruyenaere, *op. cit.*, p. 104.

JONGHE et K. DECRUYENAERE, *op. cit.*, p. 104.

(119) Commentaire de l'article 9 de la C.C.T. n° 109.

(120) Commentaire de l'article 9 de la C.C.T. n° 109.

(121) Voy. *supra*.

(121bis) www.onss.be.

(122) Cass., 18 février 2008, *JTT*,

2008, p. 117 et note P. JOASSART.

(123) Dans le même sens : J. CLESSE et A. MORTIER, « Le contrôle des motifs du licenciement et le licenciement abusif des employés », *Le licenciement abusif*, Anthémis, 2009, p. 20 et références citées.

(124) Article 11 de la C.C.T. n° 109.

— la charge de la preuve reposera dans tous les cas sur l'employeur en cas de contestation; et

— l'indemnisation en cas de licenciement abusif correspond à six mois de rémunération<sup>125</sup>.

Cette protection accrue se justifie par le maintien de délais de préavis réduits pour ces ouvriers par rapport aux autres travailleurs.

Le droit de connaître les motifs concrets du licenciement ne leur est pas non plus applicable. La motivation se fera *a posteriori*, en cas de contestation.

54. Ce régime dérogatoire est temporaire : à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016, ces ouvriers se verront appliquer les nouvelles règles relatives à la motivation du licenciement et au licenciement manifestement déraisonnable, à l'exception des ouvriers ressortissant aux commissions paritaires n<sup>os</sup> 124 et 126 qui n'ont pas de lieu de travail fixe et qui exercent certaines activités bien spécifiques et pour lesquels le régime est permanent.

## C Conclusions et réflexions critiques

55. Les nouvelles règles relatives à la motivation du licenciement et au licenciement manifestement déraisonnable bénéficient en premier lieu aux employés. C'est la contrepartie de la réduction de leur préavis à la suite de l'entrée en vigueur de la loi relative au statut unique. Pour les ouvriers, la protection contre le licenciement abusif prévu par l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 était plus protecteur (absence de référence à un licenciement que n'aurait jamais décidé un employeur normal et raisonnable, charge de la preuve, montant de l'indemnité en cas de licenciement manifestement déraisonnable). Cette protection accrue a perdu sa raison d'être à la suite de l'allongement de leurs délais de préavis depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014.

56. On ne peut plus considérer que le droit de l'employeur de licencier est arbitraire, à supposer qu'on n'ait jamais pu le considérer : à côté d'une nouvelle obligation qui lui est faite de motiver sa décision si le travailleur le souhaite, la C.C.T. n<sup>o</sup> 109 limite les motifs admissibles qui permettent de considérer qu'un licenciement n'est pas manifestement déraisonnable. Néanmoins, l'employeur dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, le contrôle par le juge des motifs invoqués se faisant à la marge.

57. Le risque de contestation du licenciement est accru. Certes l'indemnisation, dont la gradation évolue avec le caractère manifestement déraisonnable du licenciement, est moins importante que sous l'égide de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978. Toutefois, il ressort d'une analyse statistique de cet article 63 que dans près de 46% des cas les licenciements sont reconnus comme abusifs<sup>126</sup>. Il est donc probable que les travailleurs, en cas de doute sur les motifs communiqués par l'employeur, intentent une action en justice afin d'entendre déclarer

leur licenciement comme revêtant un caractère manifestement déraisonnable.

Il faut à cet égard craindre qu'alors même que le législateur a enfin prévu pour toutes les catégories de travailleurs des délais de préavis fixes<sup>127</sup>, ce qui à terme devrait conduire à une diminution des affaires portées devant les juridictions du travail à néant en créant un nouveau contentieux. On n'ignore en effet pas que les demandes impliquant des ouvriers concernaient souvent l'application de l'article 63 dont la nouvelle C.C.T. emprunte, à bien des égards, des caractéristiques importantes. Il est dès lors à redouter que l'application de la C.C.T. n<sup>o</sup> 109 donnera lieu à un nouveau type de contentieux. Compte tenu des enjeux *in fine* relativement limités de celui-ci, il aurait au demeurant mérité, comme d'autres l'ont déjà remarqué, d'être traité selon une procédure simplifiée et accélérée, ce qui ne semble pas à l'ordre du jour actuellement<sup>129</sup>.

58. La politique des ressources humaines dans les entreprises va être influencée par ces nouvelles dispositions : le recours à l'écrit dans les relations de travail afin de se constituer un dossier pour permettre de se défendre en cas de contestation du licenciement va devenir la règle, spécialement s'agissant de la conduite ou de l'inaptitude professionnelle du travailleur. Ne s'agit-il pas là d'un effet pervers, principalement pour les travailleurs, de la C.C.T. n<sup>o</sup> 109?

59. On peut aussi s'interroger sur un autre effet pervers que pourraient avoir les nouvelles dispositions pour les travailleurs. En effet, la motivation du licenciement devenant la règle, on peut imaginer que tout employeur potentiel interrogera le travailleur sur les raisons de son licenciement par son précédent employeur. On se doute que la réponse à cette question s'avérera délicate dans certains cas. Le reclassement du travailleur pourrait être rendu plus difficile par les nouvelles dispositions. C'est d'ailleurs précisément pour cette raison que les organisations représentatives des travailleurs qui ont négocié la nouvelle C.C.T. n<sup>o</sup> 109 n'étaient pas en faveur d'une motivation *a priori* et obligatoire.

60. Il est enfin permis de se demander si le principal mérite de la nouvelle C.C.T. ne réside pas dans le fait qu'elle devrait contribuer à inciter les employeurs à encore davantage réfléchir aux raisons d'une éventuelle décision de rupture en favorisant, peut-être, des solutions alternatives à une telle mesure. Même si les auteurs de la présente contribution sont persuadés, sur la base de leur expérience acquise depuis de nombreuses années dans le contentieux de la rupture du contrat de travail, que de telles décisions, quels que soient les motifs ou circonstances, sont rarement prises à la légère et constituent, pour la vaste majorité des employeurs, une des décisions les plus difficiles à prendre, on ne pourra bien entendu que se réjouir si tel est bien le cas.

Loïc PELTZER  
Emmanuel PLASSCHAERT  
Avocats au barreau de Bruxelles

(125) L'indemnité est due indépendamment du fait que le travailleur a été licencié avec ou sans préavis; elle ne peut être cumulée avec l'indemnité prévue à l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, aux articles 16 à 18 de la loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail, ainsi que pour les candidats délégués du personnel, ou à

l'article 118, § 3, de la loi de redressement du 22 Avec d'autres, janvier 1985 portant des dispositions sociales.

(126) N. BEAUFILS, P. JOASSART, S. LATEUR et G. LEMAIRE, « Étude statistique sur le licenciement abusif des ouvriers », *op. cit.*, p.275.

(127) Ce qui n'était pas le cas auparavant pour les employés dits « supérieurs », c'est-à-dire ceux dont la rémunération annuelle brute dépassait un certain seuil et pour lesquels il existait uniquement des mini-

ma, le préavis effectif devant être fixé soit par les parties, soit par le juge.

(128) Une part importante des affaires portées devant les juridictions du travail par des employés « supérieurs » concernaient souvent, à titre principal, des contestations relatives à la durée du préavis raisonnable à prendre en compte et à la détermination de l'assiette de l'indemnité compensatoire de préavis. Compte tenu, d'une part, de l'instauration de délais de préavis fixes pour toutes les catégories de travailleurs,

d'autre part, de la jurisprudence désormais relativement bien établie en ce qui concerne les éléments à intégrer dans l'assiette de l'indemnité compensatoire de préavis, on peut imaginer que lorsque la contestation portera uniquement ou principalement sur ces points, elle trouvera bien plus fréquemment qu'avant une solution négociée.

(129) Voy. notamment C. ENGELS et O. DEBRAY, *De Juristenkrant*, 12 mars 2014, p. 12.