

Le contrôle des motifs du licenciement et le licenciement abusif des employés

Jacques CLESSE
Professeur à la faculté de droit de Liège
Avocat

Aurélien MORTIER
Assistante à la faculté de droit de Liège

1. Le droit belge a conçu la résiliation unilatérale du contrat de travail comme un droit discrétionnaire. Le cocontractant qui entend mettre fin à la relation de travail n'était tenu ni de communiquer les motifs de la rupture ni de rendre compte devant un juge ou une quelconque instance des raisons justifiant le licenciement. La stabilité de la relation contractuelle était garantie par l'obligation pour chaque partie d'observer, entre la notification et la rupture, un délai d'attente. Une telle obligation n'est pas caractéristique du contrat de travail ; elle relève des principes régissant la cessation unilatérale d'un contrat conclu pour une durée indéterminée. Quant à la stabilité de l'emploi, un des objectifs majeurs du droit du travail, elle fut réalisée par une différenciation des obligations du travailleur et de l'employeur : celui-ci doit observer un préavis plus long que le travailleur ; l'obligation qui s'impose à l'employeur est impérative alors que celle du travailleur est supplétive.

Certes, la rupture motivée n'est pas inconnue du droit belge. Mais elle fait figure d'exception. La rupture pour motif grave permet à chacune des parties de rompre le contrat sans observer un préavis. Conçu de façon réciproque, le mécanisme protège aussi bien l'employeur que le travailleur ; l'un et l'autre peuvent se libérer d'un contrat dont l'exécution est devenue moralement impossible en raison de la gravité de la faute du cocontractant. Envisagé sous l'angle du travailleur, le mécanisme contribue à la stabilité d'emploi puisque celui-ci est assuré de n'être privé du droit au préavis que dans les strictes conditions énoncées par la loi. Au fil du temps, sont venues s'ajouter les protections particulières contre le licenciement. Par des procédés variés, allant de l'autorisation préalable au contrôle judiciaire *a posteriori*, la loi – envisagée au sens large – a apporté des restrictions au droit de licencier. Dans les hypothèses où le législateur estime insuffisante la protection ordinaire contre le licenciement, plutôt que d'imposer un allongement du délai de préavis, il a institué un contrôle des motifs du licenciement.

Ces règles particulières laissent subsister un noyau dur. À partir de 1969, le législateur a entamé celui-ci en soumettant les ouvriers engagés pour une durée indéterminée à un statut spécifique. De manière peu heureuse, ce statut a été qualifié, en français, de licenciement abusif¹. Quant aux autres salariés, essentiellement les employés, la résiliation unilatérale du contrat est soumise au principe issu du droit commun interdisant à chacune des parties d'abuser des droits qu'elle retire du contrat. Ces deux mécanismes, sur lesquels nous reviendrons (chapitres 2 et 3), sont loin d'avoir répondu aux attentes. Considéré sous cet angle, le droit du travail belge apparaît comme singulièrement isolé en regard des règles en vigueur dans un grand nombre de pays mais aussi des préceptes du droit international (chapitre 1). Aussi, n'est-il pas étonnant que l'absence d'un contrôle systématique des motifs

¹ La version néerlandaise utilise, quant à elle, les termes de rupture arbitraire (« *willekeurige afdanking* »).

du licenciement mobilise l'attention tant du monde du travail que celle des juristes travaillistes (chapitre 4).

Chapitre 1. Les règles internationales

2. Le 26 juin 1963, la Conférence internationale du travail adoptait la recommandation n° 119 sur la cessation de la relation de travail. L'article 2.1 dispose qu' « aucun licenciement ne devrait intervenir 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 2.2 précise que la définition ou l'interprétation d'un tel motif valable devrait se faire par voie de dispositions nationales. Quant à l'article 3, il énumère certaines circonstances qui « ne devraient pas constituer des motifs valables de licenciement : a) l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail ; b) le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir exercé un mandat de représentation des travailleurs ; c) le fait d'avoir de bonne foi déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation ; d) la race, la couleur, le sexe, la situation conjugale, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale ». En vertu de l'article 4, le travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée devrait avoir le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial. Celui-ci devrait être habilité d'une part à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement (art. 5.1), et à ordonner d'autre part, à défaut de réintégration, que le travailleur reçoive réparation (art. 6).

En 1974, la commission d'experts chargée de l'application des dispositions et recommandations observait qu'un certain nombre de pays avaient limité, par des dispositions expresses, le pouvoir de l'employeur de licencier arbitrairement un travailleur, alors que d'autres recouraient toujours au seul principe de l'abus de droit². Elle sollicitait donc la conférence pour l'adoption d'un nouvel instrument approprié aux évolutions s'étant produites depuis l'adoption de la recommandation n° 119.

Le Bureau international du travail (B.I.T.) établit alors un rapport cherchant à clicher la situation d'un grand nombre de pays et à examiner les contours des trois notions clés de l'article 2.1 de la recommandation n° 119 : aptitude, conduite et nécessités du fonctionnement de l'entreprise³.

Le 22 juin 1982, la conférence générale de l'Organisation internationale du travail (O.I.T.) adopta la convention n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur et la recommandation n° 166. L'article 4 de la convention n° 158 est identique au texte de l'article 2.1 de la recommandation n° 119, sous réserve que le verbe « devra » est substitué à « devrait ». Les articles 5 et 6 de la convention reprennent l'énumération des circonstances ne constituant pas des motifs valables du licenciement, incluse dans la recommandation n° 119, et la complètent par deux cas de figure : « l'absence du travail pendant le congé de maternité » (art. 5.e) et « l'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident » (art. 6.1). Les raisons ne pouvant justifier un licenciement sont

² **B.I.T.**, *Cessation de la relation de travail*, Conférence internationale du travail, 59^e session, 1974, Rapport III, 4 B, n° 24 à 38.

³ B.I.T., *Cessation de la relation de travail*, Conférence internationale du travail, 67^e session, 1981, Rapport VIII, 1, pp. 23 et s. ; voyez également le rapport cité à la note 1, pp. 18 et s. Pour plus de développements voyez J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, Éd. Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1992, n° 144 et 145.

essentiellement de deux ordres : les unes impliquant une discrimination, les autres se fondant sur l'exercice d'un droit par le travailleur⁴.

Les articles 8, 9.1 et 10 de la convention sont directement inspirés des articles 4, 5.1 et 6 de la recommandation n° 119. En effet, ils prévoient la possibilité pour le travailleur de recourir contre un licenciement jugé injustifié devant un organisme impartial (art. 8), habilité à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement (art. 9.1) et à ordonner, à défaut de réintégration, que le travailleur reçoive réparation (art. 6). Quant à l'article 9.2, il traite de la charge de la preuve et précise que les réglementations nationales « devront prévoir l'une ou l'autre ou les deux possibilités suivantes : a) la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement (...) devra incomber à l'employeur ; b) les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à former leur conviction quant aux motifs du licenciement au vu des éléments de preuve fournis par les parties, et selon des procédures conformes à la législation et à la pratique nationales ». En cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, l'organisme impartial devra être habilité « à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs » (art. 9.3).

Il est intéressant de remarquer que la question de la reconnaissance d'un effet direct de la convention n° 158 a été récemment abordée par la Cour de cassation française qui y a apporté une réponse affirmative⁵. C'est ce qui semble également ressortir d'un arrêt du Conseil d'État français⁶.

La Belgique n'a pas ratifié cette convention en raison de dissensions existant entre les organisations représentatives de travailleurs et d'employeurs.

3. La Charte sociale européenne a été signée le 18 octobre 1961 et révisée le 3 mai 1996 au sein du Conseil de l'Europe. Son article 24 concernant le droit à la protection en cas de licenciement stipule : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les parties s'engagent à reconnaître : a) le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de 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 ». La charte révisée a été ratifiée par la Belgique par la loi du 15 mars 2002 portant assentiment à la Charte sociale européenne révisée et à l'Annexe⁷. Cependant, une réserve a été émise concernant l'article 24.

Dans l'exposé des motifs, le Gouvernement déclare : « L'article 24 concerne le droit à la protection en cas de licenciement (...). Cet article se base sur la Convention n° 158 de l'O.I.T. en matière de cessation de la relation de travail qui, pour de nombreuses raisons, n'a pu être ratifiée par la Belgique. L'obstacle principal résidait dans l'obligation de motivation de la cessation de l'occupation. En effet, en droit belge, le licenciement n'est généralement pas

⁴ J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, L.G.D.J., 2004, pp. 139-140.

⁵ Cass. fr. soc., 29 mars 2006, n° 4-46.499, *Bull. civ.*, 2006, V, n° 131, p. 127, *JCP S*, n° 21, 23 mai 2006, p. 1427, note R. VATINET ; Cass. fr. soc., 1^{er} juillet 2008, n° 7-44.124, *JCP S*, n° 43, 21 octobre 2008, p. 1548, note F. DUMONT.

⁶ C.E. fr., 19 octobre 2005, *JCP S*, n° 20, 8 novembre 2005, p. 1317, note R. VATINET, *JCP E*, n° 46, 17 novembre 2005, p. 1652.

⁷ M.B., 10 mai 2004.

motivé, sauf pour certaines catégories bien déterminées de travailleurs protégés tels que les femmes enceintes. Étant donné que ce nouvel article part lui aussi de l'obligation de motivation, le gouvernement propose de ne pas le ratifier »⁸.

À cet égard, à l'occasion de la remise d'un rapport annuel, le réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux⁹, mis en place par la Commission européenne, a souligné que : « Le 2 mars 2004, la Belgique a ratifié la Charte sociale européenne révisée. S'il faut se réjouir de la ratification de la Charte sociale européenne révisée par la Belgique, de la publication et de l'entrée en vigueur de la loi y portant assentiment, il paraît regrettable que le gouvernement belge ait choisi, ainsi que la liberté lui en est laissée, de ne pas être lié par l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée (...). Lors de la discussion générale du projet au Sénat, le choix de ne pas accepter l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée fut justifié en ces termes : "Pour des raisons bien connues, notre droit social ne permet pas l'indication du motif de licenciement, ce qui peut parfois être bien meilleur pour les travailleurs" »¹⁰.

4. Le 7 décembre 2000, le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont proclamé solennellement la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹¹ lors du Conseil européen de Nice. Son article 30 concernant la protection en cas de licenciement injustifié dispose que « tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ».

Quant à la question du statut de ce texte, la charte, bien que rédigée par le Bureau de la Convention comme s'il s'agissait d'un texte juridiquement contraignant, a été publiée en tant qu'accord interinstitutionnel, c'est-à-dire comme un engagement de comportement liant « politiquement et moralement les institutions qui y ont souscrit même s'il ne crée pas d'obligations juridiques à l'égard des tiers »¹². Cependant, en vertu de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, les particuliers pourraient, semble-t-il, exiger des institutions qu'elles respectent à leur égard les droits que la Charte leur reconnaît¹³. Cette question a d'ailleurs été soulevée lors de la discussion du texte de la charte devant le Parlement belge : « S'agit-il d'un simple texte déclaratif, sur le modèle de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou au contraire d'une charte à valeur juridiquement contraignante ? Il semble qu'aucun accord n'existe sur ce point au sein des délégués des Parlements nationaux. La même situation semble prévaloir au niveau des gouvernements. De son côté, le Parlement européen s'est prononcé, après le Conseil européen de Tampere, en faveur d'une charte "avec effet direct sur les citoyens européens" et qui soit "contraignante pour les instances communautaires" »¹⁴.

⁸ Projet de loi portant assentiment à la Charte sociale européenne révisée et à l'Annexe, faites à Strasbourg le 3 mai 1996, Exposé des motifs, *Doc.parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, Doc. 2-838/1.

⁹ http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm.

¹⁰ Rapport sur la situation des droits fondamentaux en Belgique en 2004, CFR-CDF/BE/2004, p. 192, disponible à l'adresse suivante : <http://cridho.cpd.r.ucl.ac.be/documents/Download.Rep/Reports2004/nacionales/CFR-CDF.rapBELGIUM.2004.pdf>.

¹¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O., n° C 364, 18 décembre 2000.

¹² J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *JCl Europe Traité*, 19 juillet 2007, Fasc. 160.

¹³ M. WATHELET, « La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue », *C.D.E.*, 2000, p. 585.

¹⁴ *Doc.parl.*, Sénat, 2-549/1 ; *Doc.parl.*, Chambre des représentants, 0888/001 ; Session 1999-2000, 5 octobre 2000.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été incorporée au sein du traité établissant une Constitution pour l'Europe¹⁵. Plus précisément, l'article 30 de la charte concernant la protection en cas de licenciement injustifié a été repris à l'article II-90 du projet de Constitution européenne.

Le Parlement belge a approuvé ce traité¹⁶. Une fois en vigueur, l'incorporation de la charte permettra la réception d'un catalogue de droits fondamentaux juridiquement contraignant. En effet, étant insérée dans la partie II du traité, la charte devient une source directe du droit communautaire. Cependant, ce traité n'est pas encore entré en vigueur à défaut d'avoir été ratifié par l'ensemble des États membres signataires. En effet, le processus de ratification s'est heurté en 2005 au rejet de la Constitution européenne par la France et les Pays-Bas. À la suite de cela, les dirigeants européens ont confié à la nouvelle Conférence intergouvernementale la mission de rédiger un traité modificatif. Ce processus a mené à l'adoption du traité de Lisbonne le 19 octobre 2007 modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne¹⁷. Ce dernier contient une référence contraignante à la charte qui a, selon l'article 6, « la même valeur juridique que les traités ». Pour entrer en vigueur, il doit être approuvé par la totalité des 27 États membres. Jusqu'à présent, 25 États membres dont la Belgique¹⁸ ont ratifié ce traité. Reste la République tchèque dont le Parlement a décidé, en décembre 2008, de reporter la ratification à février 2009. Quant à l'Irlande, elle devrait organiser un second referendum en 2009 sur la ratification du traité assorti de déclarations.

Chapitre 2. La configuration du droit belge

5. En matière de licenciement, le principe qui a longtemps prévalu en droit belge est le caractère discrétionnaire du pouvoir de rupture de l'employeur et, corrélativement, l'absence d'obligation de motivation formelle et substantielle à sa charge. Le contrôle de la motivation du licenciement n'était entrepris que dans le cadre de modes dérogatoires de résiliation unilatérale. En effet, la Belgique, contrairement à d'autres pays, ne s'est pas dotée d'un mécanisme de motivation obligatoire et général applicable à l'ensemble des travailleurs. Cependant, avec le temps, les dérogations au principe de non-motivation se sont multipliées à un point tel qu'aujourd'hui on peut se poser la question de savoir si le principe n'est pas devenu l'exception¹⁹.

Section 1. Régimes dérogatoires

A. La rupture pour motif grave

6. En vertu de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, chacune des parties peut résilier le contrat sans préavis ni indemnité pour motif grave. Constitue un motif grave « toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur ». Ce motif grave est « laissé à l'appréciation du juge ». Celui-ci

¹⁵ Traité établissant une Constitution pour l'Europe, J.O., n° C 310, 16 décembre 2004.

¹⁶ Le processus de ratification a été achevé le 8 février 2006 grâce à l'accord des deux chambres du Parlement fédéral et des cinq assemblées régionales ou communautaires.

¹⁷ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, J.O., n° 306, 17 décembre 2007.

¹⁸ Le processus de ratification a été achevé le 10 juillet 2008 grâce à l'accord des deux chambres du Parlement fédéral et des cinq assemblées régionales ou communautaires.

¹⁹ F. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, pp. 345 et s.

exerce un contrôle plein. En cas de contestation soulevée par le destinataire de l'acte, le juge contrôle l'exactitude des faits et la qualification que leur a donnée l'auteur de la rupture. De l'examen de la jurisprudence et de la doctrine, il ressort que le contrôle pratiqué par le juge est un contrôle de la qualification des faits : il substitue son appréciation à celle des parties²⁰.

B. Les protections particulières contre le licenciement

7. Ces régimes de protection contre le licenciement sont généralement construits sur la base de l'exigence d'un motif étranger aux circonstances qui ont justifié la protection. Le licenciement est irrégulier s'il est motivé par la circonstance envisagée par la loi à la base de la protection. Dans d'autres cas, plus rares, la protection est construite sur l'exigence d'un motif déterminé : les délégués du personnel ne peuvent être licenciés, outre le motif grave, que pour des raisons d'ordre économique ou technique.

Les protections particulières établies sur la base d'un motif déterminé peuvent être ordonnées en deux catégories distinctes.

1. Système de l'autorisation préalable

8. Dans un tel système, l'employeur ne peut licencier le travailleur concerné sans avoir préalablement obtenu l'autorisation d'un organe paritaire ou des juridictions du travail. Sont ainsi concernés : les représentants du personnel au sein du conseil d'entreprise et/ou du comité pour la prévention et la protection au travail²¹, les représentants du personnel au sein du comité d'entreprise européen²², les membres de la délégation syndicale²³, le conseiller en prévention²⁴, le responsable des déchets dangereux²⁵, le coordinateur environnemental²⁶, le médecin-conseil auprès des mutualités²⁷, les travailleurs en situation de prestation d'intérêt public en temps de paix²⁸.

2. Système de contrôle *a posteriori*

9. *A contrario*, dans ce type de système, l'employeur procède au licenciement du travailleur concerné sans devoir justifier d'une autorisation préalable. Mais, en cas de contestation du motif de licenciement par le travailleur, le juge est invité à contrôler, d'une part, la réalité du

²⁰ J. CLESSE, « La notion de motif grave », *R.C.J.B.*, 1989, p. 446, n° 35 à 37.

²¹ 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, *M.B.*, 29 mars 1991.

²² Loi du 23 avril 1998 portant des dispositions diverses en ce qui concerne l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *M.B.*, 21 mai 1998.

²³ Art. 18 de la Convention collective n° 5 du 24 mai 1971 concernant le statut des délégations syndicales du personnel des entreprises, *M.B.*, 1^{er} juillet 1971.

²⁴ Loi du 20 décembre 2002 portant protection des conseillers en prévention, *M.B.*, 20 janvier 2003.

²⁵ Art. 54 de l'A. Ex. Rég. w. du 9 avril 1992 relatif aux déchets toxiques et dangereux, *M.B.*, 23 juin 1992.

²⁶ Art. 3.2.5 du Décr. du 5 avril 1995 contenant des dispositions générales concernant la politique de l'environnement, *M.B.*, 3 juin 1995 ; Art. 4.1.9.1.4 et 4.1.9.3.1 de l'A.G.N. du 1^{er} juin 1995 fixant les dispositions générales et sectorielles en matière d'hygiène de l'environnement, *M.B.*, 31 juillet 1995.

²⁷ Art. 31 de l'A.R. n° 35 du 20 juillet 1967 portant le statut et le barème des médecins-conseil chargés d'assurer auprès des organismes assureur le contrôle médical de l'incapacité primaire et des prestations de santé en vertu de la loi du 9 août 1963 instituant et organisant un régime d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité, *M.B.*, 29 juillet 1967.

²⁸ Art. 6, alinéa 3 de la Loi du 19 août 1948 relative aux prestations d'intérêt public en temps de paix, *M.B.*, 21 août 1948.

motif ayant justifié le licenciement du travailleur protégé et, d'autre part, l'absence de lien entre les mobiles de l'employeur et les motifs prohibés.

Sont ici visés notamment : les ouvriers²⁹ (*infra* n° 10) et les bateliers³⁰, les femmes enceintes ou en repos de maternité³¹, les femmes en pause d'allaitement³², les travailleurs en congé de paternité³³, les travailleurs en congé parental³⁴, les travailleurs en congé d'adoption³⁵, les travailleurs qui accomplissent leur service militaire ou civil³⁶, les travailleurs en congé politique³⁷, les travailleurs en interruption de carrière, crédit-temps, réduction ou diminution de carrière³⁸, les travailleurs en congé éducation payé³⁹, les travailleurs accomplissant des prestations de nuit⁴⁰, les travailleurs ayant introduit une plainte sur la base de l'égalité de traitement entre hommes et femmes⁴¹, les travailleurs confrontés à l'introduction de nouvelles technologies dans les entreprises⁴², les travailleurs ayant formulé des observations dans le cadre de l'introduction ou d'une modification du règlement de travail⁴³, les travailleurs ayant déposé une plainte pour harcèlement moral, sexuel ou pour violence ainsi que les témoins à charge et à décharge⁴⁴, les travailleurs ayant déposé une plainte pour discrimination non justifiée⁴⁵, les travailleurs ayant introduit une plainte ou une procédure pour infraction à la loi anti-racisme et xénophobie⁴⁶.

C. Le régime des ouvriers engagés pour une durée indéterminée

10. Avant 1969, l'application de la théorie de l'abus de droit à la problématique du licenciement était enserrée dans d'étroites limites en raison de l'affirmation du caractère

²⁹ Art. 63 de la Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.

³⁰ Art. 32 de la Loi du 1^{er} avril 1936 sur les contrats d'engagement pour les services des bâtiments de navigation intérieure, *M.B.*, 16 avril 1936.

³¹ Art. 40 de la Loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

³² Art. 11 de la Convention collective n° 80 du 27 novembre 2001 instaurant un droit aux pauses d'allaitement, *M.B.*, 12 février 2002.

³³ Art. 5 de l'A.R. du 17 octobre 1994 relatif à la conversion du congé de maternité en congé de paternité en cas de décès ou d'hospitalisation de la mère, *M.B.*, 9 novembre 1994.

³⁴ Art. 15 de la Convention collective n° 64 du 29 avril 1997 du Conseil national du travail instituant un droit au congé parental, *M.B.*, 7 novembre 1997.

³⁵ Art. 30^{ter} de la Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail précitée.

³⁶ Art. 38 de la Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail précitée.

³⁷ Art. 5 de la Loi du 19 juillet 1976 instituant un congé pour l'exercice d'un mandat politique, *M.B.*, 24 août 1976.

³⁸ Art. 101 et 107^{bis} de la Loi de redressement du 22 janvier 1985 contenant des dispositions sociales, *M.B.*, 24 janvier 1985 et art. 20 de la **Convention collective de travail** n° 77^{bis} du 19 décembre 2001, conclue au sein du Conseil national du travail, remplaçant la **Convention** collective n° 77 du 14 février 2001 instaurant un système de crédit-temps, de diminution de carrière et de réduction des prestations de travail à mi-temps, *M.B.*, 16 février 2002.

³⁹ Art. 118 de la Loi de redressement du 22 janvier 1985 contenant des dispositions sociales précitée.

⁴⁰ Art. 9 de la Loi du 17 février 1997 relative au travail de nuit, *M.B.*, 8 avril 1997.

⁴¹ Art. 22 de la Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007.

⁴² Art. 6 de la Convention collective. n° 39 du 13 décembre 1983 concernant l'information et la coopération sur les conséquences sociales de l'introduction de nouvelles technologies, *M.B.*, 8 février 1984.

⁴³ Art. 12^{quater} de la Loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail, *M.B.*, 5 mai 1965.

⁴⁴ Art. 32^{tredecies} de la Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 18 septembre 1996.

⁴⁵ Art. 17 de la Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007.

⁴⁶ Art. 15 de la Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *M.B.*, 8 août 1981.

discrétionnaire du droit de licencier. L'intention de nuire constituait l'unique limite au caractère discrétionnaire du licenciement.

L'intervention du législateur s'est réalisée en deux étapes. Dans un premier temps, la loi du 29 novembre 1969 a introduit dans la loi du 10 mars 1900 relative au contrat de travail d'ouvrier un article 24^{ter} : « L'employeur qui licencie abusivement un ouvrier engagé pour une durée indéterminée est tenu de payer à cet ouvrier une indemnité égale au préjudice subi, sans que cette indemnité puisse toutefois être inférieure au double de la rémunération correspondant au délai de préavis. L'indemnité visée à l'alinéa 1^{er} est due, indépendamment du fait que l'ouvrier a été licencié avec ou sans préavis ». La loi reconnaît ainsi expressément que l'exercice du droit de licencier peut être abusif. De plus, elle établit une évaluation forfaitaire minimum du dommage. Mais, c'est à la lumière des travaux préparatoires qu'apparaît l'essentiel de l'innovation. Cette disposition, présentée comme une limitation du pouvoir discrétionnaire de l'employeur, s'inspire de la recommandation n° 119 de la Conférence internationale du travail (*supra* n° 2)⁴⁷. La *ratio legis* était, d'une part, de protéger la partie la plus faible en réprimant les licenciements arbitraires, c'est-à-dire ceux inspirés par des motifs illicites et, d'autre part, de renforcer la stabilité d'emploi⁴⁸. C'est pourquoi une telle disposition protectrice ne s'impose pas dans la même mesure pour les employés bénéficiant de plus longs délais de préavis⁴⁹. Quant à la notion d'abus, elle apparaît délicate à déterminer. Le ministre de l'emploi et du travail avait ainsi déclaré que « dans une acceptation large, elle peut aller de la véritable intention de nuire jusqu'à la simple légèreté blâmable, en passant par le détournement de pouvoir »⁵⁰. En revanche, il fut répété fréquemment que l'employeur qui licencie pour tout autre motif que l'intérêt de l'entreprise se rend coupable d'abus ; ce qui met ainsi à jour la volonté de prohiber les licenciements arbitraires par la répression du détournement de pouvoir.

Dans un second temps, la loi du 3 juillet 1978 a repris cette disposition en l'étoffant. L'article 63, alinéa 1^{er}, définit la notion de licenciement abusif en reproduisant l'exigence formulée par la recommandation et la convention de l'O.I.T., si ce n'est qu'il n'est pas requis que le motif soit « valable ». L'employeur n'est pas tenu par une obligation de motivation formelle lors de la notification du congé. Cependant, l'article 63, alinéa 2 marque une étape vers la motivation du licenciement puisqu'il prévoit un renversement de la charge de la preuve : en cas de contestation, c'est à l'employeur qu'il incombe de prouver les motifs du licenciement invoqués. Le doute profite à l'ouvrier⁵¹.

Les travaux préparatoires de la loi indiquent qu'« il n'est dorénavant plus permis d'affirmer que l'employeur a un pouvoir discrétionnaire de licencier par préavis. Désormais, même lorsqu'il donne son préavis légal, l'employeur peut être interpellé sur les motifs de son acte »⁵².

Les réticences manifestées, au cours des travaux préparatoires, à l'égard d'une obligation générale de motivation en matière de licenciement sont essentiellement de deux ordres. D'une part, il a été soutenu que faire obligation à l'employeur de préciser le motif du licenciement « n'aurait pas amélioré la situation de l'ouvrier et pourrait même nuire à ses intérêts en

⁴⁷ *Pasin.*, 1969, p. 1832.

⁴⁸ *Pasin.*, 1969, pp. 1801 à 1806.

⁴⁹ *Pasin.*, 1969, p. 1805.

⁵⁰ *Pasin.*, 1969, p. 1803.

⁵¹ Cass., 18 juin 2001, *J.T.T.*, 2001, 406.

⁵² *Doc.parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 258/2, p. 25.

matière d'allocations de chômage »⁵³. D'autre part, différents intervenants ont estimé « qu'une modification du régime de préavis des employés était, à tout le moins, le corollaire nécessaire de la motivation, pour maintenir un équilibre des droits et obligations en cas de licenciement »⁵⁴. La Cour constitutionnelle a été sensible à cette idée de réduire par l'intermédiaire de l'article 63 la disparité entre les employés et les ouvriers quant aux délais de préavis. Dans un arrêt de 2001, elle a estimé que l'article 63, bien qu'il ne s'applique qu'aux seuls ouvriers engagés dans les liens d'un contrat à durée indéterminée, ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution⁵⁵.

Aussitôt que l'occasion lui fut donnée par les plaideurs, la Cour de cassation n'a pas hésité à s'engager dans la voie d'un contrôle étendu des décisions du juge du fond⁵⁶. Plusieurs arrêts qui ont en commun de casser des décisions ayant considéré le licenciement comme abusif, ont dessiné la jurisprudence de la Cour. Il résulte de ces arrêts que dès lors que le juge constate que les faits, dûment établis, invoqués pour justifier le licenciement relèvent de la conduite, dans le sens extensif que le langage commun donne à ce terme, ou de l'aptitude de l'ouvrier⁵⁷, le juge doit exclure le caractère abusif du licenciement. Toute autre exigence, par exemple une gravité minimum⁵⁸, l'existence de reproches antérieurs⁵⁹, des conséquences préjudiciables ajoute à la loi une condition qu'elle ne contient pas et violerait celle-ci. Ainsi, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de cassation du 7 mai 2001, l'ouvrier avait été licencié pour motif grave pour avoir emporté à son domicile, avec l'accord d'un chef de service, du matériel mis au rebut mais appartenant à l'employeur. Le juge du fond avait estimé qu'en raison de l'absence d'autre motif, le licenciement n'avait aucun lien avec la conduite de l'ouvrier et, partant, était abusif au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978. L'arrêt attaqué fut cassé en raison de la violation de cette disposition légale.

La Cour de cassation opte ainsi résolument pour une interprétation littérale de la loi qui retire au juge du fond tout pouvoir d'apprécier si les faits invoqués sont suffisamment sérieux pour justifier le licenciement⁶⁰. Celui-ci ne sera abusif au sens de l'article 63 de la loi organique que dans les hypothèses suivantes : soit l'employeur ne fournit aucun motif ou ne peut établir la matérialité des faits qu'il allègue⁶¹, soit les faits invoqués sont étrangers à la conduite de l'ouvrier, ce qui, nous semble-t-il, ne se produira que dans des circonstances exceptionnelles, soit encore le juge considère que le motif donné par l'employeur n'est pas la cause réelle du

⁵³ *Doc.parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 258/2, p. 127.

⁵⁴ *Doc.parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 258/2, p. 129.

⁵⁵ C.A. n° 84/2001, 21 juin 2001, *R.W.*, 2001-2002, 271, *J.T.T.*, 2001, 405. Voyez notamment points 6 et 7 : « 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 ».

⁵⁶ Cass., 8 décembre 1986, *Pas.*, 1987, 428 ; Cass., 17 février 1992, *Pas.*, 1992, 535 et *J.T.T.*, 1992, 222 ; Cass., 6 juin 1994, *Pas.*, 1994, 562 ; Cass., 9 octobre 1995, *Bull.*, 1995, p. 891 ; Cass., 22 janvier 1996, *Pas.*, 1996, 109 et *J.T.T.*, 1996, 236 ; Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, 407, note C. WANTIEZ.

⁵⁷ Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, 117.

⁵⁸ Cass., 6 juin 1994, précité.

⁵⁹ Cass., 9 octobre 1995, précité.

⁶⁰ M. DE VOS, « Het gedrag dat het ontslag van een voor onbepaalde tijd in dienst genomen werkmán niet-willekeurig maakt », *R.W.*, 1996-1997, p. 737, qui relève qu'une conception si formaliste ouvre la porte aux licenciements arbitraires que la loi voulait combattre. P. HUMBLET (« Willekeurig ontslag, ontslagmacht en vakbondvrijheid », *R.W.*, 1998-1999, p. 888) défend une autre interprétation des arrêts justifiée par des arguments extérieurs à la loi ; selon lui, le juge du fond, à l'opposé du juge de cassation, conserve son pouvoir d'appréciation.

⁶¹ Cass., 18 juin 2001, *J.T.T.*, 2001, 406.

licenciement mais uniquement un prétexte. La discussion se focalise alors sur l'absence de lien entre la conduite et la décision de licencier.

D. La théorie générale de l'abus de droit

11. Parallèlement à la sanction du licenciement arbitraire mise en place par l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, la résiliation unilatérale du contrat de travail est soumise à l'interdiction générale faite à une partie d'abuser des droits qu'elle retire du contrat. On y reviendra (*infra* n° 14).

E. La situation controversée des agents contractuels de la fonction publique

12. Le tableau ne serait pas fidèle sans évoquer le cas particulier des travailleurs liés par un contrat de travail à un pouvoir public. Les données de la question sont désormais bien connues⁶² : la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs s'étend-elle au licenciement, acte juridique unilatéral ? La réponse n'est pas unanime. Les opinions divergentes ne sont pas loin d'épouser les contours d'un clivage nord/sud : la partie francophone⁶³ est généralement partisane d'une obligation de motivation du congé alors que la partie néerlandophone⁶⁴ du pays se montre réticente.

Si l'on accepte l'hypothèse que l'autorité administrative doit donner à l'acte de licenciement une motivation, une autre interrogation plus fondamentale se fait jour⁶⁵. Par le truchement du principe constitutionnel de non-discrimination, une telle obligation ne doit-elle pas s'étendre au secteur privé tout entier⁶⁶ ?

Chapitre 3. La théorie générale de l'abus de droit et le licenciement abusif des employés

⁶² Parmi une littérature particulièrement fournie relevons : J. JACQMAIN, « Lacunes et perspectives de réforme », *Contrats de travail, 20^e anniversaire de la loi du 3 juillet 1978*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1998, p. 185 ; R. JANVIER, « Recrutement d'un agent contractuel pour un service public prêt à accepter l'insécurité juridique quant à son statut », *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruylant, p. 213 ; L. DEAR et O. DEPRINCE, « Incidences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs sur le licenciement du personnel contractuel du secteur public », *J.T.T.*, 2005, p. 173 ; S. GILSON, « Le congé notifié à un agent contractuel de la fonction publique et l'irruption de la loi du 29 juillet 1991 : une véritable exception à la règle d'absence de motivation du congé en droit social », *Motivation et motifs du congé*, Études pratiques de droit social, Kluwer, 2005, p. 119.

⁶³ Trib. trav. Bruxelles, 12 janvier 2000, R.G. 96.195/95 ; Trib. trav. Bruxelles, 30 octobre 2000, *J.T.T.*, 2001, 52 ; C. trav. Bruxelles, 26 novembre 2002, *Chron. D.S.*, 2003, 458, note J. JACQMAIN ; C. trav. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, 185 ; Trib. trav. Charleroi, 18 juin 2007, *J.T.T.*, 2008, 172 ; C. trav. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, 73 ; C. trav. Bruxelles, 27 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, 167 ; C. trav. Bruxelles, 27 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, 171. Les décisions inédites citées dans cet article peuvent être consultées à l'adresse suivante : http://www.juridat.be/cgi_juris/jurf.pl.

⁶⁴ Trib. trav. Bruxelles, 1^{er} septembre 2001, R.G. 25911/00 ; Trib. trav. Dinant, 15 octobre 2002, R.G. n° 55.065 ; Trib. trav. Gand, 6 décembre 2007, *J.T.T.*, 2008, 391. Voyez dans ce sens : K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, die Keure, 2004, p.237 ; A. DE BECKER, « De motivering van het ontslag van een arbeidscontractant in de publieke sector », *R.W.*, 2007-2008, p. 90.

⁶⁵ Voyez les références de la note 64.

⁶⁶ Dans le sens d'une non-violation des articles 10 et 11 de la Constitution, voyez C. trav. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, 185 et *Chron. D.S.*, 2005, 366 ; C. trav. Bruxelles, 27 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, 167.

13. Pas plus que les autres branches du droit privé, le droit du travail n'a échappé au développement de la théorie de l'abus de droit qui s'est plus particulièrement, mais pas exclusivement, fixée sur le licenciement.

Avant de poursuivre, il convient de relever que le caractère abusif ou non de la rupture est indépendant de sa régularité formelle. Le licenciement peut être jugé abusif alors que l'employeur a respecté les formes légales, la durée du préavis ; inversement, la méconnaissance de ces règles ne fait pas obstacle à la reconnaissance de l'abus. En fait, le contrôle de l'abus a pour objet la faculté patronale de rompre unilatéralement le contrat, notion plus large que le droit de licencier.

14. Doctrine et jurisprudence ont été longtemps divisées quant au fondement légal de la rupture abusive. Certains plaidaient en faveur de la thèse quasi délictuelle et l'application de l'article 1382 du Code civil au motif que l'employeur qui licencie abusivement commet une faute quasi délictuelle en usant de manière immodérée de son droit.⁶⁷ La Cour de cassation s'est prononcée en faveur d'une conception contractuelle : l'interdiction faite à une partie d'abuser des droits qu'elle retire du contrat repose sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, déposé dans l'article 1134, alinéa 3 du Code civil⁶⁸. Certaines décisions continuent cependant d'adhérer à la thèse quasi délictuelle⁶⁹. Comme l'indique Ch.-É. Clesse⁷⁰, la doctrine elle-même reste divisée sur le sujet⁷¹ : certains auteurs estiment que la Cour de cassation, bien qu'ayant prononcé plusieurs arrêts retenant comme fondement l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, ne rejetterait pas pour autant l'application de l'article 1382.⁷²

Le domaine d'application de la théorie de l'abus de droit n'est pas limité au licenciement des employés et des ouvriers engagés pour une durée déterminée. La démission du travailleur n'échappe pas, du moins en théorie, au contrôle de l'abus⁷³. Quant aux ouvriers relevant du champ d'application de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, ils conservent la faculté de se prévaloir de la théorie générale de l'abus de droit. Suivant les conclusions de son avocat général, la Cour de cassation l'a confirmé de manière explicite⁷⁴ : l'article 63 « n'interdit ni à l'ouvrier qui ne se prévaut pas de son application de faire valoir que fut-il fondé sur des

⁶⁷ Ch.-É. CLESSE, *Le licenciement abusif*, Études pratiques de droit social, Kluwer, 2005, pp. 113-114.

⁶⁸ Cass., 19 septembre 1983, *J.T.T.*, 1984, 57, *R.C.J.B.*, 1986, 282, note J.-L. FAGNART ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 689, n° 38 et s. Cette position n'a pas toujours été celle de la Cour suprême : voyez notamment Cass., 11 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, 857 ; Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, 28.

⁶⁹ C. trav. Liège, 26 mai et 24 novembre 1998, *Chron. D.S.*, 1999, 237 ; C. trav. Mons, 28 mai 1998, R.G. 12918 ; Trib. trav. Bruxelles, 14 mai 2003, *Chron. D.S.*, 2005, 237, note, J. JACQMAIN ; Trib. trav. Bruxelles, 21 mai 2003, *Chron. D.S.*, 2006, 97 ; C. trav. Bruxelles, 2 mars 2004, *Chron. D.S.*, 2006, 85 ; C. trav. Mons, 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, 323 ; Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 389.

⁷⁰ Ch.-É. CLESSE, *Le licenciement abusif*, *op. cit.*, p. 115.

⁷¹ Tenants de la responsabilité contractuelle : J. CLESSE, « Examen de jurisprudence 1982-1986 », *R.C.J.B.*, 1988, p. 240 ; R. BLANPAIN, « Misbruik van recht en ontslag van werknemers. Een inleiding », *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Kluwer, 1984, p. 67. Tenants de la responsabilité quasi délictuelle : L. CORNELIS, « Onderzoek naar de principiële grondslag van het misbruik van ontslagrecht in het kader van de arbeidsovereenkomst voor bedienden », *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Kluwer, 1984, p. 98.

⁷² J.-L. FAGNART, note sous Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 282 et s. ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. 1, Bruylant, 1991, n° 53 et s. ; P. BLONDIAU, E. CARLIER, T. CLAEYS, B. MAINGAIN, *La rupture du contrat de travail Chronique de jurisprudence 1988-1991*, Larcier, 1994, p. 23.

⁷³ Ch.-É. CLESSE, *Le licenciement abusif*, *op. cit.*, n° 301 et s.

⁷⁴ Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, 117, note P. JOASSART, « L'ouvrier et l'abus du droit de licencier », précédé des conclusions du ministère public.

motifs liés à son aptitude ou sa conduite, ou sur les nécessités du travail son licenciement est entaché d'un abus de droit (...), ni au juge saisi de pareille contestation de vérifier ces circonstances ». Cependant, il importe de remarquer que la Cour de cassation semble n'admettre qu'une application alternative, soit de l'article 63, soit du principe général de l'abus de droit⁷⁵. En effet, elle estime que l'ouvrier peut se prévaloir de la théorie générale de l'abus de droit dans l'hypothèse où il renonce à se prévaloir de l'article 63. Cette position paraît donc exclure la possibilité pour l'ouvrier de présenter une première demande fondée sur l'article 63 de la loi organique et une seconde demande fondée sur le principe général de l'abus de droit⁷⁶.

Dans un arrêt antérieur, la Cour avait indiqué que les deux dispositions – l'article 63 et le principe général du droit de l'abus de droit – ne se recourent pas. À propos d'un employé, la Cour relève que la circonstance que le licenciement serait fondé sur des motifs liés au comportement, même non fautif, de l'employé ou aux nécessités du travail – ce qui exclut l'application de l'article 63 dans le cas du licenciement d'un ouvrier – n'exclut pas que le licenciement soit entaché d'un abus⁷⁷.

Lorsque la demande de l'ouvrier est fondée sur le principe général de l'abus de droit, l'application du droit commun implique, en principe, qu'il fasse la preuve de l'abus et d'un dommage spécifique (*infra* n° 26) causé par cette faute⁷⁸. Une autre approche a été proposée : il s'agirait de procéder à une interprétation combinée de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 et l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, de manière telle que le manquement au principe de l'exécution de bonne foi serait également un cas d'application de l'article 63⁷⁹. On doute que cette analyse reçoive les faveurs de la Cour de cassation.

Section 1. La notion d'abus de droit

15. La doctrine et la jurisprudence ont dégagé plusieurs critères de l'abus de droit. Au fil du temps, ceux-ci ont été ordonnés en critères spécifiques et critère générique. Le critère générique de l'abus de droit a tout d'abord été consacré par la Cour de cassation en matière non contractuelle⁸⁰. Il s'agit du « dépassement manifeste des limites de l'exercice normal d'un droit par une personne prudente et diligente », par référence au standard abstrait du bon

⁷⁵ Dans le sens d'une application alternative : C. trav. Bruxelles, 2 juin 2003, R.G. 42194 ; C. trav. Mons, 10 juillet 2003, *Chron. D.S.*, 2004, 132, note J. JACQMAIN. Pour la doctrine voyez Cl. WANTIEZ, note sous Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 410 ; D. CUYPERS, « Rechtsmisbruik in het arbeidsrecht », *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 5, 1997, n° 220, p. 103.

⁷⁶ Dans le sens d'une application cumulative : C. trav. Bruxelles, 22 avril 2002, *Chron. D.S.*, 2005, 348 ; Trib. trav. Nivelles, 20 juin 2003, *Chron. D.S.*, 2005, 361 ; C. trav. Bruxelles, 21 décembre 2004, R.G. 44643 ; C. trav. Anvers, 22 juin 2005, *Chron. D.S.*, 2006, 177 ; C. trav. Liège, 28 juin 1996, *J.T.T.*, 1996, 502. Pour la doctrine voyez L. DEAR, « Le licenciement de l'ouvrier au regard de la théorie civiliste de l'abus de droit », *Or.*, 2007, n° 10, p. 17 ; M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture », *Guide social permanent*, P. I, Liv. I, Tit. V, Chap. III, Suppl. 31 janvier 2005, p. 298 ; CLAEYS & ENGELS, *La rupture du contrat de travail Chronique de jurisprudence 2002-2005*, Larcier, 2006, p. 228.

⁷⁷ Cass., 12 décembre 2005, *J.T.T.*, 2006, 155.

⁷⁸ P. JOASSART, « L'ouvrier et l'abus de licencier », *op. cit.* ; Ch.-É. CLESSE, *Le licenciement abusif, op. cit.*, pp. 116-117.

⁷⁹ H. FUNCK, « Licenciement abusif de l'ouvrier, abus de droit de licencier un employé et bonne foi contractuelle », *Chron. D.S.*, 2007, p. 41 qui illustre son raisonnement par un arrêt éditant de la Cour du travail d'Anvers qui avait estimé que n'était pas abusif au sens de l'article 63 le licenciement d'un ouvrier qui avait refusé de se présenter au travail le lendemain du jour de la découverte du corps d'un enfant dont l'ouvrier s'occupait ; le licenciement a été estimé abusif en regard du droit commun et une indemnité de 6.197 € a été accordée (C. trav. Anvers, 22 juin 2005, *Chron. D.S.*, 2006, 177).

⁸⁰ Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, 28.

père de famille. Cette position a été réitérée à différentes reprises par la Cour de cassation tant en matière contractuelle que non contractuelle⁸¹. Récemment, deux arrêts de la Cour de cassation se sont référés « à 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 ».⁸²

L'avènement d'un critère générique ne prive pas les critères spécifiques de leur utilité : ils guident le juge dans son appréciation du caractère abusif de l'exercice d'un droit⁸³.

Le plus souvent, on relève 5 critères spécifiques :

- a. l'exercice d'un droit dans l'intention de nuire⁸⁴ ;
- b. l'usage d'un droit sans intérêt légitime en causant à autrui un dommage⁸⁵ ;
- c. le choix par le titulaire d'un droit du mode d'exercice qui est, entre plusieurs manières d'exercer ce droit, le plus dommageable pour autrui ou le moins conforme à l'intérêt général⁸⁶ ;
- d. l'usage d'un droit dans son seul intérêt en retirant un avantage disproportionné à la charge corrélative d'un tiers⁸⁷. Il résulte de ce critère que le fait pour l'employeur d'user de ses prérogatives contractuelles dans son seul intérêt est insuffisant pour caractériser l'abus ; il faut en outre que les inconvénients éprouvés par le travailleur soient sans commune mesure avec les avantages retirés par l'employeur ;
- e. le détournement du droit de sa finalité économique et sociale⁸⁸.

16. Le critère du détournement appelle quelques précisions. Josserand⁸⁹ fut le promoteur de ce critère, inspiré lui-même du droit administratif : les droits subjectifs ne peuvent être exercés qu'en vue de la réalisation des objectifs sociaux pour lesquels ils ont été conférés ; l'utilisation de ces droits à d'autres fins constitue l'abus. Pour Josserand, il s'agissait là du critère unique de l'abus. En raison de son absolutisme, cette conception fut vivement critiquée, notamment par Ripert et Dabin⁹⁰, et elle paraît aujourd'hui telle quelle, dépassée, à tout le moins en Belgique⁹¹. Il n'en reste pas moins que, selon une opinion dominante⁹², le

⁸¹ Cass., 8 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, 495 ; Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 472 ; Cass., 10 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, 756 ; Cass., 6 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, 990 ; Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 332 ; Cass., 1^{er} février 1996, *Pas.*, 1996, I, 158 ; Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, 244 ; Cass., 11 septembre 2003, *Pas.*, 2003, 1386 ; Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, 996 ; Cass., 6 janvier 2006, R.G. C040358F.

⁸² Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, 117 ; Cass., 12 décembre 2005, *J.T.T.*, 2006, 155.

⁸³ R. NEYRINCK, « La théorie de l'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Cahier de la faculté de droit de Namur n° 36*, 2004, p. 11.

⁸⁴ Cass., 29 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, 406 ; Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, 28.

⁸⁵ Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 332 ; Cass., 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, 475 ; Cass., 30 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2004, 672.

⁸⁶ Cass., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1917, I, 65 ; Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1961, I, 332 ; Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, 602.

⁸⁷ Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, 28 ; Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, 55 ; Cass., 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, 1295 ; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, 212 ; Cass., 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, 475 ; Cass., 15 mars 2002, *J.T.*, 2002, 814 ; Cass., 17 mai 2002, *J.T.*, 2002, 694 ; Cass., 25 novembre 2005, *J.T.*, 2006, 9.

⁸⁸ Cass., 28 avril 1972, *R.W.*, 1972-1973, col. 217 ; Cass., 29 mars 1982, *R.D.S.*, 1982, 469.

⁸⁹ JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, 1^{ère} éd., 1927.

⁹⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., n° 102 et s. ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, pp. 289 et s.

⁹¹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, L.G.D.J., 2^e éd. 1983, n° 718 et s.

⁹² H. DE PAGE, *Traité*, 1962, t. II, p. 163 ; A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », *R.C.J.B.*, 1972, p. 213 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude

détournement du droit de sa finalité constitue une des facettes, un des critères de l'abus de droit.

M. Van Ommeslaghe souligne l'intérêt qu'il y a d'isoler ce critère des autres car le simple fait de l'utilisation du droit dans un but différent de celui pour lequel il a été créé sera sanctionné sans qu'il soit besoin d'établir une intention de nuire, ou même la témérité ou la légèreté⁹³.

Le domaine d'application du détournement, dans la conception actuellement dominante, est celui des « droits-fonction », c'est-à-dire les prérogatives auxquelles est assignée une finalité économique et sociale. Dabin écrivait : le droit-fonction est, « par sa fonction de service, causé et déterminé par la fin qu'il a pour mission de servir. Indépendamment de toute disposition formelle, cette fin est la loi supérieure qui vient limiter le droit et le canaliser. (...) C'est dire que le droit-fonction est essentiellement relatif à la fonction »⁹⁴. On appelle également ces « droits-fonction » compétences ou pouvoirs. À cette catégorie s'opposent les « droits égoïstes », « à esprit égoïste », « à finalité individuelle », c'est-à-dire les prérogatives accordées dans l'intérêt de leur titulaire qui est libre de les utiliser pour l'intérêt d'autrui mais aussi pour son seul intérêt⁹⁵.

Dans la sphère du droit privé, les prérogatives les plus souvent données comme caractéristique de la catégorie « droits-fonction » sont les pouvoirs des père et mère, les pouvoirs du tuteur, du curateur, des organes d'une personne morale. Dabin avait relevé que les « droits-fonction » se rencontrent spécialement dans les relations de groupe. À ce titre, en 1952, l'éminent auteur rangeait déjà dans les prérogatives finalisées les compétences du chef d'entreprise, sans toutefois en dégager les implications⁹⁶.

Le critère du détournement s'attache aux motifs qui ont guidé le titulaire du droit et, à ce titre, est susceptible de déboucher sur un contrôle de la motivation des licenciements. En érigeant en abus punissable l'utilisation d'un droit à des fins autres que celles qui lui sont assignées, on réduit la liberté d'exercice du droit par une norme, certes informelle, mais de portée générale puisqu'elle s'impose à tous les titulaires du droit.

Le critère du détournement recoupe en partie celui de l'intention de nuire. Le détournement du droit de sa finalité peut se réaliser sans intention de nuire, mais celle-ci constitue toujours un détournement : les droits ne sont pas accordés pour permettre à leur titulaire de nuire volontairement à autrui⁹⁷.

Concernant la preuve du détournement de pouvoir, celui qui invoque l'existence d'un tel détournement doit en apporter la preuve conformément au droit commun. Cette preuve est particulièrement délicate à fournir parce qu'elle suppose le contrôle d'un phénomène

à la loi », *R.C.J.B.*, 1976, p. 303, n° 6 et s. et réf. données ; P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1994, p. 189, n° 17 et s.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 241.

⁹⁵ Sur cette classification, voyez notamment A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *R.T.D.C.*, 1944, pp. 1-19 ; J. DABIN, *op. cit.*, pp. 237 et s. ; W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgische Privaatrecht, I*, Algemeen deel, 1969, n° 30 et s. ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? », *J.T.*, 1990, p. 33, spéc. pp. 38 et 39 et les références.

⁹⁶ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 224, note 4 : « L'employeur n'a pas le droit de renvoyer son personnel pour des raisons étrangères à la bonne marche de l'entreprise ».

⁹⁷ Note W. VAN GERVEN sous Cass., 10 septembre 1971, précitée p. 34, première colonne.

psychologique, à savoir les mobiles qui ont guidé le titulaire du pouvoir. Cependant, l'impossibilité de rapporter une preuve directe ouvre la voie aux présomptions de l'homme⁹⁸.

Lorsque l'idée du licenciement abusif a entamé sa montée en puissance, le critère du détournement de pouvoir a été bien accueilli dans la sphère du contrat de travail. De nombreux auteurs, civilistes ou travaillistes, ont classé le droit de licencier dans la catégorie, sans cesse plus large, des droits-fonction : le droit de licencier, a-t-on écrit, ne peut être détourné de sa finalité économique et sociale, à savoir l'intérêt de l'entreprise⁹⁹.

Section 2. La jurisprudence relative à l'abus du droit de licencier

La recension de jurisprudence ci-dessous porte essentiellement sur les années 1998 à 2008¹⁰⁰.

A. La notion d'abus

1. Les circonstances extérieures

17. Les circonstances entourant le licenciement sont souvent prises en compte par la jurisprudence lorsque la demande du travailleur est fondée sur la théorie générale de l'abus de droit.

Par exemple, il a été jugé qu'était injurieux et emportait un préjudice moral « le fait pour un travailleur d'être convoqué à une réunion de travail alors qu'en fait il était attendu par un huissier pour être licencié. Le licenciement, opéré de cette manière, fait peu de cas de la personne du travailleur et des relations loyales que les parties engagées dans les liens d'un contrat de travail doivent entretenir »¹⁰¹. Il en va de même lorsque l'employeur décide par exemple de changer les serrures du bureau du travailleur¹⁰². L'abus peut également résulter d'un licenciement effectué en raison du comportement du travailleur causé par un harcèlement psychologique et moral de l'employeur¹⁰³. Une indemnité pour licenciement abusif a également été octroyée dans l'hypothèse particulière d'une démission extorquée par dol¹⁰⁴. Enfin, mentionnons le cas d'un licenciement après seulement 2 ans d'occupation d'un

⁹⁸ Sur cette question voyez J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, *op. cit.*, n° 128 et 129 et, de manière plus générale, les développements relatifs au contrôle du détournement de pouvoir.

⁹⁹ A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1969, p. 497, n° 27 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude au droit des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 303, n° 7 à 9 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, n° 13 ; S. STIJS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? », *op. cit.*, p. 33, spécialement pp. 38 et 39 ; M. TAQUET & Cl. WANTIEZ, *Congé, préavis, indemnité*, t. I, pp. 155 et s. ; V. VANNES & J. LECLERCQ, « L'abus du droit de licenciement dans le contrat de travail d'employé », *Permanence du droit civil en droit du travail*, ULB, 1983, p. 307 ; Th. VERHEYDEN, *Les contrats de travail*, Rép. not., t. XV, 1981, p. 218 ; R. BLANPAIN, « Misbruik van recht en ontslag van werknemers », *op. cit.*, n° 139, p. 69.

¹⁰⁰ Pour un examen plus complet, on se reportera à l'ouvrage de Ch.-É. CLESSE, *Le licenciement abusif*, *op. cit.*, pp. 118 à 141 ; voyez également F. LAGASSE, « Le licenciement abusif des employés. Chronique de jurisprudence », 1978-1992, *Orientations*, 1993, p. 227

¹⁰¹ C. trav. Liège (2^e ch.), 22 février 2000, *Chron. D.S.*, 2001, 270.

¹⁰² Trib. trav. Bruxelles, 8 décembre 2000, *J.T.T.*, 2001, 137, note Cl. WANTIEZ.

¹⁰³ C. trav. Mons, 7 janvier 2005, *Journ. proc.* 2005, n° 496, 25, *Chron. D.S.*, 2005, 495 ; C. trav. Bruxelles, 30 octobre 2007, R.G. 02581/07.

¹⁰⁴ C. trav. Liège, 8 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 377, *Or.*, 2008, n° 7, 23.

travailleur embauché à 52 ans et contraint de quitter son pays pour travailler en Belgique, avec toutes les conséquences que cela a impliquées¹⁰⁵.

18. La jurisprudence tient également compte des cas où l'employeur porte atteinte à l'image, à l'honneur du travailleur lorsqu'il procède au licenciement.

Ont été considérés comme un licenciement abusif :

- le licenciement mettant en cause l'honorabilité d'un employé sans, par exemple, qu'il n'y ait eu de vérification sérieuse, sans avoir entendu le travailleur sur les faits reprochés.¹⁰⁶ Dans ce contexte, il a notamment été affirmé que « la légitimité du licenciement d'un employé n'est pas, en général, subordonnée à son audition préalable, mais il est des cas particuliers où celle-ci se révèle utile, voire indispensable »¹⁰⁷ ;
- le licenciement pour incapacité de travail constitutive soi-disant de force majeure après que l'employeur (en l'espèce, une mutualité) a fait usage d'informations confidentielles en sa possession en vue de rétrograder ledit travailleur¹⁰⁸ ;
- le licenciement pour motif grave d'un délégué d'une organisation syndicale au motif que les motifs graves tardivement invoqués « se révèlent être des allégations incertaines, contestées, relativement à des faits dont la preuve n'est ni faite, ni offerte » et que le licenciement fut « motivé de manière accablante pour le travailleur qui se vit en définitive interdire la poursuite de son engagement syndical en devant supporter le reproche de malversations »¹⁰⁹ ;
- le licenciement fondé sur un fait fautif que l'employeur impute, à tort, au travailleur et auquel il donne une certaine forme de publicité (par la mention apposée sur le certificat de chômage, par une information donnée aux membres du personnel, etc.)¹¹⁰ ;
- le licenciement opéré à la suite de la proposition de « lier la poursuite du contrat à la reconnaissance de malversations imputables à l'intimée comme aux autres membres du personnel, alors que rien ne vient conforter cette version »¹¹¹ ;
- le licenciement avec effet immédiat à l'occasion duquel l'employeur contraint une employée à quitter immédiatement l'entreprise sous le regard de ses collègues. « Un tel procédé atteint le travailleur dans son honneur et sa respectabilité, puisqu'il laisse supposer que le licenciement est motivé par un acte répréhensible que ce travailleur aurait commis »¹¹².

Lorsqu'un ouvrier fonde sa demande sur l'article 63 de la loi relative aux contrats de travail, certaines juridictions tiennent compte des circonstances entourant le licenciement en se fondant ainsi sur le droit commun¹¹³, contrairement à d'autres qui s'en tiennent uniquement à l'article 63¹¹⁴.

¹⁰⁵ C. trav. Gand, 19 septembre 2001, *J.T.T.*, 2001, 414.

¹⁰⁶ Cass., 12 décembre 2005, *J.T.T.*, 2006, 155 ; Trib. trav. Bruxelles, 30 octobre 2000, *J.T.T.*, 2001, 52 ; Trib. trav. Nivelles, 19 décembre 2001, *J.T.T.*, 2002, 69 ; C. trav. Liège, 14 février 2002, *R.R.D.*, 2002, 132 ; C. trav. Liège, 22 février 2004, R.G. 7.333/2003 ; C. trav. Gand, 12 mai 2004, *Chron. D.S.*, 2005, 217 ; C. trav. Bruxelles, 20 octobre 2004, *Chron. D.S.*, 2005, 366.

¹⁰⁷ C. trav. Liège, 18 octobre 1999, *J.T.T.*, 2000, 378.

¹⁰⁸ Trib. trav. Bruxelles (18^e ch.), 26 avril 2000, *Chron. D.S.*, 2001, 486.

¹⁰⁹ C. trav. Liège, 7 mai 2002, *J.T.T.*, 2002, 476.

¹¹⁰ C. trav. Liège, 16 mars 1998, *Chron. D.S.*, 1999, 197 ; C. trav. Liège, 23 novembre 2000, *J.T.T.*, 2001, 308 ; C. trav. Gand, 14 mai 2001, *T.G.R.*, 2002, 52 ; C. trav. Liège, 2 novembre 2004, R.G. 31.494/03 ; C. trav. Mons, 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, 323 ; C. trav. Liège, 7 avril 2007, *R.R.D.*, 2007, 5 ; C. trav. Gand, 20 juin et 17 octobre 2007, *Chron. D.S.*, 2008, 280.

¹¹¹ C. trav. Liège, 22 juin 2004, R.G. 7.465/2003 ; Cass., 5 septembre 2005, *J.T.T.*, 2005, 457, note P. JOASSART.

¹¹² Trib. trav. Nivelles, 8 juin 2006, *Chron. D.S.*, 2008, 266.

¹¹³ C. trav. Gand, 7 mai 2001, *Chron. D.S.*, 2008, 257.

¹¹⁴ C. trav. Liège, 20 octobre 2004, R.G. 31.003/02.

Il n'est pas rare qu'à l'occasion d'une rupture pour motif grave, le juge estime que l'employeur a procédé au licenciement avec légèreté¹¹⁵. Cependant, il a été décidé que « le caractère des faits, jugé non suffisamment grave pour justifier un motif grave de licenciement, ne rend pas à lui seul ce licenciement abusif »¹¹⁶. Néanmoins, « ce n'est pas parce que le motif grave est établi qu'il ne peut y avoir abus de droit de licenciement »¹¹⁷. En effet, dans une affaire où un employé avait été licencié pour motif grave, le juge avait estimé que le licenciement était abusif bien que le motif grave soit admis. Il est parvenu à cette conclusion en relevant que l'employé avait été accusé, entre autres, de viol ; accusation particulièrement grave et non établie. Cependant, il n'a été alloué à cette occasion qu'un euro symbolique en raison du fait que le formulaire C4 n'avait pas été diffusé. Outre cela, une indemnité compensatoire de préavis avait été accordée en raison de l'irrégularité formelle affectant le congé pour motif grave.

Enfin, il est intéressant de s'attarder sur les décisions considérant le licenciement comme un acte administratif au sens de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs. Selon celles-ci, on l'a vu (*supra* n° 12), l'employeur public est tenu de respecter l'obligation de motivation formelle et de procéder à l'audition préalable, exigence découlant des principes de bonne administration, lorsqu'il envisage le licenciement d'un agent contractuel.¹¹⁸ L'absence de motivation formelle ou d'audition préalable ne confère pas de manière systématique un caractère abusif au licenciement. La jurisprudence emprunte une voie proche mais techniquement distincte. L'idée qui sous-tend le raisonnement est la suivante : « l'absence de motivation, conjuguée avec l'absence d'audition préalable, peut rendre les circonstances de la rupture fautives et, dans ce cas, pour autant que l'employé démontre un préjudice distinct de celui qui est causé par le licenciement, des dommages et intérêts peuvent être alloués »¹¹⁹.

2. Représailles

19. Dans cette hypothèse, la jurisprudence retient l'intention de nuire ou le détournement de pouvoir.

Ont ainsi été jugés abusifs :

¹¹⁵ C. trav. Mons, 26 janvier 1998, R.G. 12094 ; C. trav. Mons, 11 mai 1998, R.G. 14526 ; C. trav. Liège, 18 décembre 1998, *Chron. D.S.*, 2000, 284 ; C. trav. Bruxelles, 17 février 1999, *Chron. D.S.*, 1999, 497 ; C. trav. Mons, 15 juillet 1999, *J.T.T.*, 2000, 379 ; C. trav. Liège, 13 mars 2003, R.G. n° 6.932/2001 ; C. trav. Bruxelles, 21 septembre 2004, *Chron. D.S.*, 2006, 82 ; C. trav. Bruxelles, 9 novembre 2005 et 3 mai 2006, *Chron. D.S.*, 2007, 409.

¹¹⁶ C. trav. Liège, 18 octobre 2004, R.G. 32.105/04 ; Voy également : Cass., 23 mars 1998, *J.T.T.*, 1998, 378 ; C. trav. Mons, 19 mai 1998, R.G. 12806 ; C. trav. Liège, 17 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, 347.

¹¹⁷ C. trav. Liège, 24 juin 2003, R.G. 7.101/2002.

¹¹⁸ Trib. trav. Bruxelles, 30 octobre 2000, *J.T.T.*, 2001, 52 ; C. trav. Bruxelles, 26 novembre 2002, *Chron. D.S.*, 2003, 458, note J. JACQMAIN ; C. trav. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, 185 et *Chron. D.S.*, 2005, 366 ; Trib. trav. Liège (9^e ch.), 13 janvier 2006, *J.T.T.*, 2007, 251 ; C. trav. Bruxelles, 30 mai 2006, *Chron. D.S.*, 2007, 522 ; Trib. trav. Charleroi, 18 juin 2007, *J.T.T.*, 2008, 172, note S. GILSON ; C. trav. Bruxelles, 27 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, 167 ; C. trav. Bruxelles, 27 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, 171 ; C. trav. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, 73.

¹¹⁹ C. trav. Bruxelles, 27 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, 171. Dans ce sens, voyez C. trav. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, 185 et *Chron. D.S.*, 2005, 366 ; Trib. trav. Liège (9^e ch.), 13 janvier 2006, *J.T.T.*, 2007, 251 ; Trib. trav. Charleroi, 18 juin 2007, *J.T.T.*, 2008, 172, note S. GILSON ; C. trav. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, 73.

- le licenciement effectué en représailles à la suite d'une plainte pour harcèlement et violence¹²⁰ ;
- le licenciement d'un travailleur à titre de représailles contre l'activité syndicale militante de ce dernier¹²¹ ;
- le licenciement d'une employée décidé en représailles au refus légitime qu'elle a opposé à la reconduction de sa période d'essai¹²² ;
- le licenciement d'un employé en représailles à la suite de sa participation active dans le cadre de l'élaboration du règlement de travail¹²³ ;
- le licenciement d'un travailleur ayant exercé son droit à la liberté d'expression et ayant assumé sa responsabilité de journaliste dans des limites compatibles avec son devoir de loyauté à l'égard de l'employeur¹²⁴ ;
- le licenciement notifié en représailles à une revendication légitime (refus de renoncer au salaire garanti, revendication relative aux arriérés de rémunération, etc.)¹²⁵ ;
- le licenciement d'un pharmacien parce qu'il avait refusé de suivre l'instruction, contraire à la déontologie des pharmaciens, de ne plus délivrer des contraceptifs légalement et correctement prescrits¹²⁶.

Peuvent également être rattachées à cette catégorie les hypothèses de licenciement d'un travailleur considéré comme dérangeant car susceptible de dénoncer les pratiques illégales menées par l'employeur, etc.¹²⁷

En ce qui concerne les demandes des ouvriers fondées sur l'article 63, il n'est pas rare que les juridictions sociales considèrent comme abusifs les licenciements opérés en représailles soit à une revendication légitime¹²⁸, soit au refus de prêter son concours à une activité irrégulière¹²⁹. Par contre, si le juge estime que, à côté de la mesure de rétorsion, le licenciement est effectivement lié à la conduite ou à l'aptitude du travailleur, le licenciement sera considéré comme régulier¹³⁰.

3. Licenciement irrégulier

20. Il est généralement soutenu que l'irrégularité affectant un licenciement ne suffit pas à le rendre abusif. Ainsi, il a été jugé que ne commet pas un abus de droit l'employeur qui rompt le contrat avant que la période d'incapacité de travail n'atteigne six mois¹³¹, ou en violant une

¹²⁰ Trib. trav. Bruxelles, 20 novembre 2007, *Chron. D.S. – n° spécial*, 2008, 756.

¹²¹ C. trav. Mons, 14 juin 2002 et 10 juillet 2003, *Chron. D.S.*, 2004, 132 ; C. trav. Liège, 11 décembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, 447.

¹²² C. trav. Liège, 24 décembre 2005, *Chron. D.S.*, 2007, 634 et *J.T.T.*, 2006, 186.

¹²³ Trib. trav. Charleroi, 15 janvier 2001, *Chron. D.S.*, 2002, 48.

¹²⁴ C. trav. Bruxelles, 23 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, 343.

¹²⁵ C. trav. Liège, 15 novembre 2001, *Or.*, 2002, n° 4, 2.

¹²⁶ Trib. trav. Bruxelles, 9 avril 2002, *J.T.T.*, 2002, 479.

¹²⁷ C. trav. Mons, 6 novembre 2007, *Chron. D.S.*, 2008, 261 ; C. trav. Bruxelles, 18 mars 2008, *Or.*, 2008, n° 7, 25.

¹²⁸ Cass., 26 juin 2006, *Chron. D.S.*, 2007, 440 ; Trib. trav. Charleroi, 24 janvier 2000, *Chron. D.S.*, 2001, 479 ; Trib. trav. Charleroi, 13 novembre 2000, *Chron. D.S.*, 2001, 484.

¹²⁹ C. trav. Liège, 22 mars 2004, R.G. 7.246/2002.

¹³⁰ C. trav. Liège, 14 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, 62 ; C. trav. Liège, 9 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008-2009, 384.

¹³¹ C. trav. Liège, 18 octobre 1999, *Chron. D.S.*, 2000, 286. La même remarque vaut lorsqu'on apprécie le licenciement d'un ouvrier au regard de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 : C. trav. Liège, 3 avril 2000, *Chron. D.S.*, 2001, 558 ; Trib. trav. Audenarde, 14 février 2006, R.G. 26160II.

procédure de licenciement¹³², ou encore en ne respectant pas le délai de préavis prescrit par la loi¹³³.

4. L'aptitude et la conduite du travailleur

20. Les tribunaux estiment le plus souvent que l'appréciation de l'aptitude, la productivité et la qualité des prestations accomplies par le travailleur relève de l'appréciation souveraine de l'employeur¹³⁴.

Ont été considérés comme réguliers :

- le licenciement d'un employé échangeant des courriels moqueurs à l'égard de collègues féminines au sein de l'entreprise¹³⁵ ;
- le licenciement résultant de la mésintelligence entre les membres du personnel¹³⁶.

Ont par contre été jugés abusifs :

- le licenciement pour mauvais résultats quelques jours seulement après l'envoi d'une lettre de félicitations¹³⁷ ;
- le licenciement pour faute grave d'une employée en raison de son absence au travail, « alors que l'employeur savait que cette absence résultait d'un accident de la route et que l'employeur n'était même pas couvert par une assurance contre les accidents du travail »¹³⁸ ;
- le licenciement pour motif grave d'un employé au motif que ce dernier n'aurait pas respecté les obligations prévues dans le règlement de travail en matière d'incapacité de travail ; obligations qui ont été rappelées par l'employeur au moyen d'un courrier envoyé par pli simple. La Cour a estimé en l'espèce que le recours au pli simple n'était pas approprié. De plus, l'employeur aurait cherché la première occasion qui se présentait pour se défaire d'un personnel coûteux en raison notamment de son ancienneté¹³⁹.

En matière d'incapacité de travail, a été considéré comme régulier le licenciement d'un employé victime d'un accident de travail entraînant une incapacité à effectuer ses prestations pour une longue durée¹⁴⁰.

Par contre, le licenciement d'une employée qui, victime d'une fausse couche, avait dû quitter son travail pour se rendre en clinique, a été considéré comme abusif. Pour ce faire, le juge a tenu compte de divers éléments tels que le fait que l'absence pour incapacité de travail de l'employée n'avait pas perturbé l'organisation du travail, le fait que l'employeur s'était abstenu de prendre des nouvelles de son employée et le fait qu'il l'avait licenciée pour cause

¹³² C. trav. Anvers, 3 avril 2000, *Chron. D.S.*, 2002, 36 ; Trib. trav. Charleroi, 3 avril 2000, *Chron. D.S.*, 2003, 518. *Idem* pour le licenciement d'un ouvrier au regard de l'article 63 : Cass., 4 février 2002, *J.T.T.*, 2002, 473 ; C. trav. Bruxelles, 11 décembre 2000, *Chron. D.S.*, 2001, 43 ; C. trav. Bruxelles, 20 octobre 2003, *Chron. D.S.*, 2005, 354.

¹³³ Cass., 4 février 2008, *J.T.T.*, 2008, 119 et *Chron. D.S.*, 2008, 252 ; C. trav. Anvers, 15 janvier 2003, *Chron. D.S.*, 2004, 81.

¹³⁴ Trib. trav. Huy, 18 février 2000, *J.T.T.*, 2000, 237 ; Trib. trav. Bruxelles, 18 mai 2004, *Chron. D.S.*, 2006, 102.

¹³⁵ C. trav. Liège, 23 mars 2004, *R.R.D.*, 2004, 73.

¹³⁶ C. trav. Bruxelles, 18 novembre 1998, *Bull. F.E.B.*, 1999, 88 ; C. trav. Liège, 11 octobre 2007, *J.T.T.*, 2008, 49.

¹³⁷ C. trav. Bruxelles, 28 avril 2004, *Chron. D.S.*, 2005, 29.

¹³⁸ Trib. trav. Charleroi, 15 novembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, 1436.

¹³⁹ C. trav. Liège, 5 mars 1998, *Or.*, 1998, n° 5, 4.

¹⁴⁰ C. trav. Liège, 13 mars 2003, R.G. 6877/01.

de changement de comportement sans avertissement. À cette occasion, il a été affirmé que « le licenciement ne peut constituer la sanction d'une incapacité de travail »¹⁴¹.

5. Les raisons d'ordre économique ou technique

22. La jurisprudence se caractérise par un refus de porter une appréciation sur les décisions économiques ou techniques de l'employeur. Celui-ci est seul juge des nécessités de l'entreprise¹⁴².

À titre d'exemple, il a été jugé qu'étaient réguliers :

- le licenciement d'un travailleur à la veille de l'âge de la prépension, au motif que la décision prise « répondait à une motivation d'ordre strictement économique et s'expliquait par la situation financière fragile de la société » ; « l'avantage financier retiré par cette anticipation n'étant pas disproportionné par rapport aux inconvénients qui en résultent » pour le travailleur¹⁴³ ;
- le licenciement d'un employé sur la base de considérations financières et budgétaires, en raison d'une erreur au moment de l'engagement du travailleur, ayant pour conséquence que ce dernier ne disposait pas des diplômes requis pour l'obtention de subsides¹⁴⁴ ;
- le licenciement d'un travailleur pour cause d'absentéisme répondant aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise¹⁴⁵.

Par contre, le licenciement d'une employée justifié pour un motif économique de réorganisation admis par le juge a malgré tout été considéré comme abusif, en raison des circonstances entourant le licenciement. En effet, l'employée n'avait pas été avertie de la rupture qui, au surplus, était intervenue moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis. La Cour du travail de Liège a précisé à cet égard que « l'employeur est libre d'opter pour la prestation d'un préavis ou le paiement d'une indemnité, mais doit respecter son personnel, spécialement lorsqu'il jouit d'une longue ancienneté sans tache, en lui annonçant la mesure qu'il va prendre »¹⁴⁶. Il est intéressant de rapprocher cet arrêt de la jurisprudence développée en réponse aux actions des ouvriers fondées sur l'article 63. Comme l'indique la Cour de cassation, « un licenciement au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail n'est pas abusif lorsque le licenciement d'un travailleur engagé pour une durée indéterminée a eu lieu pour des motifs fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service »¹⁴⁷. Pour conclure au caractère régulier d'un licenciement sur la base de l'article 63, il faut se fonder « exclusivement » sur les conditions de cet article¹⁴⁸. Il suffit donc de prouver que l'un des motifs du licenciement est lié à l'aptitude ou au comportement de l'ouvrier ou aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

6. Divers

- Débauchage

¹⁴¹ C. trav. Liège, 12 novembre 2001, *Chron. D.S.*, 2003, 170, note J. JACQMAIN.

¹⁴² C. trav. Bruxelles, 20 avril 1999, *Bull. F.E.B.*, 1999, 111 ; Trib. trav. Tournai, 11 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2000, 200 ; Trib. trav. Huy, 18 février 2000, *J.T.T.*, 2000, 237 ; Trib. trav. Liège, 30 janvier 2008, R.G. 358.164.

¹⁴³ Trib. trav. Tournai, 11 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2000, 200.

¹⁴⁴ Trib. trav. Hasselt, 13 novembre 2000, *R.W.*, 2001-2002, 63.

¹⁴⁵ C. trav. Liège, 15 janvier 2004 R.G. 31.557/03.

¹⁴⁶ C. trav. Liège, 20 décembre 1999, *Chron. D.S.*, 2001, 547.

¹⁴⁷ Cass., 4 février 2002, *J.T.T.*, 2002, 473 ; *Pas.*, 2002, 332.

¹⁴⁸ C. trav. Bruxelles, 20 octobre 2003, R.G. 43331 ; C. trav. Bruxelles, 20 octobre 2003, *Chron. D.S.*, 2005, 354.

23. Le fait de licencier un travailleur peu de temps après qu'il a été débauché de chez un autre employeur peut, dans certaines circonstances, être considéré comme abusif¹⁴⁹.

Par exemple, a été considéré comme abusif le licenciement d'un employé qui avait été débauché à l'âge de 50 ans et qui n'avait fait l'objet d'aucune critique formelle et officielle. Il apparaissait que le licenciement était surtout justifié par le refus de l'employé d'accepter une diminution peu justifiée du salaire.¹⁵⁰ A également été jugé abusif le licenciement d'une employée pour motif grave, réalisé avec légèreté sept mois seulement après qu'elle ait été débauchée. À cette occasion, il a été affirmé que « le fait de licencier peu de temps après son engagement un travailleur qu'on a débauché constitue une faute créant un dommage distinct de la seule perte du dernier emploi et est, à ce titre, abusif »¹⁵¹.

À l'inverse, le licenciement d'un cadre supérieur qui avait été débauché, mais qui ne donnait pas satisfaction à l'employeur, a été jugé régulier¹⁵².

- Changement de statut

24. Ici encore, tout est question de circonstances. A été jugé abusif le licenciement d'un employé qui était, entre autres, accompagné de propositions de reclassement jugées « inacceptables » ; en l'espèce, l'adoption d'un statut d'indépendant¹⁵³. Par contre, la rupture d'un contrat de travail d'un employé en vue de le remplacer par une convention de prestations de services à titre indépendant a été jugée régulière en raison notamment du fait que le passage à un statut d'indépendant était davantage adapté à la réalité¹⁵⁴.

- Violation de l'obligation de loyauté

25. Certaines décisions utilisent l'instrument du licenciement abusif pour sanctionner un manquement par l'employeur à son devoir de loyauté par rapport au travailleur.

Ainsi, dans une espèce où l'employeur avait mis en place une caméra de vidéosurveillance en violation de la convention collective n° 68 afin de démontrer l'existence d'un motif grave de licenciement, il a été jugé que les images ainsi obtenues l'avaient été « de manière illicite et au mépris total du principe de loyauté dans l'exécution du contrat de travail et de loyauté dans les moyens de preuves recherchés par l'employeur ». Un licenciement intervenant dans de telles circonstances était par conséquent abusif.¹⁵⁵

De même, la rupture a été jugée abusive dans une affaire où l'employeur avait procédé au licenciement, moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, d'une employée dont la qualité de travail était reconnue et à qui aucune faute n'était reprochée. Le juge a ainsi retenu qu' « en dehors des hypothèses du licenciement pour motifs économiques ou techniques, l'employeur manque aux obligations de modération et de loyauté lorsqu'il met

¹⁴⁹ C. trav. Liège, 19 novembre 2001, R.G. 29582/00.

¹⁵⁰ C. trav. Liège, 15 novembre 2001, *Or.*, 2002, n° 4, 2.

¹⁵¹ C. trav. Liège, 27 mai 1999, *Or.*, 1999, n° 8-9, 3.

¹⁵² C. trav. Gand, 9 février 2004, *Chron. D.S.*, 2004, 469.

¹⁵³ C. trav. Mons, 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, 323.

¹⁵⁴ C. trav. Liège, 7 juin 2000, *Chron. D.S.*, 2002, 343.

¹⁵⁵ Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 389.

fin subitement et sur-le-champ au contrat d'un employé dont il n'a cessé de vanter les mérites et auquel aucune faute n'est reprochée »¹⁵⁶.

Dans un autre cas de figure, le licenciement d'un employé a été jugé abusif en raison du manque de loyauté de l'employeur durant l'exécution du contrat de travail. En l'espèce, un éducateur à temps partiel avait été engagé dans les liens d'un contrat de travail à durée indéterminée avec une clause d'essai. Après 2 mois de prestations, il est licencié : l'employeur invoque une inaptitude physique (surcharge pondérale) constatée par le médecin du travail dès avant l'entrée en service du travailleur. Le juge relève, à l'appui de sa décision, les éléments suivants : d'une part, l'employeur a laissé croire au travailleur qu'il avait été reconnu apte médicalement à la fonction et d'autre part, il n'a invoqué la prétendue inaptitude physique du travailleur que pour pouvoir le licencier à la fin de l'année scolaire¹⁵⁷. À cet égard, certains auteurs ont soutenu que « ce n'est pas le licenciement en tant que tel que le tribunal a entendu sanctionner » mais bien « l'attitude de l'employeur à l'engagement ou lors de l'exécution du contrat »¹⁵⁸.

Mentionnons enfin l'hypothèse d'un abus de confiance à l'égard d'une travailleuse de 23 ans. La Cour a, à cette occasion, affirmé que « le fait, en effet, d'avoir abusé de la confiance de l'intéressée (...) en soumettant à sa signature un contrat antidaté travestissant les faits pour échapper à la notification d'un préavis ou au paiement d'une indemnité compensatoire dans le cadre de la rupture rend abusif le droit unilatéral de rupture »¹⁵⁹.

B. La réparation du dommage

26. La sanction du licenciement abusif réside exclusivement dans l'obligation de payer des dommages et intérêts ; la rupture du contrat est irréversible.

En application du droit commun, le travailleur devra apporter la preuve de l'existence et de l'étendue du dommage. À cet égard, dès 1975, la Cour de cassation précisait que l'octroi de dommages et intérêts complémentaires à l'indemnité de congé est subordonné à l'existence d'un préjudice « distinct en tous ses éléments du dommage que l'indemnité de congé est destinée à réparer »¹⁶⁰. Par la suite, la Cour a précisé sa position en définissant les domaines respectifs de l'indemnité de congé et de l'indemnité pour licenciement abusif : « l'indemnité de préavis couvre de manière forfaitaire tout le dommage, matériel et moral, qui découle de la rupture irrégulière du contrat, tandis que l'indemnité pour abus de droit couvre le dommage extraordinaire qui n'est pas causé par le congé lui-même »¹⁶¹.

Le juge accordera, en principe, une indemnité couvrant exactement le préjudice réellement subi, pour autant qu'il soit distinct de la perte de l'emploi. Cependant, en pratique, il procédera fréquemment à une évaluation *ex aequo et bono*¹⁶² en raison des difficultés liées à l'estimation du dommage.

¹⁵⁶ Trib. trav. Nivelles, 8 juin 2006, *Chron. D.S.*, 2008, 266.

¹⁵⁷ Trib. trav. Bruxelles, 24 février 1999, *Chron. D.S.*, 2000, 291.

¹⁵⁸ P. BLONDIAU, E. CARLIER, T. CLAEYS, B. MAINGAIN, *La rupture du contrat de travail Chronique de jurisprudence 1996-2001*, Larcier, 2003, p. 44.

¹⁵⁹ C. trav. Liège, 10 septembre 2003, R.G. 3.471/01.

¹⁶⁰ Cass., 19 février 1975, *Pas.*, 1975, I, 622.

¹⁶¹ Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, 410, note Cl. WANTIEZ.

¹⁶² L'évaluation *ex aequo et bono* est en effet admise par la Cour de cassation. Le critère retenu étant « l'impossibilité de déterminer le montant exact du dommage ». Voyez Cass., 23 novembre 1972, *Pas.*, 1973, I, 292.

Il convient également de ne pas perdre de vue l'enseignement de la Cour de cassation suivant lequel « le droit à indemnisation pour licenciement abusif naît et se détermine dès la notification de la volonté de rupture de l'une des parties et ne saurait être affecté par un évènement ultérieur »¹⁶³.

27. À titre indicatif, voici une liste exemplative des montants des indemnités accordées par les juridictions sociales :

- 1 euro symbolique pour avoir licencié à la légère un employé pour motif grave sur la base d'une accusation de viol non établie, étant donné que le formulaire C4 n'avait pas été diffusé¹⁶⁴ ;
- 123,95 € (5.000 BEF) pour avoir convoqué un employé à une réunion en vue de le licencier¹⁶⁵ ;
- 500,00 € pour avoir licencié pour motif grave un travailleur sans lui avoir laissé le temps de mettre en application les directives reçues de l'employeur¹⁶⁶, ou encore sur la base d'une déclaration mensongère concernant la date de prise de connaissance des faits qui constituent le motif grave¹⁶⁷ ;
- 743,68 € (30.000 BEF) pour avoir licencié sans l'avertir une employée ayant 22 ans de service sans tache¹⁶⁸ ;
- 1.000,00 € pour un licenciement imputé injustement à une faute professionnelle du travailleur et accompagné d'une certaine publicité à l'égard des membres du personnel¹⁶⁹ ou encore à l'égard de l'ONEM¹⁷⁰ ;
- 1.239,47 € (50.000 BEF) pour avoir abusé de la confiance d'une travailleuse âgée de 23 ans en vue d'échapper à la notification d'un préavis ou au paiement d'une indemnité compensatoire dans le cadre de la rupture¹⁷¹, ou encore le licenciement d'une travailleuse victime d'une fausse couche le lendemain de son retour dans l'entreprise après une absence pour cause d'incapacité de travail de 16 jours¹⁷² ;
- 1.363,41 € (55.000 BEF) pour le licenciement d'un travailleur qui avait participé activement à l'élaboration du règlement de travail¹⁷³ ;
- 1.500,00 € dans les hypothèses suivantes : un licenciement pour motif grave sans que l'employeur ne puisse produire en justice le moindre élément qui permette de rendre plausible ce motif¹⁷⁴, un licenciement fondé sur des accusations non établies¹⁷⁵, un licenciement en repréailles au refus légitime opposé à la reconduction de la période d'essai¹⁷⁶, un licenciement pour motif grave fondé sur des éléments de preuve obtenus de manière illicite au moyen d'une caméra de vidéosurveillance¹⁷⁷ ;

¹⁶³ Cass., 1^{er} mars 1982, *Chron. D.S.*, 1982, 170.

¹⁶⁴ C. trav. Liège, 24 juin 2003, R.G. 7.101/2002.

¹⁶⁵ C. trav. Liège (2^e ch.), 22 février 2000, *Chron. D.S.*, 2001, 270.

¹⁶⁶ C. trav. Liège, 13 mars 2003, R.G. n° 6.932/2001.

¹⁶⁷ C. trav. Bruxelles, 9 novembre 2005 et 3 mai 2006, *Chron. D.S.*, 2007, 409.

¹⁶⁸ C. trav. Liège, 20 décembre 1999, *Chron. D.S.*, 2001, 547.

¹⁶⁹ C. trav. Liège, 7 avril 2007, *R.R.D.*, 2007, 5.

¹⁷⁰ C. trav. Liège, 2 novembre 2004, R.G. 31.494/03.

¹⁷¹ C. trav. Liège, 10 septembre 2003, R.G. 3.471/01.

¹⁷² C. trav. Liège, 12 novembre 2001, *Chron. D.S.*, 2003, 170, note J. JACQMAIN.

¹⁷³ Trib. trav. Charleroi, 15 janvier 2001, *Chron. D.S.*, 2002, 48.

¹⁷⁴ C. trav. Bruxelles, 21 septembre 2004, *Chron. D.S.*, 2006, 82.

¹⁷⁵ C. trav. Liège, 22 février 2004, R.G. 7.333/2003.

¹⁷⁶ C. trav. Liège, 24 décembre 2005, *Chron. D.S.*, 2007, 634 et *J.T.T.*, 2006, 186.

¹⁷⁷ Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 389.

- 1.735,25 € (70.000 BEF) dans le cas d'un licenciement d'un employé pour une prétendue inaptitude physique, alors que l'employeur lui avait laissé croire qu'il était apte¹⁷⁸ ;
- 1.859,20 € (75.000 BEF) pour avoir changé les serrures d'accès du bureau du travailleur dès avant le licenciement¹⁷⁹ ;
- 2.000,00 € pour avoir construit artificiellement un motif de licenciement dissimulant ainsi le motif réel du licenciement qui était d'écarter le travailleur, qui était susceptible de contrarier les pratiques illégales de l'employeur, voire même de les dénoncer¹⁸⁰ ;
- 2.478,94 € (100.000 BEF) pour le licenciement d'un pharmacien à la suite de son refus de suivre l'instruction, contraire à la déontologie, de ne plus délivrer des contraceptifs légalement et correctement prescrits¹⁸¹, pour le licenciement d'une employée pour mauvais résultats après l'envoi d'une lettre de félicitations¹⁸², pour le licenciement d'une employée débauchée en représailles à son refus d'accepter une diminution fort peu justifiée de salaire¹⁸³, dans l'hypothèse d'un licenciement pour un motif grave inexistant¹⁸⁴, dans le cas d'un licenciement fondé sur un motif ne correspondant pas à la réalité et auquel il a été donné une certaine publicité¹⁸⁵, ou enfin dans l'hypothèse d'un licenciement pour motif grave d'une employée, débauchée sept mois auparavant, réalisé avec légèreté¹⁸⁶ ;
- 2.500,00 € pour avoir licencié pour motif grave un employé sur la base d'accusations de vol non établies¹⁸⁷, ou pour avoir extorqué une démission par dol¹⁸⁸, ou encore en raison de l'absence de motivation formelle de la décision prise par une commune de licencier un travailleur¹⁸⁹ ;
- 3.718,40 € (150.000 BEF) pour un licenciement fondé sur des accusations n'ayant pas fait l'objet d'un examen sérieux par l'employeur¹⁹⁰ ;
- 4.957,87 € (200.000 BEF) pour un licenciement fondé sur des informations non vérifiées¹⁹¹, ou pour un licenciement donné sans motif préalable et entouré d'une certaine forme de publicité¹⁹² ;
- 5.000,00 € dans l'hypothèse d'un licenciement faisant suite à la proposition de lier la poursuite du contrat à la reconnaissance de malversations imputables à la travailleuse¹⁹³, ou encore dans l'occurrence d'un licenciement avec effet immédiat à l'occasion duquel l'employeur, d'une part, manque à ses obligations de modération et de loyauté et, en outre, manque aux égards dus au travailleur¹⁹⁴ ;
- 5.949,44 € (240.000 BEF) pour avoir licencié pour faute grave le travailleur d'un syndicat pour cause de sollicitations sexuelles déplacées et avérées, en raison de la publicité entourant ce licenciement¹⁹⁵ ;

¹⁷⁸ Trib. trav. Bruxelles, 24 février 1999, *Chron. D.S.*, 2000, 291.

¹⁷⁹ Trib. trav. Bruxelles, 8 décembre 2000, *J.T.T.*, 2001, 137, note Cl. WANTIEZ.

¹⁸⁰ C. trav. Mons, 6 novembre 2007, *Chron. D.S.*, 2008, 261.

¹⁸¹ Trib. trav. Bruxelles, 9 avril 2002, *J.T.T.*, 2002, 479.

¹⁸² C. trav. Bruxelles, 28 avril 2004, *Chron. D.S.*, 2005, 29.

¹⁸³ C. trav. Liège, 15 novembre 2001, *Or.*, 2002, n°4, 2.

¹⁸⁴ C. trav. Bruxelles, 17 février 1999, *Chron. D.S.*, 1999, 497.

¹⁸⁵ C. trav. Liège, 16 mars 1998, *Chron. D.S.*, 1999, 197.

¹⁸⁶ C. trav. Liège, 27 mai 1999, *Or.*, 1999, n° 8-9, 3.

¹⁸⁷ C. trav. Bruxelles, 20 octobre 2004, *Chron. D.S.*, 2005, 366.

¹⁸⁸ C. trav. Liège, 8 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 377, *Or.*, 2008, n° 7, 23.

¹⁸⁹ C. trav. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, 185.

¹⁹⁰ Trib. trav. Nivelles, 19 décembre 2001, *J.T.T.*, 2002, 69 ; Trib. trav. Bruxelles, 30 octobre 2000, *J.T.T.*, 2001, 52.

¹⁹¹ C. trav. Liège, 14 février 2002, *R.R.D.*, 2002, 132 ; C. trav. Liège, 18 octobre 1999, *J.T.T.*, 2000, 378.

¹⁹² C. trav. Liège, 23 novembre 2000, *J.T.T.*, 2001, 308.

¹⁹³ C. trav. Liège, 22 juin 2004, R.G. 7.465/2003.

¹⁹⁴ Trib. trav. Nivelles, 8 juin 2006, *Chron. D.S.*, 2008, 266.

¹⁹⁵ C. trav. Gand, 14 mai 2001, *T.G.R.*, 2002, 52.

- 6.197,34 €(250.000 BEF) pour un licenciement pour motif grave non établi¹⁹⁶ ;
- 6.200,00 € pour avoir licencié un travailleur en raison de sa candidature comme délégué syndical suppléant¹⁹⁷ ;
- 6 mois de rémunération (c'est-à-dire 6.314,29 € en l'espèce) pour un licenciement opéré en représailles à l'exercice par le travailleur de sa liberté d'expression¹⁹⁸ ;
- 6 mois de rémunération pour avoir licencié une employée en représailles à la suite d'une plainte pour harcèlement et violence¹⁹⁹ ;
- 9.915,74 € (400.000 BEF) pour avoir licencié une employée en raison de son comportement, lui-même causé par un harcèlement psychologique et moral de l'employeur²⁰⁰ ;
- 10.000,00 € pour le licenciement d'un employé jouissant d'une longue ancienneté sans tache précédé d'une modification essentielle de ses fonctions dotées d'un caractère humiliant et vexatoire, de propositions de reclassement inacceptables, et accompagné d'informations dévalorisantes et inexactes fournies à l'ONEM²⁰¹ ;
- 13.000,00 € pour avoir licencié pour motif grave un employé soi-disant en raison du refus de se laisser examiner par le médecin contrôleur, alors qu'il s'agit en réalité d'une mesure de représailles contre l'activité syndicale militante dudit travailleur²⁰² ;
- 24.789,35 € (1.000.000 BEF) pour avoir licencié un travailleur pour incapacité de travail constitutive soi-disant de force majeure après l'avoir rétrogradé sur la base d'informations confidentielles²⁰³, ou encore pour avoir licencié un employé pour motif grave non établi suivi d'un dépôt de plainte ayant entraîné la comparution de l'employé devant les juridictions pénales²⁰⁴ ;
- 50.000,00 € pour avoir licencié une employée en raison de son état d'épuisement, lui-même causé par le comportement harcelant de l'employeur à son égard²⁰⁵ ;
- 2 ans de rémunération pour avoir licencié le médecin-conseil d'une mutuelle sans respecter la procédure prévue à l'article 31,2° de l'arrêté royal n° 35 du 20 juillet 1967²⁰⁶.

Chapitre 4. L'irrésistible ascension d'un contrôle juridictionnel des motifs du licenciement ?

28. L'assujettissement du pouvoir de licencier à l'interdiction de l'abus et les potentialités du contrôle de l'abus ne permettent sans doute plus de considérer le licenciement comme un acte discrétionnaire, en ce sens que sa licéité ne serait tributaire que du respect de la légalité formelle (formalisme de la notification, observation d'un préavis ou paiement d'une indemnité compensatoire)²⁰⁷. Encore faut-il relever que les limites apportées à ce caractère discrétionnaire sont ténues si l'on met de côté la rupture pour motif grave et les protections particulières contre le licenciement.

¹⁹⁶ C. trav. Liège, 7 mai 2002, *J.T.T.*, 2002, 476.

¹⁹⁷ C. trav. Liège, 11 décembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, 447.

¹⁹⁸ C. trav. Bruxelles, 23 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, 343.

¹⁹⁹ Trib. trav. Bruxelles, 20 novembre 2007, *Chron. D.S. – n° spécial*, 2008, 756.

²⁰⁰ C. trav. Mons, 7 janvier 2005, *Journ. proc.* 2005, n° 496, 25, *Chron. D.S.*, 2005, 495.

²⁰¹ C. trav. Mons, 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, 323.

²⁰² C. trav. Mons, 14 juin 2002 et 10 juillet 2003, *Chron. D.S.*, 2004, 132.

²⁰³ Trib. trav. Bruxelles (18° ch.), 26 avril 2000, *Chron. D.S.*, 2001, 486.

²⁰⁴ C. trav. Mons, 15 juillet 1999, *J.T.T.*, 2000, 379.

²⁰⁵ C. trav. Bruxelles, 30 octobre 2007, R.G. 02581/07.

²⁰⁶ C. trav. Anvers, 3 avril 2000, *Chron. D.S.*, 2002, 36.

²⁰⁷ P.-P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », *Motivation et motifs du congé*, *op. cit.*, n° 7, p. 19.

Les mécanismes existants auraient pu déboucher sur un contrôle effectif des motifs du licenciement. La jurisprudence n'a pas suivi cette voie. Elle n'a pu parvenir à donner un contenu propre à l'intérêt de l'entreprise, en le différenciant de l'intérêt de l'employeur²⁰⁸. Ce faisant, l'occasion de donner une consistance au contrôle du détournement du droit de licencier de sa finalité s'est échappée. Par ailleurs, le critère de la disproportion manifeste entre, d'une part, les avantages que l'employeur retire du licenciement et, d'autre part, les inconvénients encourus par le salarié, n'a pas véritablement été accueilli par les juridictions du travail. En 1992, nous écrivions que le contrôle de l'abus ne paraissait pas avoir exercé sur la rupture unilatérale du contrat de travail une influence plus profonde que sur les autres branches du droit privé²⁰⁹. Par la suite, l'interprétation par la Cour de cassation de l'article 63 de la loi organique n'a pas démenti ce constat²¹⁰.

C'est ce constat qui donne une coloration passéiste²¹¹ au droit belge et rend si vivace aujourd'hui le problème du contrôle des motifs du licenciement. L'évolution du droit positif vers un tel contrôle est-elle inéluctable ? L'hypothèse est plausible. Il n'est donc pas inutile de lui consacrer quelques réflexions.

29. Plutôt que d'abandonner au juge la charge d'adapter le droit interne aux standards internationaux, il paraît souhaitable que le législateur conduise le processus du changement. La sécurité juridique devrait en être renforcée. Par ailleurs, une intervention législative pourrait plus aisément arbitrer les intérêts divergents pour dégager une solution équilibrée. Sans trop risquer de se tromper, on peut supputer que la réforme passera par une révision des délais de préavis uniformes pour les ouvriers et les employés. Des propositions précises et réfléchies ont déjà été formulées²¹² ; elles offrent au travail législatif un point de départ intéressant.

30. La restriction des motifs justifiant le licenciement constituerait assurément un changement significatif des mentalités ayant cours dans les entreprises. Sur le plan technique, la modification serait assez aisée à opérer. Il suffirait de modifier quelques articles de la loi organique de 1978. Une révision en profondeur ne serait pas nécessaire.

En particulier, la mise en place d'un contrôle généralisé des motifs du licenciement n'implique pas nécessairement la suppression du pouvoir de résiliation unilatérale. Les deux idées sont souvent associées, sans doute parce qu'elles constituent deux caractéristiques du droit belge de la résiliation unilatérale²¹³. Elles ne sont cependant pas liées. L'impact d'un contrôle des motifs sur le pouvoir de résiliation unilatérale dépend de la nature du contrôle et de la sanction. Si le contrôle est postérieur à la rupture, si la sanction tient dans le paiement d'une indemnité, le pouvoir de résiliation unilatérale reste intact. Les parties ne sont pas contraintes de supporter les liens d'un contrat dont l'une d'entre elles ne veut plus. Les choses seraient différentes si le contrôle prenait la forme d'une autorisation de licencier et/ou si la sanction résidait dans l'obligation de continuer à payer la rémunération aussi longtemps que la rupture ne s'est pas opérée conformément aux exigences légales.

²⁰⁸ J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, op. cit., pp. 191 à 196.

²⁰⁹ J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, op. cit., p. 216.

²¹⁰ Voyez *supra* n° 10 et la contribution de Madame Jourdan dans cet ouvrage.

²¹¹ M. JAMOULLE, préface à l'ouvrage *Motivation et motif du congé*, op. cit., p. 8.

²¹² D. CUYPERS, « Aspects matériels du licenciement équitable », *Travail convenable et licenciement équitable*, La Charte, 2007, p. 170.

²¹³ P.-P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », op. cit., n° 4.

31. Le contrôle juridictionnel des motifs du licenciement ne requiert pas davantage une obligation de motiver formellement l'acte de rupture. À cet égard, le droit positif montre que plusieurs solutions sont possibles. La première serait de n'imposer aucune obligation de motivation formelle. Les dispositions de droit international n'imposent pas une telle obligation. C'est ainsi que fut conçu le licenciement abusif des ouvriers. Le corollaire est que le contrôle judiciaire porte sur les motifs fournis en cours de procédure et, de manière générale, sur toutes les données régulièrement soumises au juge²¹⁴. À l'opposé, une deuxième voie, plus radicale, serait d'imposer l'obligation de notifier le ou les motifs de rupture soit au moment du congé, soit dans les jours qui suivent. Une telle obligation est présente dans la rupture pour motif grave. Elle répond à un double objectif : permettre aux destinataires du congé d'apprécier l'opportunité de contester la validité de la rupture, et circonscrire l'étendue du contrôle judiciaire aux faits notifiés²¹⁵.

Des mesures intermédiaires sont possibles. Le législateur pourrait ainsi s'inspirer du dispositif de protection de la maternité : à la demande de la travailleuse licenciée, l'employeur est tenu de communiquer les motifs du licenciement (art. 40, alinéa 2, loi du 16 mars 1971)²¹⁶. C'est cette solution qu'a retenue le droit luxembourgeois. Dans le mois qui suit la notification du licenciement, le salarié a la faculté de demander à l'employeur les motifs du licenciement. Au cours du mois qui suit, l'employeur est tenu « d'énoncer avec précision (...) le ou les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, ou fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise (...), qui doivent être réels et sérieux ». À défaut de motivation écrite répondant aux exigences légales, le licenciement est réputé abusif (art. L. 124-5, Code du travail).

32. Les attentes de l'établissement d'un contrôle de la motivation du licenciement sont importantes. Il y va, a-t-on écrit, de la dignité du travailleur²¹⁷. Le débat d'idées sur ce qui doit advenir n'interdit pas de s'interroger, dans une contribution juridique, sur les conséquences d'une réforme du droit du licenciement. Indépendamment des aspects économiques, deux points nous paraissent mériter d'être mis en évidence.

33. La mise en place d'un contrôle cohérent du licenciement suppose la réunion de plusieurs conditions. En premier lieu, le législateur devra sélectionner les motifs auxquels est subordonnée la naissance du droit. Ensuite, il conviendra de décider qui de l'employeur ou du travailleur supporte le risque de la preuve. En troisième lieu, la sanction devra être définie. Si l'option indemnitaire est retenue, on peut envisager une indemnité forfaitaire, le cas échéant modulée en fonction, par exemple, de l'ancienneté, combinée ou non avec la réparation

²¹⁴ Cass., 15 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, 1230 ; C. trav. Liège, 10 février 2000, *J.T.T.*, 2000, 376 ; C. trav. Liège, 20 août 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 412.

²¹⁵ V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, Bruylant, 2003, p. 739, n° 1050.

²¹⁶ Citons à cet égard un intéressant arrêt de la Cour du travail d'Anvers (C.trav. Anvers, 17 janvier 2005, *Chron.D.S.*, 2005, 339) selon lequel il y a lieu d'apprécier soigneusement et largement la manière dont une telle demande doit être formulée (« *hoewel die brief (...) niet uitdrukkelijk een verzoek tot het meedelen van de ware redenen voor het ontslag bevat, blijkt daaruit niettemin impliciet maar zeker dat zulks toch gevraagd werd* »). De plus, l'arrêt affirme que si l'employeur a donné suite à la demande de la travailleuse enceinte de se voir notifier par écrit les motifs du licenciement, il n'est plus admis à invoquer ultérieurement d'autres motifs, compte tenu de la finalité des dispositions prises en application de la directive européenne 92/85 (« *Wanneer de werkgever de mogelijkheid zou hebben nadien nog andere redenen aan te voeren, dan wordt de finaliteit van artikel 40 geheel teniet gedaan en wordt afbreuk gedaan aan datgene wat in de richtlijn 85/92 EEG werd beoogt (...)* »).

²¹⁷ G. DOMEZ, « La motivation du licenciement : une juste cause », *Motivation et motif du congé*, op. cit., n° 45, p. 76.

intégrale du dommage prouvé. Le type et la nature du contrôle doivent également être précisés : préalable au licenciement - obligatoire ou facultatif ? - ou postérieur au licenciement ? essentiellement judiciaire ou combinaison d'un contrôle extrajudiciaire – administratif, paritaire ? – avec un recours judiciaire ?

À cet égard, il serait de bonne politique de tenir compte des leçons du passé en livrant des indications aussi précises que possible quant à l'étendue de ce contrôle. Il s'agira certainement, d'abord, de vérifier l'exactitude des faits allégués, et ensuite de contrôler la correspondance entre ces faits et le ou les motifs retenus par la loi. Il y aura lieu aussi d'examiner si le ou les motifs invoqués sont ou non le mobile de l'employeur ; mais, sur ce point, le contrôle ne peut guère aller au-delà d'une vraisemblance. Le point délicat est de savoir si le juge est appelé à substituer son appréciation à celle de l'employeur. La pratique est fixée en ce sens pour la rupture pour motif grave. La loi pourrait indiquer cette orientation en précisant que le motif doit être valable, sérieux ou suffisant²¹⁸. L'employeur ne déciderait plus de manière souveraine ce qui est adéquat pour le bon fonctionnement de l'entreprise. Une telle orientation intégrerait le contrôle d'opportunité dans le contrôle de légalité. Elle se distancierait du contrôle marginal, fondé sur l'évidence, pratiqué jusqu'ici dans la cadre de la théorie de l'abus de droit. Là, le contrôle est allégé : le juge laisse au titulaire du pouvoir une liberté d'appréciation ; il ne sanctionne pas lorsque le titulaire du pouvoir reste en deçà de la marge dans laquelle les personnes raisonnables auraient pu prendre des décisions différentes.

33. Faire du licenciement un droit causé, c'est-à-dire une prérogative liée à un ou plusieurs motifs énoncés par la loi, aura sans doute pour effet d'améliorer la stabilité de l'emploi du travailleur engagé pour une durée indéterminée. Rien ne changera pour les salariés occupés dans un emploi précaire, tel le contrat conclu pour une durée déterminée ou le contrat de travail intérimaire.

On peut craindre que cette réforme n'apporte pas une élévation générale et uniforme de la stabilité de l'emploi, comme le ferait un allongement du préavis. À moins de dégager des moyens importants, le contrôle sera sans doute postérieur à la rupture et donc contingent. Deux facteurs au moins vont jouer. D'une part, l'information du travailleur licencié quant à l'étendue de ses droits et ses capacités intellectuelle, psychologique et financière, de provoquer le contrôle juridictionnel s'il estime avoir été arbitrairement licencié. D'autre part, les employeurs ne sont pas davantage égaux devant une telle exigence : l'entreprise de taille significative dispose de moyens pour soutenir un « dossier de licenciement », moyens dont sera dépourvu celui qui n'occupe que quelques travailleurs.

Par ailleurs, une restriction significative du pouvoir de licencier passe par un contrôle étendu ; celui-ci ne manquera pas de donner naissance à des politiques judiciaires différentes d'un tribunal à l'autre, d'un siège à l'autre. L'étendue de la protection sera donc là aussi variable.

²¹⁸ À propos des salariés miliciens, la loi du 3 juillet 1978 définit le motif suffisant comme celui « qui a été reconnu tel par le juge et dont la nature et l'origine sont étrangères aux événements ayant motivé la protection » (art. 38, § 3, al. 2).