

EXAMEN DE JURISPRUDENCE

(2013-2019)(1)

CONTRAT DE TRAVAIL

PAR

JACQUES CLESSE

PROFESSEUR ÉMÉRITE À L'ULIÈGE
AVOCAT

ET

FABIENNE KÉFER

PROFESSEUR ORDINAIRE À L'ULIÈGE

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE 1 — L'ORDRE PUBLIC ET LES LOIS IMPÉRATIVES	n ^{os} 1-2
CHAPITRE 2 — LES DROITS FONDAMENTAUX	
I. — <i>La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne</i>	n ^o 3
II. — <i>La liberté d'expression</i>	n ^{os} 4-5
III. — <i>Le droit au respect de la vie privée</i>	n ^o 6

(1) Le précédent examen (2002-2011) a été publié dans cette *Revue* en 2012, p. 185. Il sera désigné ainsi que les examens antérieurs (cette *Revue* 2003, p. 185 pour la période 1995-2001 ; cette *Revue* 1996, p. 241 pour la période 1987 à 1994 ; cette *Revue* 1988, p. 241 pour la période 1982 à 1986 et cette *Revue* 1983, p. 563 pour la période de 1978 à 1981) de la façon suivante : Examen 2012, 2003, 1996, 1988, 1983. Les auteurs remercient vivement MM. Quentin Cordier, Renaud Linguelet et Matthieu Simon, anciens assistants à l'ULiège, ainsi que M^{mes} Manon Alliance, Alexandra Copette et France Dachouffe et M. Adrien Farcy, assistants à l'ULiège, pour leur aide précieuse.



A. La Convention européenne des droits de l'homme	n ^{os} 7-8
B. La jurisprudence interne	n ^{os} 9-16
IV. — <i>L'admissibilité de la preuve illégale ou recueillie de manière illégale</i>	n ^o 17
V. — <i>La discrimination dans les relations de travail</i>	
A. Les questions communes aux différentes lois	n ^{os} 18-23
B. La discrimination fondée sur la religion ou les convictions — Le port des signes religieux	n ^{os} 24-26
C. La discrimination fondée sur le handicap	n ^{os} 27-29
D. La discrimination fondée sur l'état de santé	n ^o 30
E. La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle	n ^o 31
F. La discrimination fondée sur l'origine sociale ou la naissance	n. 32
CHAPITRE 3 — LA NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL	n ^{os} 33-38
CHAPITRE 4 — LES PRÉSOMPTIONS DE CONTRAT DE TRAVAIL	n ^{os} 39-40
CHAPITRE 5 — LES CONTRATS PRÉCAIRES	n ^{os} 41-43
CHAPITRE 6 — L'EMPLOI DES LANGUES	n ^o 44
CHAPITRE 7 — L'EXÉCUTION DU CONTRAT	
I. — <i>L'exécution en nature</i>	n ^o 45
II. — <i>La rémunération</i>	n ^{os} 46-48
III. — <i>Le transfert conventionnel d'entreprise</i>	
A. La notion de transfert d'entreprise	n ^o 49
B. Le maintien des contrats de travail	n ^{os} 50-52
C. La protection contre le licenciement	n ^{os} 53-55
D. L'entreprise en difficultés	n ^o 56
CHAPITRE 8 — LA RÉOLUTION JUDICIAIRE	n ^o 57
CHAPITRE 9 — LA RÉSILIATION UNILATÉRALE (SANS MOTIF GRAVE)	
I. — <i>Le congé</i>	n ^o 58
II. — <i>L'acte équipollent à rupture</i>	n ^{os} 59-61
III. — <i>Le congé moyennant préavis</i>	
A. La durée du préavis	n ^{os} 62-66
B. La nullité du préavis	n ^{os} 67-69
C. L'indemnité compensatoire de préavis	n ^{os} 70-72

IV. — <i>Le licenciement des contractuels du secteur public</i>	n ^{os} 73-75
CHAPITRE 10 — LA RÉOLUTION POUR MOTIF GRAVE	n ^{os} 76-80
CHAPITRE 11 — LES PROTECTIONS PARTICULIÈRES CONTRE LE LICENCIEMENT	
I. — <i>Généralités</i>	n ^o 81
II. — <i>La protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail</i>	n ^o 82-84
III. — <i>La protection contre le licenciement des délégués du personnel aux conseils d'entreprise et comités pour la prévention et la protection au travail ainsi que les candidats</i>	n ^{os} 85-89
CHAPITRE 12 — LA CONVENTION COLLECTIVE DE TRAVAIL	n ^{os} 90-91
CHAPITRE 13 — LES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE	n ^{os} 92-97
CHAPITRE 14 — LA PRESCRIPTION	n ^{os} 98-103

Chapitre 1 — L'ordre public et les lois impératives

1. La distinction entre les dispositions d'ordre public et les dispositions simplement impératives. L'interdiction générale de l'activité consistant à mettre des travailleurs à la disposition de tiers qui utilisent ces travailleurs et exercent sur ceux-ci une part quelconque de l'autorité appartenant normalement à l'employeur, comminée par l'article 31, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 juillet 1987, relève de l'ordre public, énonce la Cour de cassation (2). Il s'ensuit que la convention conclue par l'employeur et l'utilisateur en violation de cette interdiction est frappée de nullité absolue. Le moyen invoqué à l'appui du pourvoi soutenait que la nullité n'était que relative car elle sanctionnait une règle édictée dans l'intérêt exclusif du travailleur avec la conséquence que seul ce dernier était en droit de s'en prévaloir.

(2) Cass., 15 février 2016, *R.G.D.C.*, 2017, p. 40, note L. DAUMEN, « Nullité et restitutions — À propos de la nullité d'une convention portant mise à disposition de travailleurs conclue en méconnaissance de la loi du 24 juillet 1987 » (l'étude revient sur la question de la distinction entre les dispositions d'ordre public et les dispositions simplement impératives lorsque la règle est assortie de sanctions pénales). Sur la mise à disposition de personnel, voy. *infra*, n^o 43.



2. La renonciation au bénéfice d'une disposition d'ordre public ou impérative. Lors de l'examen précédent, nous avons tenté de dresser un état de la question(3). L'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 30 janvier 2017 s'inscrit dans ce tableau(4). Le travailleur ne peut, énonce en substance l'arrêt, renoncer au bénéfice d'une disposition impérative instaurant une protection en sa faveur aussi longtemps que la règle conserve sa raison d'être. Appliquée aux causes de suspension du délai de préavis en cas de licenciement (art. 38, § 2, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978), ceci a pour conséquence que le travailleur ne renonce valablement à la suspension de l'écoulement du préavis que lorsqu'elle s'est produite et uniquement pour le temps déjà couru de cette suspension. On notera que l'arrêt n'épouse pas entièrement la thèse, plus radicale, du pourvoi : il soutenait que la raison d'être de la protection subsiste jusqu'à la dissolution du contrat.

Au cours de la période couverte par cet examen, nous avons relevé deux arrêts de la cour du travail de Bruxelles(5) s'inscrivant dans le courant suivant lequel le travailleur renonce valablement à un droit de nature impérative — plus précisément le droit à des arriérés de rémunération dus en vertu d'une convention collective de travail rendue obligatoire — lorsque cette renonciation survient après la naissance du droit, à un moment où la rémunération due est devenue exigible. Cette solution est à notre sens discutable(6). Cependant, le deuxième arrêt, en raison des circonstances de l'espèce, par application du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*, prive de tout effet les renonciations successives du travailleur. Durant plusieurs années, l'employeur avait soumis systématiquement à la signature du travailleur un document par lequel celui-ci renonçait à toute réclamation relative à la rémunération échue.

(3) Examen 2012, n^{os} 3 et 4. Pour davantage de développements, voy. F. KÉFER, « La renonciation, l'abdication et la rupture du contrat de travail », *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 349 et s.

(4) Cass., 30 janvier 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 186, note C. WANTIEZ, « Les avatars de la dispense de prestations au cours du préavis ».

(5) C. trav. Bruxelles, 4 décembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 179 et 23 mars 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 386.

(6) Examen 2012, n^o 4; voy. D. CUYPERS, « Afstand van recht en dading in het Belgisch arbeidsrecht », *R.D.S.*, 2019, p. 271, n^{os} 40 et s.



Chapitre 2 — Les droits fondamentaux

Les droits et obligations des parties au contrat de travail sont de plus en plus remodelés par le droit issu du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. C'est l'un des traits marquants de ces dernières décennies. La protection de la vie privée du travailleur, déjà étudiée dans le précédent examen, a connu de nouveaux développements (III). La question de l'admissibilité des preuves (IV), qui lui est intimement liée, a, quant à elle, connu peu d'évolutions. La liberté d'expression (II), la liberté et l'égalité religieuses, la discrimination dans tous ses aspects (V), occupent une place grandissante dans le débat judiciaire, qu'il soit national ou supranational. Ces divers thèmes sont traités ci-après. Toutefois, toutes les décisions des juridictions européennes ne seront pas envisagées; ont été sélectionnées celles qui paraissent susceptibles d'avoir une influence plus ou moins significative sur la jurisprudence belge. Avant d'aller plus loin, on dira quelques mots d'un instrument supranational encore fort peu mobilisé jusqu'à présent, à savoir la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (I).

I. — LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

3. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Avec le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, la Charte des droits fondamentaux de l'Union a acquis une force contraignante, force qui est, en outre, équivalente à celle des traités (art. 6.1, TUE). Le foisonnement de textes supra-législatifs assurant le respect des droits fondamentaux, joint au fait que la Charte a un champ d'application assez restreint, conduit à se demander si celle-ci apporte une réelle plus-value à l'édifice normatif qui existait avant qu'elle soit adoptée. La réponse est sans doute nuancée mais affirmative. En effet, en tant qu'outil de l'Union européenne, la Charte s'inscrit dans le réseau des normes de l'Union. Les droits consacrés par la Charte qui ont un effet direct offrent un nouveau moyen juridique de régler les conflits entre les particuliers, puisque (i) ils ont le statut de droit primaire de l'Union et (ii) ils peuvent être invoqués directement devant le juge belge, qui devra, le cas échéant, écarter la disposition nationale contraire, et non pas simplement — comme il y est contraint lorsqu'il s'agit d'une directive — tenter de l'interpréter



de manière à ce qu'elle soit conforme au droit de l'Union (7). Plus concrètement, certaines dispositions de la Charte consacrent un droit explicité par une directive. Il en est ainsi du droit au congé annuel payé, consacré non seulement par la directive 2003/88, qui, par nature, est dépourvue d'effet direct entre les particuliers, mais aussi par l'article 31, § 2, de la Charte, auquel la Cour de justice a reconnu un effet direct horizontal (8). Le juge belge peut ainsi contourner la difficulté provenant de l'absence d'effet direct horizontal de la directive et écarter la disposition nationale contraire à la Charte. Il en va exactement de même du droit de ne pas être discriminé sur la base de l'âge ou de la religion, proclamé par la directive 2000/78 et renforcé par l'article 21 de la Charte, qui s'est vu reconnaître un effet direct horizontal (9).

II. — LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

4. Les limitations de la liberté d'expression des travailleurs salariés. Il ne fait plus de doute que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, consacrant le droit à la liberté d'expression, produit ses effets dans les relations horizontales : le juge national peut résoudre un conflit entre deux particuliers, en s'appuyant sur cette disposition ; un travailleur peut l'invoquer directement à l'encontre de son employeur (10).

Le contexte de la relation de travail conduit à des limitations du droit du salarié de s'exprimer librement (11). Comme l'indique la

(7) Voy. notamment, C. NIVARD, «Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux», in B. ABDELWAHAB et V. PARISOT (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : bilan d'application*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 31-75 ; N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 438-462 ; L.S. ROSSI, «Droits fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes 'constitutionnels' de l'Union européenne», *RTD eur.*, 2019, pp. 67 et s. ; A. BAILLEUX et C. RIZCALLAH, «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne», *J.D.E.*, 2019, pp. 369 et s.

(8) C.J.U.E., 6 novembre 2018, *Bauer*, C-569/16.

(9) Pour l'âge : C.J.U.E., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12 (de manière incidente, dans le § 47) ; pour la religion : C.J.U.E., 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16. Voy. N. MOIZARD, M. SCHMITT et M. FRAPARD, «Droit social européen», *J.D.E.*, 2019, pp. 267-268.

(10) Cour eur. D.H., 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*.

(11) Pour une étude approfondie de la question, voy. D. VOORHOOF et P. HUMBLET, «The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR», in F. DORSSEMONT, K. LÖRCHER et I. SCHÖMANN (éds), *The European Convention of Human Rights and the Employment Relation*, Oxford, Hart Publishers, 2013, pp. 237-286 ; S. GILSON et F. LAMBINET, *La liberté d'expression du travailleur salarié*, Les dossiers du BSJ, Limal, Anthemis, 2012 ; Q. CORDIER, «Le droit à la liberté d'expression du travailleur salarié : le devoir de loyauté et le *whistle-blowing*», *Rev. Dr. ULiège*, 2017, pp. 495-509.



Cour européenne des droits de l'homme, « pour pouvoir prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes. [...] Même si la bonne foi devant être respectée dans le cadre d'un contrat de travail n'implique pas un devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur, certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail » (12).

Ces limitations débouchent sur des mesures diverses : licenciement, refus de promotion, sanction disciplinaire, etc., qui constituent autant d'ingérences dans le droit du salarié de s'exprimer librement. Pour être compatible avec la Convention, l'ingérence doit être justifiée conformément à l'alinéa 2 de l'article 10. Elle doit donc être prévue par une loi, viser une des finalités admises comme légitimes par l'article 10 et être proportionnée à l'objectif poursuivi.

La condition de légalité est aisée à remplir dans les relations entre un employeur et un travailleur. En effet, sans même tenir compte des limitations opérées par des dispositions légales plus précises (13), la liberté du travailleur est limitée par l'obligation de respecter son employeur, formulée par l'article 16 de la loi du 3 juillet 1978 et par l'obligation de loyauté découlant de l'article 17, 3, b, de la même loi et de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. En outre, la Cour de Strasbourg estime que le licenciement motivé par les propos tenus par un travailleur est une ingérence prévue par la loi dès l'instant où celle-ci autorise, à l'instar de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, chacune des parties à un contrat de travail à y mettre fin sans préavis si un « motif grave » rend la poursuite de la relation de travail inacceptable pour la partie qui prend l'initiative de la rupture (14).

À la condition de finalité il est souvent satisfait par le souci d'assurer « la protection de la réputation d'autrui », notamment celle de l'employeur ou d'autres salariés de l'entreprise (15) ; l'ob-

(12) Cour eur. D.H. (Grande Chambre), 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, § 76.

(13) Par exemple, la liberté du travailleur de s'exprimer est réduite par l'obligation de tenir confidentiel tout secret d'affaires, consacrée par l'article 17, 3, a, de la loi du 3 juillet 1978, ou encore par l'article 458 du Code pénal punissant la violation du secret professionnel.

(14) Cour eur. D.H., 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*.

(15) Cour eur. D.H. (Grande Chambre), 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, § 57.



jectif d'assurer l'autorité de l'employeur ou d'un membre de la ligne hiérarchique peut entrer en considération (16) de même que les intérêts commerciaux de l'employeur (17).

L'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence fait l'objet d'une jurisprudence mouvante. Il revient au juge d'apprécier le point d'équilibre entre la liberté d'expression et l'obligation de loyauté du travailleur. La Cour européenne des droits de l'homme a égard à la nature des propos litigieux, la motivation du travailleur, le préjudice causé à l'employeur et la sévérité de la sanction (18). La question est d'autant plus délicate que, à la différence de l'agent d'un service public, le travailleur d'une entreprise du secteur privé n'est pas astreint à un devoir de réserve (19). Il dispose donc d'un droit de critique à l'égard de son employeur (20).

Dans l'appréciation de cet équilibre, il est souvent tenu compte par les juges belges de paramètres tels que l'exactitude et la pertinence des propos (21), le ton employé, le caractère dénigrant ou insultant (ou non) (22), les destinataires et le degré de publicité (23), la fonction exercée par le travailleur (24). Ainsi, relève de la liberté d'expression un blog sur lequel un représentant du personnel commente, à destination de ses collègues, les décisions du conseil d'entreprise, sans y faire figurer d'information sensible, confidentielle ou personnelle (25). Un travailleur cadre doté d'une grande ancienneté qui fait part, à « trois supérieurs hiérarchiques, et non à des collègues, à des subordonnés ou à des tiers », de sa déception professionnelle et son amertume ne fait qu'user de sa liberté d'expression de manière proportionnée (26). Dans un ordre

(16) Cour eur. D.H., 17 septembre 2015, *Langner c. Allemagne*, § 71; Cour eur. D.H., 9 janvier 2018, *Catalan c. Roumanie*, § 70.

(17) Cour eur. D.H., 5 novembre 2019, *Herbai c. Hongrie*, § 39.

(18) Cour eur. D.H., 5 novembre 2019, *Herbai c. Hongrie*, § 40.

(19) C. trav. Liège, 26 février 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 253 et *J.L.M.B.*, 2019, p. 591.

(20) C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 165.

(21) Pour un cas d'application voy. C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 165 et note S. GILSON et F. LAMBINET, « Quand le travailleur qui critique son employeur franchit-il le Rubicon ? ».

(22) Pour un cas d'application, voy. C. trav. Liège (6^e ch.), 18 novembre 2011, *Chron. D.S.*, 2013, p. 88; C. trav. Mons, 27 avril 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 402.

(23) C. trav. Liège, 16 octobre 2015, *J.T.T.*, 2016, p. 83; C. trav. Mons, 27 avril 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 402. Voy. aussi K. ROSIER, « Réflexions sur le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression sur Facebook dans le cadre des relations de travail », *R.D.T.I.*, 2012, n° 46, pp. 95-97.

(24) Voy. not., sur les critères pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme, D. VOORHOOF et P. HUMBLET, « The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR », *op. cit.*, p. 247.

(25) C. trav. Bruxelles, 21 juin 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 335.

(26) C. trav. Bruxelles, 23 octobre 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 37.



d'idées similaire, les propos critiques que le salarié, directeur général chargé de la gestion journalière, adresse à son employeur, sans publicité ni manquement aux règles de politesse, au sujet de la décision de lui retirer certaines des fonctions qui lui étaient dévolues par son contrat de travail n'excèdent pas les limites de la liberté d'expression. De même, en critiquant la gestion financière de l'entreprise, alors que des déficiences venaient d'être constatées par un rapport d'audit, et en n'adressant ses critiques qu'à ses supérieurs, il n'a pas outrepassé ses droits(27). Il a aussi été jugé que le travailleur n'avait pas dépassé les limites de son droit à la liberté d'expression dans les circonstances suivantes : un assistant social, occupé par un service de placement familial a pris la parole dans le cadre d'une émission radiophonique au cours de laquelle il a tenu des propos critiques au sujet de l'organisation du placement familial en Communauté française ; pour le juge, il a donné un avis général sur le processus de placement des enfants en famille d'accueil, dans l'intérêt des enfants, sans indiquer l'identité de son employeur ni émettre de critiques à l'égard de celui-ci(28).

En revanche, le fait que le travailleur fasse état d'informations relevant de l'intérêt général dans un bulletin d'information destiné au personnel dans le cadre d'un conflit social aigu, ne justifie pas qu'il recoure à des caricatures et des expressions offensantes à l'endroit des membres de la direction : dans son arrêt *Palomo Sanchez c. Espagne*, la Cour européenne des droits de l'homme avait déclaré qu'«une atteinte à l'honorabilité des personnes faite par voie d'expressions grossièrement insultantes ou injurieuses au sein du milieu professionnel revêt, en raison de ses effets perturbateurs, une gravité particulière, susceptible de justifier des sanctions sévères»(29). Des faits semblables ont été jugés par la cour de Mons, qui a décidé qu'un salarié, délégué du personnel, dépasse lui aussi les limites de sa liberté d'expression en diffusant sur Facebook, à l'occasion d'un conflit social, des caricatures et propos gravement outrageants qui comparent le directeur de l'a.s.b.l. qui l'emploie au directeur du camp d'Auschwitz(30).

(27) C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 165 et note S. GILSON et F. LAMBINET.

(28) C. trav. Liège, 26 février 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 253 et *J.L.M.B.*, 2019, p. 591.

(29) Cour eur. D.H. (Grande Chambre), 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, § 76. Dans le même sens, C. trav. Mons, 27 avril 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 402.

(30) C. trav. Mons, 27 avril 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 402.



De même, a été jugé justifié le licenciement pour motif grave d'une travailleuse, responsable de la stratégie de communication chez Toyota Motor Europe pour avoir publié sur son profil Twitter le message suivant : « *I hate Toyota Motor Europe and everything it stands for... because they hate people too...* » (autrement dit : « Je déteste Toyota Motor Europe et tout ce qu'elle représente... parce qu'ils détestent aussi les gens... »). Pour conclure au manquement à l'obligation de loyauté, la cour a tenu compte à la fois de la publicité et du ton dénigrant des propos mais aussi tout spécialement du fait que la travailleuse exerçait une fonction à responsabilité dans le domaine de la communication externe de l'entreprise. « De par sa fonction, elle était consciente de l'importance particulière que revêt, pour toute entreprise, sa réputation dans les médias sociaux » (31). Une solution identique est retenue au sujet du licenciement pour motif grave d'un travailleur critiquant son employeur sur sa page Facebook, en faisant part de son scepticisme au moment où la société — une entreprise cotée en bourse — cherchait à rassurer les marchés financiers. La cour a tenu compte de la position de cadre du travailleur, qui a renforcé aux yeux des tiers la crédibilité de ses affirmations (32). Il a aussi été jugé qu'une travailleuse avait dépassé les limites de son droit de critique parce qu'elle avait adressé de nombreux e-mails, y compris à des clients de l'employeur, critiquant de manière « vigoureuse » et « acharnée » la décision de son employeur de licencier le directeur général ; elle avait poursuivi dans cette voie malgré une invitation de l'employeur à cesser de mettre ainsi en cause son autorité (33).

Enfin, il a été décidé qu'un travailleur a abusé de sa liberté d'expression et risqué de porter atteinte à l'image de son employeur et de sa hiérarchie dans les circonstances suivantes. Cadre occupé dans une entreprise dont l'objet social est l'intégration sociale, il avait « liké », sur Facebook, des liens renvoyant à des mouvements qui affichaient notamment des considérations sur l'antisémitisme, le sionisme, Israël et l'artiste Dieudonné, et ce malgré une mise en garde de l'employeur à la suite de faits similaires ; la cour a décidé que, ce faisant, « il ne pouvait apparaître que comme appréciant des publications discriminatoires à connotation raciste et antisémite » (34).

(31) C. trav. Bruxelles, 14 juillet 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 482.

(32) C. trav. Bruxelles, 3 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 497.

(33) C. trav. Liège, 11 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1668.

(34) C. trav. Liège, 24 mars 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 642 et note A. FARCY, « Licencié pour un “like” : entre devoir de loyauté et liberté d'expression du travailleur » ; voy. aussi A. FARCY, « Vie privée et liberté d'expression : application aux publications et “likes” sur



5. La protection du lanceur d'alerte. La jurisprudence de Strasbourg (35) a renforcé la protection du salarié qui, au nom de l'intérêt général (36), exerce sa liberté d'expression pour dénoncer des activités ou comportements répréhensibles qui ont cours sur les lieux de travail (lanceur d'alerte ou *whistleblower*) (37). Selon la Cour, cette extension de protection peut s'imposer lorsque le travailleur concerné «est seul à savoir — ou fait partie d'un petit groupe dont les membres sont seuls à savoir — ce qui se passe sur son lieu de travail et est donc le mieux placé pour agir dans l'intérêt général en avertissant son employeur ou l'opinion publique» (38).

Cet élargissement de la protection est toutefois soumis à plusieurs conditions : «l'intérêt public» présenté par les informations divulguées, l'absence d'autres moyens pour procéder à la divulgation (39), l'authenticité des informations, la motivation c'est-à-dire la bonne foi du travailleur (40), le préjudice causé à l'employeur au regard de l'intérêt que le public pouvait avoir à obtenir cette divulgation, et la sévérité de la sanction (41).

Facebook d'un travailleur», *R.D.T.I.*, 2018, pp. 114-130. Sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg au sujet de sanctions prises à l'encontre de travailleurs pour avoir exprimé des opinions politiques en inadéquation avec les valeurs de l'employeur, voy. D. VOORHOOF et P. HUMBLET, «The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR», *op. cit.*, pp. 254 et s.

(35) Au niveau de l'Union européenne a été adoptée la directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union (*J.O.*, 26 novembre 2019), qui doit être transposée par les États membres pour le 17 décembre 2021.

(36) Sur cette notion en particulier, voy. C. BIGOT, *La liberté d'expression en Europe. Regards sur douze ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2006-2017)*, Paris, LÉGI-PRESSE, 2018, pp. 37-41.

(37) Pour plus de détails, voy. K. BLAY-GRABARCZYK, «Le statut des lanceurs d'alerte dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», *R.T.D.H.*, 2018, n° 116, pp. 858-862; D. VOORHOOF et P. HUMBLET, «The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR», *op. cit.*, pp. 269 et s. et H. DECKERS, «La liberté d'expression du "lanceur d'alerte" à l'épreuve des obligations du travailleur salarié», *Ors.*, 2016, n° 8, pp. 35-48.

(38) Cour eur. D.H., 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, § 72.

(39) «Il importe que la personne concernée procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente. La divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement» (Cour eur. D.H., 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, § 65).

(40) «Il importe donc d'établir si la personne concernée, en procédant à la divulgation, a agi de bonne foi et avec la conviction que l'information était authentique, si la divulgation servait l'intérêt général et si l'auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question» (Cour eur. D.H., 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, § 69). Voy. aussi Cour eur. D.H., 21 juin 2016, *Soares c. Portugal*, § 46; Cour eur. D.H., 9 janvier 2018, *Catalan c. Roumanie*, § 67. Voy. également : K. BLAY-GRABARCZYK, «Le statut des lanceurs d'alerte dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, pp. 863-864.

(41) Cour eur. D.H., 19 février 2019, *Marchenko c. Ukraine*, §§ 51-53.



En appliquant cette grille d'analyse au cas d'une infirmière d'un service de gériatrie licenciée pour avoir dénoncé à la Justice pénale les carences dans les soins prodigués aux personnes âgées en raison d'un manque de personnel et de normes insuffisantes, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, dans son arrêt *Heinisch*, que le licenciement de l'intéressée sans préavis a constitué une sanction exagérément sévère. Les juges « n'ont pas ménagé en l'espèce un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de préserver la réputation et les droits de l'employeur de la requérante et, d'autre part, la nécessité de protéger la liberté d'expression de celle-ci. Partant, il y a eu violation de l'article 10 » (42). Ce n'est pas pour autant que toutes les divulgations d'informations sensibles ou de propos attentatoires à la réputation de l'employeur sont couvertes par la protection du lanceur d'alerte; en effet, dans la majorité des espèces examinées par la Cour européenne des droits de l'homme (plus d'une dizaine au cours de la période sous revue), les conditions de la protection étendue n'étaient pas réunies.

S'inscrivant en tous points dans cette démarche, la cour du travail de Bruxelles a prononcé deux décisions durant la période étudiée. Dans la première, elle a jugé non fautive l'attitude d'une travailleuse d'une crèche qui avait informé l'autorité de contrôle compétente de manquements divers concernant les règles d'hygiène et de sécurité ainsi que des faits de maltraitance des enfants. Les faits de maltraitance n'ayant pu être établis, la cour du travail a appliqué les critères énoncés par la Cour de Strasbourg au sujet des lanceurs d'alertes. On observera encore que, s'agissant d'une procédure de contestation d'un motif grave de licenciement, il incombait à l'employeur de prouver l'inexactitude des faits dénoncés par la travailleuse licenciée (43).

Dans la seconde, elle a jugé que le directeur du service de régulation du transport ferroviaire — l'autorité de supervision indépendante juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toutes les entités gestionnaires d'aéroports et de tous les transporteurs aériens, comme le veut la directive 2009/12/CE du

(42) Cour eur. D.H., 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*; dans le même sens, notamment, Cour eur. D.H., 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, § 120; Cour eur. D.H., 13 janvier 2015, *Rubins c. Lettonie*, § 92.

(43) C. trav. Bruxelles, 3 décembre 2012, disponible sur juridat.be et, en sommaire, *Chron. D.S.*, 2014, p. 171 et note L. ROTTIERS, « Le sonneur de tocsin protégé par la jurisprudence ».



11 mars 2009 sur les redevances aéroportuaires —, qui s'inquiète de la réelle indépendance de son service auprès de ministres et de parlementaires membres d'une commission *ad hoc* ne commet pas de faute et agit dans le cadre de son droit à la liberté d'expression. Le fait de ne pas avoir averti de l'envoi d'un des courriers le secrétaire d'État dont il dépend et la nature de certains propos tenus sont par contre contraires à l'obligation de loyauté du travailleur vis-à-vis de son employeur(44).

III. — LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

6. Introduction. L'autorité de l'employeur sur le salarié implique, de manière certaine, un pouvoir patronal de surveiller le travailleur. Nul ne songeant plus à contester que le travailleur conserve, dans l'exercice de son activité professionnelle, le droit au respect de la vie privée, ce droit impose une frontière au pouvoir de surveillance de l'employeur. Aucune disposition du droit du travail ne fixe cependant de manière générale les contours du droit du salarié au respect de sa vie privée. Ceux-ci sont déterminés par une mosaïque de normes. Tantôt, il s'agit de dispositions relevant du droit du travail mais avec un champ d'application personnel et matériel restreints. Ainsi en va-t-il de la convention collective de travail n° 68 du 16 juin 1998 ; conclue au sein du Conseil national du travail, elle ne concerne que les entreprises du secteur privé ; son objet est limité, par surcroît, à la surveillance par caméras sur les lieux du travail. Tantôt, il s'agit de dispositions non spécifiques au droit du travail. C'est le cas des articles 124 et 125 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ou encore plus récemment de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Enfin, les règles faisant du respect de la vie privée un droit fondamental — au premier rang desquelles figure l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de son effet direct et horizontal — seront sollicitées dans les hypothèses qui ne sont pas soumises à une norme spécifique mais aussi dans les cas où elles apportent une protection plus étendue que les règles de droit interne applicables.

(44) C. trav. Bruxelles, 22 juin 2016, *J.L.M.B.*, 2019, p. 580. Comp. C. trav. Liège, 26 novembre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 209 (lanceur d'alerte licencié à un stade précoce de la procédure d'alerte).



En raison de son rayonnement, nous examinerons d'abord la portée que la Cour européenne des droits de l'homme donne à l'article 8 de la Convention dans les relations de travail (A). Dans un second temps, l'attention se portera sur la jurisprudence des juridictions du travail (B).

A. *La Convention européenne des droits de l'homme*

7. La notion de vie privée. Lors de l'examen précédent, nous relevions l'arrêt *Copland* de la Cour européenne des droits de l'homme(45). Cette décision avait retenu le critère des attentes raisonnables du travailleur pour déterminer le contenu de la notion de vie privée(46) : le travailleur pouvait-il ou non s'attendre à ce que sa vie privée soit respectée par son employeur ? L'arrêt *Bărbulescu* complète cet enseignement(47). Dans l'espèce soumise à la Cour, celle-ci constate que le travailleur avait été informé de l'interdiction d'utiliser les ressources patronales, notamment l'internet, à des fins personnelles en sorte que, observe l'arrêt, « il n'est pas certain que les règles restrictives de l'employeur aient laissé au requérant une attente raisonnable en matière de vie privée... »(48). Mais, poursuit l'arrêt, si l'attente raisonnable est un critère important, il n'est pas nécessairement décisif : « les instructions d'un employeur ne peuvent pas réduire à néant l'exercice de la vie privée sociale sur le lieu de travail ». La juridiction de Strasbourg a confirmé cette position dans un arrêt postérieur(49). En d'autres termes, même en mettant en place un dispositif qui élimine clairement toute attente raisonnable du travailleur, l'employeur ne parvient pas à exclure la vie privée de la sphère professionnelle(50).

8. Le respect de la vie privée. Dans l'arrêt *Bărbulescu*, où un employeur privé était mis en cause, la Cour examine le

(45) Examen 2012, p. 198, n° 5.

(46) Dans le même sens, Cour eur. D.H., 17 octobre 2019, *López Ribalda e.a. c. Espagne*, § 93.

(47) À ce sujet, voy. not. F. GOSSELIN, « Le licenciement fondé sur les courriels du travailleur — L'arrêt *Bărbulescu c. Roumanie* du 5 septembre 2017 et son impact pour le secteur privé, mais aussi pour le secteur public », *J.T.*, 2018, pp. 125 à 131.

(48) Cour eur. D.H., 5 septembre 2017, *Bărbulescu c. Roumanie*, § 80. F. GOSSELIN, « Le licenciement fondé sur les courriels du travailleur », *J.T.*, 2018, p. 125.

(49) Cour eur. D.H., 28 novembre 2017, *Antović and Mirković c. Montenegro*, § 43.

(50) Dans le même sens, voy. R. ROBERT et K. ROSIER, « Réglementation et contrôle de l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu du travail », in K. ROSIER (dir.), *Le droit du travail à l'ère du numérique*, Limal, Anthemis, 2011, p. 231, n°s 116 et s.

reproche, adressé par le travailleur à son employeur, de violation de la vie privée sous l'angle des obligations positives de l'État, c'est-à-dire les obligations des pouvoirs publics de prendre les mesures pour assurer le respect effectif des droits garantis par la Convention. L'arrêt ne donne pas de réponse nette à la question de savoir si l'État est tenu, pour satisfaire à ses obligations positives, d'adopter un cadre normatif visant à protéger le droit du travailleur au respect de sa vie privée dans le contexte de la relation de travail; la Cour rappelle la marge d'appréciation étendue reconnue aux États (§§ 114 à 118)(51). En revanche — et c'est le second enseignement à retirer de l'arrêt — la Cour énonce six facteurs à prendre en considération par les juridictions nationales pour faire la balance entre, d'un côté, le droit du travailleur au respect de sa vie privée, d'un autre côté, le droit de contrôle de l'employeur, notamment en mettant en place des mécanismes lui permettant de vérifier que les salariés accomplissent leur travail de manière adéquate et avec la célérité requise (§§ 124 à 127).

Le premier des six critères est sans doute le plus aisé à mettre en œuvre: «L'employé a-t-il été informé de la possibilité que l'employeur prenne des mesures de surveillance de la correspondance et de ses autres communications ainsi que de la mise en place de telles mesures?». Sur ce point, l'arrêt livre une indication complémentaire importante: il ne suffit pas que le travailleur ait été informé qu'il n'était pas autorisé à utiliser les ressources de l'entreprise à des fins personnelles; il est requis que le travailleur soit informé, préalablement à tout contrôle, de la possibilité que l'employeur mette en place des mesures de surveillance ainsi que de l'étendue et la nature de ces mesures (§ 133).

Les autres critères sont moins précis et de ce fait leur application se révèle plus malaisée par les juges nationaux: quels ont été l'étendue, dans le temps et l'espace, de la surveillance opérée par l'employeur et le degré d'intrusion dans la vie privée? L'employeur a-t-il avancé des motifs légitimes pour justifier la surveillance des communications et l'accès à leur contenu? Aurait-il été possible de mettre en place un système de surveillance reposant sur des moyens et des mesures moins intrusifs que l'accès direct au contenu des communications de l'employé? Quelles ont été les

(51) Dans le même sens d'une approche sous l'angle des obligations positives, Cour eur. D.H., 17 octobre 2019, *López Ribalda e.a. c. Espagne*, §§ 110 à 113; Cour eur. D.H., 12 novembre 2013, *Söderman c. Suède*, § 79; Cour eur. D.H., 12 septembre 2011, *Palomo Sánchez et autres c. Espagne*, §§ 53 à 68.



conséquences de la surveillance pour l'employé ? L'employé s'est-il vu offrir des garanties adéquates, notamment lorsque les mesures de surveillance avaient un caractère intrusif ?

Appliquant ces critères à l'espèce soumise à son appréciation, l'arrêt *Bărbulescu* conclut à la violation de l'article 8 dès lors qu'aucun des six critères mis en avant n'a été respecté (§§ 132 et s.).

La Cour parviendra à une conclusion différente dans une affaire relative à une surveillance par caméras de caissières soupçonnées de vol (52). L'arrêt reproduit à l'identique les six critères mentionnés ci-dessus. Appliquant ces critères à l'espèce qui lui était soumise, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 8 malgré la circonstance que les travailleuses n'avaient pas été informées préalablement de la pose de caméras cachées. Les juges de la grande chambre relèvent que l'information donnée à la personne concernée n'est que l'un des critères à prendre en considération pour apprécier la proportionnalité de la mesure. Dans les circonstances particulières à l'espèce, la Cour constate, eu égard notamment au degré assez limité de l'intrusion et à l'existence de soupçons raisonnables de graves irrégularités, que la mesure est proportionnée (§§ 132 à 134).

La Cour fut également saisie d'une requête soutenant la violation de l'article 8 en raison de l'ouverture par l'employeur de fichiers personnels stockés par le salarié sur le disque dur de son ordinateur professionnel (53). S'agissant d'un employeur public, l'arrêt examine la régularité de l'ingérence sous l'angle des obligations négatives de l'État (§§ 37 à 41). Il conclut à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention, l'ingérence étant admissible. Deux considérations paraissent avoir pesé fortement sur l'appréciation de la Cour. D'une part, l'ingérence était prévue par la loi au sens particulier donné à cette exigence par la jurisprudence de la Cour. En effet, suivant une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation de France, les fichiers créés par un salarié sur son ordinateur professionnel sont présumés avoir un caractère professionnel sauf s'ils sont clairement et précisément identifiés par le salarié comme étant personnels (§§ 43 et 44). En outre, la charte de l'utilisateur du système informatique de l'employeur

(52) Cour eur. D.H. (Grande Chambre), 17 octobre 2019, *López Ribalda e. a. c. Espagne*. Dans la même affaire, la chambre avait conclu à la violation de l'article 8 dans un arrêt du 9 janvier 2018.

(53) Cour eur. D.H., 22 février 2018, *Libert c. France*, n° 588/13.

indique que les informations à caractère privé doivent être clairement identifiées comme telles (§ 52).

B. *La jurisprudence interne*

9. Détectives privés. La licéité du rapport d'un détective privé doit être examinée au regard de deux normes ou deux groupes de normes. Le cas échéant, l'examen sera complété au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Tout d'abord, il y a lieu de vérifier le respect des prescriptions de la loi du 19 juillet 1991 sur le statut de détective privé. Celle-ci interdit à un détective privé d'espionner, de faire espionner, de prendre ou de faire prendre intentionnellement des vues de personnes se trouvant dans des lieux non accessibles au public « sans que le gestionnaire du lieu et les personnes concernées aient donné leur consentement à cette fin » (art. 5). *A contrario* n'est-il pas interdit d'espionner ou de prendre des vues de personnes se trouvant dans des lieux accessibles au public.

La cour du travail de Bruxelles a ainsi estimé que la loi du 19 juillet 1991 n'avait pas été violée dans les circonstances suivantes (54). L'assureur accidents du travail avait fait appel à un détective privé pour recueillir des informations dans le cadre d'un litige portant sur la détermination du taux d'incapacité. Le détective privé caché sur la banquette arrière d'une voiture garée sur la voie publique avait filmé le travailleur sortant par la porte d'entrée d'un immeuble d'habitation et entrant dans une voiture devant l'une des portes du garage. Étant donné que le bâtiment n'était qu'à quelques mètres de la rue et qu'il n'y avait ni clôture ni portail, le lieu où le travailleur avait été espionné était accessible au public. En outre, les actions du détective étaient visibles par tous les passants sur la voie publique.

Ensuite, dans la plupart des cas, les dispositions légales relatives à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel seront applicables dès lors qu'il y a un traitement de données à caractère personnel

(54) C. trav. Bruxelles, 18 mai 2015, inédit, R.G. 2014/AB/996, disponible sur www.juridat.be. La plupart des décisions recensées concernent la réparation des accidents du travail ; leur enseignement est cependant transposable au droit du travail.



automatisé en tout ou en partie(55). Au demeurant, ce dispositif légal est applicable à la plupart des procédés de contrôle qui affectent la vie privée du travailleur. Ainsi, plusieurs décisions ont estimé le recours à un détective privé irrégulier, dans les espèces soumises à leur appréciation, car il méconnaissait le devoir d'information de la personne concernée par le rapport du détective, devoir imposé par l'article 9 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel(56). Cette disposition fixait le contenu de l'information à communiquer mais aussi le moment de la communication. Depuis l'abrogation de la loi de 1992, ces obligations sont formulées par l'article 14 du règlement (UE) 2016/679 et les articles 37 et 38 de loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

10. Géolocalisation(57). Aucune norme ne traite spécifiquement du recours à la géolocalisation dans les relations de travail. Cependant, l'employeur recourant à ce procédé doit respecter, outre les normes fondamentales, l'article 123, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et singulièrement l'obligation d'information déjà évoquée(58). Il s'ensuit que les travailleurs concernés par un système de géolocalisation doivent faire l'objet d'une information préalable par leur employeur et des garanties doivent être mises en place pour préserver leur droit à la vie privée (par exemple, la possibilité

(55) D. MOUGENOT, « La surveillance par détective privé », in S. GILSON et V. FLOHIMONT (dir.), *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 478 et s.

(56) C. trav. Anvers, 19 juillet 2017, *Limb. Rechtsl.*, 2017, p. 289; C. trav. Anvers, 29 décembre 2015, *R.A.B.G.*, 2016, p. 969; C. trav. Liège, 6 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 298. Ont estimé que la même obligation d'information avait été respectée: C. trav. Bruxelles, 9 juin 2017, *For. ass.*, 2018, p. 95; C. trav. Bruxelles, 18 mai 2015, précité.

(57) À ce sujet, voy. e.a. N. TINE, « Géolocalisation et vie privée: où en est-on? », *Chron. D.S.*, 2015, pp. 1 à 6; O. MORENO et F. SCHAPIRA, « La surveillance du travailleur par géolocalisation », in S. GILSON et V. FLOHIMONT (dir.), *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 427 et s.; K. ROSIER, « Usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail et droit au respect de la vie privée », *R.D.T.I.*, 2012/3-4, p. 139; R. ROBERT et K. ROSIER, « Réglementation et contrôle de l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu du travail », *op. cit.*, pp. 319 et s.

(58) Au sujet de l'application de la loi du 8 décembre 1992, abrogée et remplacée par celle du 30 juillet 2018, voy. C. trav. Liège, 8 novembre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 180 et Trib. trav. Anvers, 13 février 2015, *Chron. D.S.*, 2015, p. 18.



d'utiliser un bouton « *privacy* » destiné à empêcher la localisation du véhicule)(59). Un employeur ne peut installer un système de géolocalisation sans le consentement des travailleurs, sauf à se rendre coupable d'une « violation flagrante du droit à la vie privée » des travailleurs(60). Dans le même ordre d'idées, il fut décidé qu'une simple clause introduite dans le règlement de travail signalant la présence d'un système de géolocalisation ne suffisait pas à satisfaire à l'obligation d'information préalable ; l'information doit porter sur l'utilisation du système de géolocalisation ainsi que sur les finalités d'utilisation du système(61).

11. Réseaux sociaux(62). Chaque titulaire d'un profil Facebook est amené, dans le paramétrage de son compte, à déterminer le degré d'ouverture de son profil. En résumé, trois possibilités s'offrent à lui : l'accessibilité totale de son profil et des publications qu'il contient, l'accessibilité de son profil à ses seuls « amis » (lire : contacts) Facebook ou l'inaccessibilité de son profil aux tiers. L'utilisateur de Facebook ayant opté pour l'inaccessibilité de son profil a naturellement des attentes raisonnables quant au caractère privé de ses publications : il peut escompter qu'aucun tiers ne consulte ses publications. À l'inverse, lorsque l'accessibilité du profil est entière, il n'y a point d'attentes raisonnables : les publications quittent la sphère de la vie privée. Les publications émises par un utilisateur ayant rendu son profil relativement

(59) C. trav. Anvers, 26 juin 2018, *Limb. Rechtsl.*, 2019, p. 143 ; C. trav. Mons, 14 novembre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 266. Voy. également C. trav. Liège, 8 novembre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 180 et Trib. trav. Anvers, 13 février 2015, *Chron. D.S.*, 2015, p. 18.

(60) C. trav. Gand, 2 mars 2016, *T.G.R.* — *T.W.V.R.*, 2016, p. 312.

(61) C. trav. Gand, 14 octobre 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 190.

(62) À ce sujet, voy. e.a. F. HENDRICKX, « Article 7 — Protection of Private and Family Life », in F. DORSSEMONT, K. LÖRCHER, S. CLAUWAERT et M. SCHMITT (dir.), *The Charter of fundamental rights of the European union and the employment relation*, Oxford, UK, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2019, pp. 229 à 232 ; S. CORNELIS, *Médias sociaux et droit du travail*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 27 ; K. ROSIER et S. GILSON, « Quelques aspects de l'influence des technologies sur l'évolution du droit social », in J.-F. HENROTTE et F. JONGEN (dir.), *Pas de droit sans technologie*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 176 à 207 ; H. DECKERS, « Facebook et motif grave », *Chron. D.S.*, 2013, p. 114 ; C. VAN OLMEN et S. BALTAZAR, « L'utilisation de l'internet et des courriels dans le cadre du contrat de travail : l'employeur face à ses responsabilités », *Cah. jur.*, 2013, p. 51 ; S. GILSON, F. LAMBINET et K. ROSIER, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Limal, Anthemis, 2012, p. 113 ; K. ROSIER, « Usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail et droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 140 à 142 ; C. VAN OLMEN et S. BALTAZAR, « Médias sociaux et droit social : pièges et opportunités. Quel usage peut faire l'employeur des données et propos diffusés par les salariés via les médias sociaux, du recrutement à la fin du contrat ? », *Social media : le droit ou l'anarchie ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 176 ; K. ROSIER, « Réflexions sur le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression sur Facebook », *R.D.T.I.*, 2012/1, n° 46, pp. 91 à 93 ; C. PREUMONT, « Les médias sociaux à l'épreuve du droit du travail », *J.T.T.*, 2011, pp. 354 et 355.



accessible, c'est-à-dire à ses seuls « amis », posent davantage de questions quant à leur caractère, privé ou public. Selon un courant doctrinal, pour qu'un utilisateur Facebook puisse raisonnablement croire au caractère privé des contenus qu'il diffuse sur le réseau, il doit, premièrement, avoir la maîtrise de leur publicité et, deuxièmement, le nombre de ses amis ne peut dépasser un certain seuil (63).

On retrouve ces distinctions dans une décision de la cour du travail de Bruxelles confirmant un jugement prononcé par le tribunal du travail de Louvain (64). Le tribunal avait estimé qu'en raison de son profil Facebook ouvert à tous, le travailleur avait perdu la possibilité d'invoquer le droit à la vie privée. Le jugement précise que la décision aurait été identique en présence d'un profil ouvert aux « amis » et aux « amis » des « amis » du travailleur en raison du caractère incontrôlable de la diffusion des contenus diffusés (65). L'arrêt distingue les informations publiées sur Facebook accessibles à tous de celles dont l'accès a été limité et défini. En outre, il relève que les attentes raisonnables quant au respect de la vie privée d'un utilisateur de Facebook sur des informations publiées vont varier selon qu'elles sont accessibles à tout un chacun ou pas. Ainsi, un utilisateur peut raisonnablement s'attendre à ce que les tiers ne puissent prendre connaissance des informations qu'il publie lorsque ces dernières ne sont pas accessibles à tous (66).

Le raisonnement suivi par le Conseil d'État dans l'arrêt *Bridoux*, transposable en droit du travail, s'inscrit dans le même courant (67). L'agent statutaire requérant s'était vu infliger la sanction disciplinaire de la démission d'office en raison de publications, sur Facebook, à caractère raciste. Selon lui, ces publications relevaient de sa vie privée car elles n'étaient accessibles qu'à ses « amis ». Il en déduisait donc que l'usage de ces publications

(63) S. GILSON, F. LAMBINET et K. ROSIER, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, op. cit., p. 113. Voy. ég. H. DECKERS, « Facebook et motif grave », op. cit., p. 114.

(64) C. trav. Mons, 27 avril 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 402; C. trav. Bruxelles, 3 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 497.

(65) Trib. trav. Louvain, 17 novembre 2011, *R.D.T.I.*, 2012, n° 46, p. 79.

(66) Dans un arrêt du 4 mars 2010, la cour du travail de Bruxelles s'est basée sur le fait que le travailleur n'avait pas conscience de la publicité de ses publications sur Facebook et sur le fait que « la publicité effectivement donnée aux messages publiés » était « particulièrement restreinte » pour conclure que la gravité du motif invoqué pour licencier le travailleur (la publication de propos critiques à l'encontre de son employeur et de collègues sur un groupe Facebook accessible à tous) était insuffisante (*Chron. D.S.*, 2011, p. 396).

(67) C.E., 28 novembre 2017, n° 239.993, *Bridoux*.



constituait une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La section du contentieux a fait usage du critère des attentes raisonnables sous la forme des «prévisions légitimes de l'agent». Elle a en outre rappelé que des faits relevant de la vie privée peuvent engendrer une sanction disciplinaire lorsqu'ils constituent un «manquement aux obligations professionnelles ou sont de nature à mettre en péril la dignité de la fonction». En l'espèce, a-t-elle jugé, le nombre de collègues de l'agent qui avaient accès aux publications sur Facebook était tel que ce dernier ne pouvait ignorer que ces publications étaient susceptibles d'atteindre des tiers «non autorisés». Pour prendre sa décision, le Conseil d'État a tenu compte, outre le nombre de collègues ayant accès aux publications, du fait que l'agent n'avait pas contesté le caractère public de son compte Facebook et qu'il était impossible de déterminer si les pages litigieuses étaient réservées à des personnes ciblées puisque le profil Facebook de l'agent avait été supprimé. L'arrêt conclut que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'avait pas été violé.

À propos du réseau social Twitter, la cour du travail de Bruxelles a estimé que, vu ses fonctions, la travailleuse affectée à un poste de responsable de communication ne peut soutenir valablement n'avoir pas connaissance du caractère public de messages publiés sur ce réseau. La cour en a conclu que de tels messages revêtent un caractère public (68).

12. Fouilles (69). Les contrôles dits de sortie, c'est-à-dire «les contrôles de travailleurs qui ont lieu lorsque ceux-ci quittent l'entreprise ou le lieu de travail et qui visent uniquement à prévenir ou à constater le vol des biens dans l'entreprise ou sur le lieu de travail» (70) sont soumis à des règles spécifiques établies par la convention collective n° 89 du 30 janvier 2017. Ils sont réservés aux agents de gardiennage (art. 6, § 2). Ils nécessitent le consentement du travailleur (art. 8). À cet égard, une distinction paraît devoir être effectuée entre, d'un côté, le contrôle préventif («par échantillonnage») pour lequel un accord collectif, par exemple par

(68) C. trav. Bruxelles, 14 juillet 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 482 (cette décision est détaillée *supra*, n° 4).

(69) À ce sujet, voy. e.a. N. ROBERT, «Contrôles du lieu de travail: l'employeur est-il en droit de (ba-)fouiller?», *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, S. GILSON et V. FLOHIMONT (dir.), Limal, Anthemis, 2013, pp. 397 et s.

(70) Art. 2 de la CCT n° 89 du 30 janvier 2007 concernant la prévention des vols et les contrôles de sortie des travailleurs quittant l'entreprise ou le lieu de travail rendue obligatoire par arrêté royal du 25 avril 2007.



l'intermédiaire du règlement du travail, est possible, et, d'un autre côté, le contrôle exercé en cas de suspicion de vol qui requiert le consentement individuel du travailleur (71).

13. Messagerie électronique (72). La jurisprudence opère une distinction, à première vue aisée, selon la nature privée ou professionnelle du message. D'un côté, les messages électroniques privés se trouvant dans la boîte à mails d'un travailleur sur l'ordinateur fourni par l'employeur revêtent un caractère privé; leur consultation intentionnelle par l'employeur, sans qu'une règle permettant n'ait été fixée et sans l'accord du travailleur, engendre une violation du droit à la vie privée de ce dernier (73). D'un autre côté, les messages d'un travailleur échangés dans le cadre d'une relation professionnelle et avec du matériel appartenant à l'employeur ne sont pas privés mais professionnels; la prise de connaissance de ces messages par l'employeur ne viole pas le droit à la vie privée du travailleur (74). On retrouve un écho de cette distinction privé/professionnel dans la convention collective n° 81 qui permet à l'employeur de contrôler les communications dont le caractère professionnel n'est pas contesté par le travailleur (75).

En revanche, la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques n'opère pas cette distinction: elle formule l'interdiction de principe, faite à quiconque, s'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes concernées, de prendre connaissance intentionnellement d'une communication électronique qui ne lui est pas destinée (76). C'est sur la base de cette disposition légale

(71) C. trav. Bruxelles, 21 octobre 2014, *J.T.T.*, 2015, p. 86. L'arrêt considère que le refus de contrôle, dans les circonstances de l'espèce, ne justifie pas le licenciement pour motif grave.

(72) À ce sujet, voy. e.a. K. ROSIER, « Usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail et droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 128 à 134; R. ROBERT, « Archivage des e-mails et protection de la vie privée », *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 55 à 103.

(73) C. trav. Bruxelles, 7 février 2013, *Chron. D.S.*, 2013, p. 106; C. trav. Bruxelles, 9 septembre 2016, *J.T.T.*, 2017, p. 14. Comp. Prés. Comm. Bruxelles, 25 septembre 2014, *Annuaire Pratiques du marché*, 2014, p. 711: le travailleur utilisant un ordinateur portable mis à sa disposition par son employeur en étant le propriétaire ne peut avoir d'atteintes raisonnables à la vie privée s'il l'a utilisé pour l'envoi de courriels électroniques privés.

(74) C. trav. Bruxelles, 17 janvier 2017, *Ors.*, 2017, p. 24. Cette décision s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure en la matière. Voy. ég. C. trav. Liège, 11 janvier 2007, *J.T.T.*, 2007, p. 249.

(75) Art. 11, al. 3, de la CCT n° 81 du 26 avril 2002 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard des données de communication électronique en réseau.

(76) Art. 124 et 125. Voy. R. ROBERT et K. ROSIER, « Réglementation et contrôle de l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu du travail », *op. cit.*, pp. 281 à 294.

que la Cour de cassation a cassé l'arrêt tenant pour établi le motif grave justifiant la rupture sur-le-champ du contrat de travail en se fondant sur des courriels échangés par le travailleur avec un tiers ; la décision attaquée avait estimé que, s'agissant de courriels sans rapport avec la vie privée du travailleur, ni la législation sur la protection de la vie privée ni la loi du 13 juin 2005 n'étaient applicables (77). Il ressort clairement de la décision de la Cour de cassation que le fait que l'échange de messages soit rigoureusement professionnel, sans information de nature privée, n'a nullement pour effet de soustraire la communication à l'interdiction prévue par la loi du 13 juin 2005.

À l'intersection des sphères professionnelles et privées, relevons cet arrêt du 6 janvier 2016 de la cour du travail de Bruxelles. La travailleuse soutenait avoir subi une violation de sa vie privée en raison d'un message automatique de renvoi de sa boîte à mails professionnelle vers celle du nouveau dirigeant mis en place au sein de la société (78). Selon la cour, la travailleuse ne pouvait se plaindre du fait que certains messages privés ont éventuellement été lus par certains de ses collègues étant donné qu'elle a elle-même communiqué son adresse professionnelle à des connaissances privées, « s'exposant ainsi à ce que les messages puissent être lus ».

14. Le contrôle de l'utilisation et du contenu du téléphone portable et de l'ordinateur mis à la disposition du travailleur (79). Un travailleur remettant, à la suite de son licenciement, l'ordinateur et le téléphone portables mis à sa disposition par l'employeur sans avoir effacé les informations personnelles ne peut invoquer une violation de son droit à la vie privée si son employeur prend connaissance des informations (80). Dans le même ordre d'idées, un employeur qui demande, en présence d'un huissier de justice, à des travailleurs d'ouvrir et d'imprimer des fichiers professionnels stockés sur le disque dur d'ordinateurs mis à leur disposition et lui appartenant ne commet pas d'ingérence dans leur vie privée s'ils accèdent à la demande de l'employeur et

(77) Cass., 20 mai 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 443 ; *Chron. D.S.*, 2020, p. 54.

(78) C. trav. Bruxelles, 6 janvier 2016, *Chron. D.S.*, 2016, p. 292.

(79) À ce sujet, voy. e.a. R. ROBERT et K. ROSIER, « Réglementation et contrôle de l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu du travail », *op. cit.*, p. 330.

(80) C. trav. Anvers, 15 novembre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 184.



s'il n'est pas démontré qu'ils subissent une contrainte de la part de l'employeur (81).

De même, il a été jugé que lorsqu'un employeur met à disposition d'un de ses travailleurs un téléphone portable, le travailleur doit s'attendre à ce que son employeur obtienne les décomptes détaillés délivrés par le fournisseur de téléphonie (en effet, c'est l'employeur qui est abonné au service téléphonique) et à ce que les données ainsi obtenues permettent à l'employeur de mesurer l'étendue de l'utilisation privée du téléphone (82).

L'employeur doit soumettre aux conditions de légalité, transparence et finalité son contrôle, considéré comme constitutif d'une ingérence dans le droit à la vie privée de l'utilisation par le travailleur des moyens de télécommunication mis à sa disposition sur le lieu de travail. Dans l'affaire ayant mené à l'arrêt de la cour du travail de Mons du 10 juin 2015, l'ingérence dans les données du téléphone portable du travailleur n'a pas fait l'objet d'un avertissement préalable. En outre, le contrôle effectué a dépassé ce qui était nécessaire pour réaliser le but poursuivi. Il a donc été jugé que la proportionnalité n'avait pas été respectée (83).

15. Utilisation de caméras de surveillance (84). À la marge des problèmes soulevés par les caméras de surveillance, relevons cet arrêt du 7 janvier 2015 de la cour du travail de Bruxelles (85). L'employeur avait entraîné le travailleur dans un bureau où était installée une caméra mise en état de fonctionnement afin de filmer et enregistrer l'entretien qui s'en était suivi avec le travailleur ; le but, soutenait l'employeur, était qu'au cours de cet entretien le travailleur confirme le licenciement verbal intervenu ; les images avaient été non seulement enregistrées et immédiatement visionnées mais en outre conservées. La cour a estimé que ce procédé, effectué à l'insu du travailleur (donc sans son consentement), constituait une violation du droit à la vie privée du travailleur, plus précisément, de la loi du 8 décembre 1992 et des articles 8 de la CEDH et 22 de la Constitution.

(81) C. trav. Liège, 17 novembre 2015, R.G. 2014/AN/15, disponible sur www.juridat.be.

(82) C. trav. Gand, 12 mai 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 320.

(83) C. trav. Mons, 10 juin 2015, *J.T.T.*, 2016, p. 77.

(84) À ce sujet, voy. e.a. K. ROSIER, « Usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail et droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 137-138.

(85) C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 166.

16. Mystery shopping. La régularité de ce mode de preuve a été abordée par un arrêt du 17 avril 2018 de la cour du travail de Liège (86). Le règlement de travail prévoyait un contrôle discret et inopiné via des acheteurs mystères. La décision relève qu'en l'absence de disposition spécifique (87), la légalité du procédé doit être examinée au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme mais aussi de la législation relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Sans trancher le point, l'arrêt soulève aussi la question de l'application de la loi de 1991 sur le statut du détective privé.

IV. — L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE ILLÉGALE OU RECUEILLIE DE MANIÈRE ILLÉGALE

17. L'admissibilité de la preuve illégale ou recueillie de manière illégale. Souvent mise en question lors d'une atteinte à la vie privée, l'admissibilité de la preuve illégale ou recueillie de manière illégale a fait couler beaucoup d'encre. Un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 10 mars 2008, étudié lors de l'examen précédent, avait énoncé, dans une matière qui ne relève pas du droit pénal mais du droit de la sécurité sociale, la même règle que celle des arrêts dits *Antigone* et *Manon*: «sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable».

Après quelques hésitations, une grande partie de la doctrine a interprété cet arrêt comme transposant la solution *Antigone* à la matière civile, y compris dans les litiges opposant un employeur et un travailleur. La jurisprudence du fond s'est montrée plus partagée. La question n'a pas connu d'avancée significative durant la période étudiée. Une fraction des juges estime que la Cour de cassation ne s'est prononcée qu'au sujet d'une matière relevant de l'ordre public, proche du droit pénal puisqu'il s'agit d'infliger une sanction à un assuré social, mais qu'il ne peut en être tiré aucun enseignement pour les litiges purement contractuels, de sorte

(86) C. trav. Liège, 17 avril 2018, inédit, R.G. 2017/AL/174, disponible sur www.juridat.be.

(87) Le Code pénal social, modifié par la loi du 15 janvier 2018, prévoit dorénavant la possibilité pour les inspecteurs sociaux de se présenter comme des clients ou des travailleurs pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé a été commise (art. 42/1).



que le principe séculaire de la légalité des preuves doit être maintenu (88). D'autres jugent que l'arrêt du 10 mars 2008 est un arrêt de principe consacrant l'abandon du principe de la légalité des preuves de manière générale dans les matières « civiles » (89). Ceci ne les empêche pas de rejeter des preuves illicitement récoltées lorsque leur fiabilité est entachée ou encore lorsque leur admission aurait pour effet de compromettre le droit au procès équitable (90). Ainsi, il arrive que l'enregistrement d'une conversation à l'insu de son participant soit écartée pour l'un ou l'autre de ces motifs, voire les deux (91).

L'admission par un juge d'un élément de preuve illégal ne rend pas, par elle-même, le procès inéquitable. La Cour européenne des droits de l'homme a, au cours de la période étudiée, rappelé sa jurisprudence constante en ce sens dans son arrêt *López Ribalda e. a. c. Espagne*. Le rôle de la Cour n'est pas de se prononcer sur l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui relève du juge interne, mais d'apprécier si l'utilisation d'une preuve méconnaît l'équité de la procédure dans son ensemble. Pour déterminer si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme a ou non été violé, il faut « prendre en compte toutes les circonstances de la cause et se demander en particulier si les droits de la défense ont été respectés et quelles sont la qualité et l'importance des éléments en question. Il convient de rechercher en particulier si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également en compte la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité et de son exactitude ». En l'espèce, déjà évoquée (92), des caissières d'une chaîne de supermarchés avaient été filmées en train d'aider des collègues et des clients à voler des produits et d'en voler elles-mêmes. Les images avaient été obtenues par des caméras installées de manière illégale, à défaut pour l'employeur d'avoir respecté son obligation d'informer le personnel de la présence de ces caméras. Les images

(88) C. trav. Bruxelles, 7 février 2013, *Chron. D.S.*, 2013, p. 106; C. trav. Bruxelles, 4 août 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 390; C. trav. Anvers, 19 juillet 2017, *Limb. Rechtsl.*, 2017, p. 289; C. trav. Liège, 8 novembre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 180.

(89) C. trav. Bruxelles, 3 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 497; C. trav. Mons, 10 juin 2015, *J.T.T.*, 2016, p. 77.

(90) C. trav. Bruxelles, 12 juin 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 364.

(91) C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 166. *Contra*, C. trav. Liège, 20 novembre 2014, R.G. 2014/AL/54, disponible sur www.juridat.be.

(92) *Supra*, n° 8.



avaient ensuite été utilisées comme preuves au cours du procès civil qui s'ensuivit. Les travailleuses avaient eu amplement l'occasion de contester aussi bien l'authenticité que l'usage des matériaux recueillis au moyen de la vidéosurveillance. La Cour a jugé les preuves solides au point de ne pas nécessiter d'être corroborées par d'autres éléments ; elles ne constituaient en outre pas les seules preuves dont disposait l'employeur ; la Cour a relevé que les droits de la défense avaient été respectés et que le droit au procès équitable n'avait pas été méconnu (93).

V. — LA DISCRIMINATION DANS LES RELATIONS DE TRAVAIL

La transposition des diverses directives européennes relatives à l'égalité de traitement a été réalisée en droit belge par le biais d'un dispositif législatif composite. Plusieurs lois, des décrets, des conventions collectives, assurent cette transposition. En outre, le législateur belge a opté pour une liste de critères plus large que ce que requérait le droit européen. La jurisprudence est très abondante et il n'est pas possible, dans le format de cette étude, de l'évoquer dans sa totalité. Une sélection, forcément discutée, doit donc être effectuée. On commencera par aborder les questions communes aux différentes lois avant d'examiner la jurisprudence relative à certains des critères protégés.

A. *Les questions communes aux différentes lois*

18. La notion de condition du licenciement. La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination a un champ d'application matériel très large ; son article 5 vise tous les aspects de la relation de travail, et notamment, « la fixation et l'application des conditions et des modalités du licenciement ». Un arrêt de la Cour de cassation du 7 septembre 2015 éclaircit cette notion ; l'espèce était régie par la loi précédente, celle du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, mais les deux lois ne diffèrent pas sur ce point. Une convention collective d'une entreprise du secteur bancaire prévoyait, au bénéfice d'une catégorie de salariés, une protection renforcée contre le licenciement qui perdurait jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de 60 ans au cours d'une période déterminée. Le travailleur alléguait être victime d'une discrimination fondée sur l'âge. La cour du

(93) Cour eur. D.H., 9 janvier 2018, *López Ribalda e.a. c. Espagne*, §§ 82 et s., et (Grande Chambre), 17 octobre 2019, §§ 150 et s.



travail de Bruxelles l'avait débouté, considérant que, en l'espèce, « l'âge n'est pas un motif ou un critère de licenciement mais seulement [...] un critère de fin de protection contre le licenciement [...]. La convention n'instaure pas de conditions de licenciement, mais uniquement une protection renforcée contre le licenciement » pour une catégorie de travailleur. Elle avait conclu qu'il n'y a pas de « différence de traitement fondée sur l'âge portant sur les conditions de licenciement » (94).

La Cour de cassation a cassé l'arrêt attaqué en constatant, à juste titre, que « la perte d'une protection contre le licenciement constitue une condition de licenciement » au sens de la disposition pertinente (95). De cet arrêt il résulte non pas que la clause litigieuse serait discriminatoire mais que sa validité doit être examinée au regard de la loi tendant à lutter contre les discriminations.

19. L'intérêt à agir des groupements d'intérêts. La loi du 10 mai 2007 permet aux groupements d'intérêts d'exercer, aux conditions qu'elle énonce, une action en cessation d'une discrimination. L'article 31 de cette loi subordonne la recevabilité de l'action à la preuve que le groupement a reçu l'accord de la victime, lorsque celle-ci est une personne physique ou une personne morale identifiée.

Dans une espèce soumise à la Cour de cassation, un employeur avait diffusé, sur le site du VDAB et dans plusieurs journaux, des offres d'emploi, en précisant une tranche d'âge. Un homme intéressé par l'annonce avait signalé au VDAB qu'en tant que travailleur plus âgé, il se sentait discriminé par cette annonce. Le centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, informé de la chose par le VDAB, avait assigné l'employeur en cessation d'une discrimination fondée sur l'âge, et ce sans avoir reçu l'accord du travailleur en question. Il affirmait que son action était recevable parce qu'il agissait dans l'intérêt d'un nombre de victimes indéterminé, hypothèse pour laquelle l'accord des victimes n'est pas requis. La cour du travail avait déclaré l'action du centre irrecevable étant donné qu'une plainte a été formulée par une personne physique identifiée et que le centre ne fournissait

(94) C. trav. Bruxelles, 28 mai 2013, R.G. 2008/AB/51023, disponible sur www.juridat.be.

(95) Cass., 7 septembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1158, *Pas.*, 2015, p. 1949, et conclusions du ministère public.



pas la preuve qu'il avait reçu l'accord de cette personne ; la cour du travail avait en outre estimé que ce n'est pas « parce que d'autres personnes non identifiées de manière individuelle auraient également pu être victimes de la discrimination fondée sur l'âge dont il est fait état que le centre aurait automatiquement acquis, après le dépôt d'une plainte par une victime identifiée de manière individuelle, le droit de substituer à cette demande dans la procédure en cours une action en cessation au profit d'une collectivité non identifiable ».

Par un arrêt du 11 juin 2018, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour du travail. En faisant référence aux travaux préparatoires de la loi, elle a décidé que « la condition de recevabilité prévue par l'article 31, à savoir l'accord de la victime, ne doit pas être remplie lorsque la discrimination affecte un nombre indéterminé de personnes » (96) ; dans l'interprétation de la Cour, le fait que l'une des victimes soit identifiée est donc un élément indifférent.

20. La preuve de la discrimination. Faits permettant de présumer une discrimination. Suivant l'article 28, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, lorsque le demandeur « invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination » (97). Cette disposition est directement inspirée de la directive 2000/78 qu'elle transpose.

Au cours de la période sous revue, plusieurs arrêts sont revenus sur l'objet de la preuve à rapporter par celui qui se prétend victime d'une discrimination. Il ne suffit pas d'alléguer des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination mais il est nécessaire de les prouver (98). En outre, le demandeur doit apporter la preuve de faits qui semblent indiquer que le traitement défavorable dont il se plaint est motivé par des raisons illicites (99). Pour cela, il faut établir, à tout le moins, que

(96) Cass., 11 juin 2018, *R.W.*, 2018-19, p. 1629 et conclusions du ministère public ; *Chron. D.S.*, 2018 (sommaire), p. 249 et note J. JACQMAIN.

(97) Pour des exemples de « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination », voy. les références inédites citées par A. MORTIER et M. SIMON, « Licencié en raison des absences médicales passées : une discrimination ? », *J.T.T.*, 2018, p. 85, n^{os} 14-15.

(98) C. trav. Bruxelles, 10 septembre 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 482 ; C. trav. Bruxelles, 11 septembre 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 477.

(99) C. trav. Anvers, 18 décembre 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 317.



l'employeur a connaissance de l'un des critères protégés dans le chef du travailleur: il doit être au courant d'une grossesse, d'un handicap, etc. (100). Est considérée comme suffisante pour faire naître une présomption de discrimination sur la base de l'état de santé actuel le licenciement fondé au moins partiellement sur des absences pour cause de maladie et notifié à un moment où le travailleur est malade (101).

Quant au renversement de la présomption par l'employeur, celui-ci échouera s'il y a un lien causal même partiel entre le traitement défavorable et un critère protégé (102).

Dans un arrêt du 25 avril 2013, la Cour de justice a considéré que les propos émis dans les médias par un actionnaire d'un club de football, suivant lesquels il préférerait ne pas engager un joueur homosexuel, permettraient de présumer l'existence d'une telle politique discriminatoire dans le chef de l'employeur lui-même, en dépit du fait que les déclarations suggestives de l'existence d'une politique d'embauche homophobe émanaient d'une personne qui n'était pas juridiquement capable de lier le club en matière d'embauche mais semblait jouer un rôle important dans la gestion de cet employeur (103).

21. L'indemnité forfaitaire. Constitutionnalité. La réparation du dommage peut consister, au choix de la victime, soit en une indemnisation du dommage réellement subi, dont elle doit prouver l'ampleur, soit en une indemnité forfaitaire (art. 18, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2017). Dans le second cas, le forfait est déterminé selon ce qui est indiqué à l'article 18, § 2 (104). Ce forfait est de 650 euros ou 1.300 euros selon que l'auteur de la discrimination peut ou ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination; il ne couvre que le préjudice moral de la victime. Toutefois, dans les relations de travail, le forfait est fixé à trois

(100) C. trav. Bruxelles, 6 janvier 2012, *Chron. D.S.*, 2014, p. 410; C. trav. Bruxelles, 11 septembre 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 477.

(101) C. trav. Anvers, 5 juin 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 473.

(102) C. trav. Bruxelles, 10 septembre 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 482.

(103) C.J.U.E., 25 avril 2013, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, aff. C-81/12, § 49. Voy. notamment pour une analyse de cet arrêt, E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Droit de l'égalité et de la non-discrimination (2013)», *J.E.D.H.*, 2014, pp. 223-224.

(104) Les mêmes règles sont inscrites dans l'article 23 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes («loi genre») et dans l'article 16 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie («loi race»).



mois ou six mois de rémunération selon que l'employeur peut ou ne peut pas démontrer que le traitement litigieux aurait été adopté en l'absence de discrimination. Ce forfait est supposé couvrir tant le dommage moral que matériel. Il est ramené aux sommes de 650 et 1.300 euros si le dommage matériel peut être réparé par l'application de la sanction de nullité.

La constitutionnalité de cette différence de régime a été examinée par la Cour constitutionnelle. Celle-ci a jugé la différence de traitement entre les personnes discriminantes à l'abri de tout reproche. En particulier, la Cour épingle le fait que le législateur belge est contraint, par la directive européenne, d'adopter des sanctions efficaces, adéquates, suffisamment dissuasives et « analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires » (105). Une indemnisation forfaitaire de six mois de rémunération brute correspond aux standards prévus par la loi belge en cas de non-respect des règles en matière de protection contre le licenciement. La Cour relève en outre que la disposition litigieuse réduit le forfait de moitié lorsque l'employeur démontre qu'il aurait de toute façon adopté la même mesure en l'absence de discrimination (106).

22. Le cumul des indemnités. L'article 18, § 2, 2°, de la loi « cadre général » du 10 mai 2007 ne règle pas la question du cumul de l'indemnité forfaitaire due à la victime d'une discrimination avec d'autres indemnités dues en cas de rupture du contrat de travail. Dès lors, *a priori*, le cumul avec d'autres indemnités est possible dans la mesure où aucune disposition légale ne l'interdit, à condition toutefois qu'elles obéissent à des finalités distinctes et que l'octroi de ces différentes indemnités n'ait pas pour effet de réparer deux fois le même dommage (107). Les hypothèses de cumul sont donc réduites.

Le cumul est possible avec l'indemnité compensatoire de préavis ; sur ce point, il n'y a guère de doute. Il est aussi admis entre l'indemnité prévue par l'article 23 de loi « genre » du 10 mai 2007 et celle prévue par l'ancien article 63 de la loi du 3 juillet 1978 sanctionnant le licenciement abusif. La cour du travail de Bruxelles l'a reconnu au bénéfice d'un ouvrier d'une entreprise de déménagement qui avait été licencié en raison de son changement

(105) Not. C.J.C.E., 11 octobre 2007, *Paquay*, aff. C-460/06, § 52.

(106) C. const., 7 juin 2018, n° 70/2018.

(107) Voy. *infra*, n° 88.



de sexe. Selon la cour, la seconde de ces indemnités a pour finalité la stabilité d'emploi et indemnise la perte injustifiée d'emploi, tandis que la première a pour but d'assurer l'effectivité du dispositif de lutte contre la discrimination et vise à réparer le dommage spécifique découlant de la discrimination, de sorte qu'elles peuvent être cumulées (108).

À l'inverse, l'indemnité de protection de la maternité, prévue par l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, qui répare forfaitairement le dommage matériel et moral subi par la travailleuse irrégulièrement licenciée, a pour finalité de la protéger contre la discrimination entre les femmes et les hommes; l'objet de la protection étant identique à celui poursuivi par l'article 23, § 2, 2^o, de la loi « genre » du 10 mai 2007, la jurisprudence s'oppose au cumul des indemnités (109).

23. La protection des témoins contre les mesures de rétorsion. L'article 22 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes protège contre les mesures de rétorsion le travailleur qui a déposé plainte. La protection est également d'application aux personnes « qui interviennent comme témoin par le fait que, dans le cadre de l'instruction de la plainte visée au paragraphe 3, elles font connaître, à la personne auprès de qui la plainte a été introduite, dans un document daté et signé, les faits qu'elles ont elles-mêmes vus ou entendus et qui sont en relation avec la situation qui fait l'objet de la plainte [...] ».

Dans une espèce soumise à la Cour de justice, le témoin licencié avait, au cours de l'instruction de la plainte d'une travailleuse, apporté son soutien par la voie d'e-mails et non par la voie d'un document daté et signé. La question qui s'est posée est celle de savoir si, en ne protégeant le témoin que si son témoignage répond à des exigences formelles, la loi belge méconnaît l'article 24 de la directive 2006/54(110), dont le champ d'application est très large: il inclut tous les travailleurs susceptibles de faire l'objet de mesures de rétorsion prises par l'employeur en réaction à une

(108) C. trav. Bruxelles, 17 février 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 285.

(109) C. trav. Mons, 15 mars 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 417 et note F. VAN OETEREN; C. trav. Bruxelles, 3 septembre 2014, *J.T.T.*, 2015, p. 388; C. trav. Mons, 26 octobre 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 266 (avec quelques nuances dans la motivation).

(110) Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.



plainte déposée au titre d'une discrimination fondée sur le sexe, sans autre précision. Selon la Cour de justice, la protection que l'article 24 impose aux États membres de mettre en place n'est pas limitée «aux seuls travailleurs qui ont déposé plainte ou à leurs représentants, ni à ceux qui respectent certaines exigences formelles conditionnant la reconnaissance d'un certain statut, comme celui de témoin, telles que celles prévues par la loi genre en cause au principal» (111). Il convient dès lors d'identifier les bénéficiaires de la protection contre les rétorsions, «non pas à partir de critères formels, mais sur la base du rôle que ces travailleurs ont pu jouer au bénéfice de la personne protégée et qui a pu conduire l'employeur concerné à prendre des mesures défavorables à leur encontre» (112). La loi belge n'est donc pas conforme à la directive.

La Cour s'est prononcée sur le fondement d'une directive en particulier, la directive 2006/54. Toutefois, la similitude de rédaction de l'article 24 de celle-ci et des dispositions protégeant contre les mesures de rétorsion contenues respectivement dans l'article 11 de la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et dans l'article 9 de la directive 2000/43 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique autorise à penser que l'analyse de la Cour serait retenue pour l'interprétation de ces deux dernières (113).

B. *La discrimination fondée sur la religion
ou les convictions — Le port des signes religieux*

La question de la discrimination religieuse a, durant la période étudiée, été marquée par le très vif débat entourant l'interdiction du port de signes religieux sur les lieux de travail. Depuis une dizaine d'années, en effet, les juges belges et européens sont amenés à se prononcer à une fréquence étonnante dans des conflits opposant un employeur à une travailleuse désirant porter le voile au travail.

(111) C.J.U.E., 20 juin 2019, *Hakelbracht*, aff. C-404/18, § 28.

(112) §§ 29 et 37.

(113) Dans le même sens, en raison du fait que la Cour s'est appuyée sur le principe de protection juridictionnelle, R. MERTENS, « Arrêt 'Hakelbracht' : droit de la non-discrimination et protection effective contre les mesures de rétorsion émanant de l'employeur », *J.D.E.*, 2019, p. 403.



24. Le débat sous l'angle de la liberté religieuse (art. 9 de la Convention européenne des droits de l'homme). La controverse a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme à plusieurs reprises, sur le terrain de la liberté religieuse garantie par l'article 9 de la Convention. L'arrêt *Eweida* y apporte une réponse nuancée. Deux affaires différentes portant sur cette question sont examinées dans le même arrêt. Dans les deux cas, une travailleuse entendait porter une croix chrétienne en dépit du règlement de l'entreprise qui l'interdisait. Dans l'une des affaires, la travailleuse était infirmière dans un service de gériatrie. Dans la seconde, il s'agissait d'une travailleuse de la British Airways, qui imposait un uniforme et n'autorisait le port d'aucun bijou mais permettait en revanche le port du *hijab* et du turban sikh. L'infirmière a perdu son procès à Strasbourg tandis que l'autre travailleuse a obtenu gain de cause. La différence entre les deux espèces tient aux circonstances de fait. Dans la première hypothèse, l'interdiction de porter une croix était sans aucun doute une atteinte à la liberté de la travailleuse de manifester sa religion mais elle n'était ni disproportionnée à l'objectif légitime poursuivi par l'employeur, à savoir la santé et la sécurité de l'infirmière et des patients, ni discriminatoire puisque les autres infirmières, qu'elles soient chrétiennes ou non, ont subi la même restriction (114). Dans l'autre affaire, l'employeur faisait valoir le désir de défendre une image de l'entreprise. Cet argument n'est pas condamné par la Cour européenne des droits de l'homme, qui considère que «la volonté qu'avait un employeur de projeter une certaine image commerciale [est] assurément légitime» (115). Mais la Cour reconnaît toutefois que cet objectif est moins important que d'autres, tels les impératifs de santé et de sécurité qui peuvent conduire un hôpital à interdire à une infirmière de porter une croix (116). En outre, l'incohérence de la compagnie aérienne, qui admettait certains signes religieux très voyants et en refusait d'autres plus discrets, jointe à un retournement de situation — l'employeur avait fini par accueillir la demande de la travailleuse

(114) Cour eur. D.H., 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, § 100. La Cour ajoute que, puisqu'il n'y a pas de violation de l'article 9, elle ne peut pas non plus constater de violation des articles 14 (discrimination) et 9 combinés, car les éléments à mettre en balance dans l'appréciation de la condition de proportionnalité seraient les mêmes dans les deux cas (§ 101).

(115) Cour eur. D.H., 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, § 94.

(116) § 99.

au bout de quelques mois — ont conduit la Cour à constater une violation de la liberté religieuse.

Dans la décision *Ebrahimian c. France*, où était en cause l'interdiction du port d'une coiffe islamique faite à une employée d'un hôpital public, la Cour de Strasbourg a jugé qu'il n'y avait pas de violation de la liberté religieuse parce que la mesure d'interdiction visait la protection des droits et libertés d'autrui ; par son exigence de neutralité imposée au personnel, l'employeur entendait à la fois préserver le respect de toutes les croyances religieuses et orientations spirituelles des patients, usagers du service public, ainsi que leur égalité de traitement sans distinction de religion (117).

25. Le débat sous l'angle de l'interdiction des discriminations, directes et indirectes (la directive 2000/78/CE).

La Cour de justice de l'Union européenne a ensuite été interrogée par deux fois, dans les affaires *Achbita* et *Bouagnaoui* (118). Pour savoir si le droit à l'égalité de traitement sur la base du critère de la conviction religieuse est compatible ou non avec une interdiction de porter un symbole religieux, une question cruciale doit être préalablement résolue : le refus d'autoriser un salarié à porter un symbole religieux est-il une distinction directe ou indirecte ? Si, comme dans l'affaire *Eweida*, un employeur interdit tous les types de bijoux, ce qui empêche une travailleuse chrétienne d'arborer une croix en pendentif, ce n'est pas en tant que chrétienne que la salariée est visée par la mesure ; la distinction n'est donc pas directement fondée sur le critère de l'appartenance religieuse. Il en va de même de l'interdiction de porter quelque couvre-chef que ce soit ; le port d'un hidjab est banni à l'égal des casquettes de base-ball et non pas en tant que symbole religieux. Par contre, lorsqu'un employeur interdit tous les signes convictionnels en raison d'une volonté de neutralité religieuse et philosophique, la qualification est plus difficile à faire. Opère-t-il une distinction directe ou une distinction indirecte ? Les avis sont partagés (119).

(117) Cour eur. D.H., 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France*, § 53.

(118) C.J.U.E., 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15 ; C.J.U.E., 14 mars 2017, *Micropole Univers*, aff. C-188/15.

(119) En faveur de la discrimination indirecte, voy. L. VICKERS, *Religion and belief discrimination in employment — The EU Law*, Commission européenne, direction générale Emploi, affaires sociales et égalité des chances, UG2, 2006, pp. 43-44 et, du même auteur, « Freedom of religion and belief », in F. DORSSEMONT, K. LÖRCHER et I. SCHÖMANN (éds), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 233. En faveur de la discrimination directe, E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Affaires *Achbita* et *Bouagnaoui* : entre neutralité et préjugés », *R.T.D.H.*, 2017, n° 112, pp. 1027-1028 ; College voor de rechten van de mens, 16 mai 2013, n° 2013-62 (disponible sur <https://mensenrechten.nl>).



La différence entre les deux types de distinctions est parfois ténue. Elle est pourtant d'une importance capitale puisque les moyens permettant de justifier l'une et l'autre sont très différents : si la distinction est indirecte, il suffit que la finalité de la mesure soit légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires (art. 2, § 2, b, i) ; dans l'autre cas, l'interdiction n'est admissible que si elle est justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante (art. 4).

L'affaire *Achbita* oppose une travailleuse et une entreprise de la région d'Anvers. L'employeur interdit tous les signes convictionnels. M^{me} Achbita est licenciée parce qu'elle refuse de se conformer à cette règle et entend porter un foulard islamique (120). La Cour de justice est saisie d'une question préjudicielle par la Cour de cassation. Dans l'affaire *Bouagnaoui*, dont l'action se déroule en France, la travailleuse avait été licenciée pour avoir refusé d'ôter son voile, sans que l'interdiction figure dans le règlement de travail de l'employeur ; le licenciement faisait suite à une réclamation d'un client. La Cour de justice est saisie d'une question préjudicielle par la Cour de cassation française.

La controverse continua de déchirer la doctrine, à la suite des conclusions — très riches — des deux avocats généraux diamétralement opposés (121), en raison de conceptions divergentes de ce qu'est, notamment, une discrimination.

Sans entrer dans tous les détails de l'analyse que ces arrêts requièrent (122), on peut résumer comme suit les réponses de la Cour de justice. Le premier enseignement porte sur la différenciation entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. En l'absence de règle interne prohibant de manière générale tout signe convictionnel, en d'autres termes si l'interdiction de porter un voile résulte d'une demande isolée d'un client déterminé, elle est dirigée contre un symbole d'une religion en particulier. Elle est

Comp. G. BUSSCHAERT et S. DE SOMER, « Port des signes convictionnels au travail : la Cour de justice lève le voile ? — À propos de l'arrêt *Achbita* n° C-157/15 du 14 mars 2017 », *J.T.T.*, 2017, n° 1282, pp. 278-279.

(120) C. trav. Anvers, 23 décembre 2011, *Chron. D.S.*, 2014, p. 346.

(121) Conclusions de l'avocat général KOKOTT, présentées le 31 mai 2016 dans l'affaire *Achbita* C-157/15, et de l'avocat général SHARPSTON, présentées le 13 juillet 2016 dans l'affaire *Bouagnaoui* C-188/15, disponibles sur le site de la Cour de justice.

(122) On a consacré ailleurs de très longs développements à la question, auxquels le lecteur est renvoyé (F. KÉFER, « L'expression des convictions religieuses dans les relations de travail », *R.D.S.*, 2017, pp. 527 et s., n^{os} 55-67 et réf. citées). Voy. également E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Affaires *Achbita* et *Bouagnaoui*. Entre neutralité et préjugés », *R.T.D.H.*, 2017, pp. 1017-1037.



une discrimination directe. En revanche, l'interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de cette directive, puisque ladite règle traite de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise, en leur imposant, de manière générale et indifférenciée, notamment une neutralité vestimentaire s'opposant au port de tels signes. Cependant, la mesure en apparence neutre pourrait désavantager en fait les personnes d'une religion ou conviction déterminée et instaurer une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou sur les convictions.

La Cour de justice aborde ensuite les justifications possibles des différences de traitement. La distinction directe fondée sur la religion ne peut être justifiée que par une exigence professionnelle essentielle et déterminante ; le désir de l'employeur de respecter la préférence du client ne peut, en raison de son caractère subjectif, constituer une telle exigence (123). Sur ce point, l'apport de l'arrêt pour le droit belge est relativement limité puisque, s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi, la jurisprudence belge était déjà fixée en ce sens (124) ; mais la Cour de justice ne l'avait jamais dit elle-même (125).

Pour ce qui est de la distinction indirecte, la Cour donne une série d'indications permettant au juge interne d'apprécier si le code vestimentaire est justifiable, autrement dit s'il poursuit un objectif légitime et s'il est raisonnable, c'est-à-dire approprié et nécessaire pour atteindre ce but. Tout comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a déclaré dans l'affaire *Eweida*, la Cour de justice considère que le désir de projeter une image neutre de l'entreprise est légitime. L'interdiction d'arborer des signes religieux est un moyen approprié pour assurer l'application efficace d'une politique de neutralité. Enfin, comme dans l'arrêt *Eweida*, il faut que cette politique soit appliquée de manière cohérente et systématique. Cette condition est posée pour éviter qu'une politique

(123) C.J.U.E., 14 mars 2017, *Micropole Univers*, aff. C-188/15, § 40.

(124) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2722/1, p. 49 ; C. trav. Bruxelles, 28 août 2009, *Chron. D.S.*, 2009, p. 260.

(125) Seul son avocat général s'était prononcé à ce sujet dans ses conclusions précédant l'arrêt *Feryn* (concl. précédant C.J.C.E., 10 juillet 2008, *Firma Feryn*, aff. C-54/07, § 18).



d'entreprise frappe une religion en particulier(126). L'interdiction patronale doit enfin être limitée au strict nécessaire. Tel est le cas, à tout le moins, lorsque l'interdiction est faite aux seuls travailleurs en contact avec la clientèle; le juge peut aussi prendre en considération le fait qu'un autre poste de travail sans contact visuel avec la clientèle a été proposé à l'intéressé(e)(127).

Du rapprochement de ces deux arrêts on peut déduire que, selon la Cour de justice, le désir de l'employeur de satisfaire les préférences de sa clientèle peut se traduire par une politique de neutralité cohérente et systématique, mais pas par une mesure dirigée contre une religion déterminée ou une pratique religieuse précise.

Recevant la réponse de la Cour de justice, la Cour de cassation a, à son tour, constaté que la règle en vigueur dans l'entreprise n'était pas constitutive d'une discrimination directe(128).

26. La jurisprudence interne. Les solutions apportées par la jurisprudence belge varient selon que la salariée est occupée par une entreprise privée ou dans un service public. Les agents des services publics sont titulaires du droit fondamental à la liberté religieuse, tout comme du droit à l'égalité de traitement. Mais, parce qu'ils reflètent la neutralité des services publics, considérée en Belgique comme un principe de droit constitutionnel(129), ils peuvent se trouver soumis à des restrictions plus sévères(130). C'est pourquoi, il est, par exemple, inconcevable dans la Belgique

(126) Comp. Trib. trav. Tongres, 2 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 356.

(127) C.J.U.E., 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, §§ 37 à 43.

(128) Cass., 9 octobre 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 118 et note F. KÉFER et R. LINGUELET, «L'affaire *Achbita c. G4S Secure Solutions*: le suspense continue».

(129) « Dans un État de droit démocratique l'autorité se doit d'être neutre, parce qu'elle est l'autorité de tous les citoyens et pour tous les citoyens et qu'elle doit, en principe, les traiter de manière égale sans discrimination basée sur leur religion, leur conviction ou leur préférence pour une communauté ou un parti. Pour ce motif, on peut dès lors attendre des agents des pouvoirs publics que, dans l'exercice de leurs fonctions, ils observent strictement, à l'égard des citoyens, les principes de neutralité et d'égalité des usagers. La neutralité dans l'enseignement vise aussi à préserver les droits fondamentaux des élèves et de leurs parents. Ces droits ayant pour but primordial de protéger les droits de la personne humaine contre les abus de pouvoir des organes de l'autorité. Il ne peut être admis qu'un agent des services publics, en l'occurrence un enseignant dans l'enseignement officiel, invoque un droit fondamental pour justifier la méconnaissance des droits fondamentaux des citoyens, en l'espèce des élèves et de leurs parents » (C.E., 21 décembre 2010, n° 210.000, § 6.7.2, al. 2); voy. aussi C. const., 15 mars 2011, n° 40/2011, B.9.5, al. 3.

(130) F. KRENC, « Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle », in M. VERDUSSEN et P. JOASSART (éds), *La vie privée au travail*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 128-129; C. MATHIEU, P. DE HERT et S. GUTWIRTH, « Le port de signes convictionnels par les agents publics », in M.-C. FOBLET et J.-P. SCHREIBER (coord.), *Les assises de l'interculturalité*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 343-391.



actuelle qu'un juge porte un turban sikh ou un foulard islamique, comme on en voit au Royaume-Uni. C'est pourquoi aussi l'interdiction des symboles religieux est plus facilement admise par la jurisprudence(131), avec toutefois une nuance récente : certains tribunaux se montrent plus tolérants si l'employé n'entre pas en contact avec les usagers du service public (132).

Dans le secteur privé, les conflits se sont multipliés en très peu de temps. Ainsi, en 2004 naissait un différend entre la célèbre librairie Club et une de ses vendeuses, qui a trouvé une issue dans un arrêt prononcé en 2008 par la cour du travail de Bruxelles(133). En 2006 commençait le conflit entre M^{me} Achbita et son employeur(134). Ensuite, en 2010, ce fut au tour d'une pharmacie d'être confrontée à la question (135), puis, en 2011, d'un commerce(136) ; en 2013, c'est chez Hema que le litige a éclaté et, en 2015, dans une supérette(137).

Les motifs de l'interdiction du voile sont, à peu de choses près, toujours les mêmes : l'employeur affirme que les signes convictionnels sont bannis en raison d'une volonté de sobriété, d'une recherche de neutralité. Mis à part dans les affaires *Hema*, ces motifs ont été validés par les tribunaux. On peut résumer comme suit le raisonnement des juges : la travailleuse n'est pas visée par l'interdiction en tant que musulmane mais parce qu'elle porte un signe ostentatoire de ses convictions religieuses ; tous les travailleurs sont soumis à la même règle, l'employeur n'est pas plus intolérant à l'égard d'une conviction que d'une autre, de sorte qu'il n'y a pas de discrimination. L'affaire *Hema* offre un intérêt particulier d'une part car c'est la première fois qu'une travailleuse a obtenu gain de cause et d'autre part parce que le juge a posé les balises théoriques qui préfigurent les arrêts que prononcera quelques années plus tard la Cour de justice dans l'affaire *Bougnaoui*. Le tribunal a, en effet, été sensible au fait qu'il n'y avait pas de principe de neutralité clairement établi dans l'entreprise, que la demande d'ôter le foulard répondait à un désir de satisfaire la clientèle et que la fin des relations contractuelles s'expliquait par le refus de la travailleuse de cesser d'exprimer ses convictions

(131) Trib. trav. Bruxelles (réf.), 24 septembre 2012, *Chron. D.S.*, 2014, p. 351.

(132) Trib. trav. Bruxelles (réf.), 16 novembre 2015, R.G. 15/78/28/A.

(133) C. trav. Bruxelles, 15 janvier 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 140.

(134) Voy. *supra*, n° 25.

(135) Trib. trav. Bruxelles, 2 novembre 2010, R.G. 05/22188/A.

(136) C. trav. Anvers, 23 décembre 2011, *Chron. D.S.*, 2014, p. 346.

(137) Trib. trav. Bruxelles, 18 mai 2015, R.G. 14/5803/A.



religieuses sur son lieu de travail. Il en a déduit une discrimination directe, que seule une exigence professionnelle essentielle et déterminante aurait pu justifier, justification qui n'existait pas en l'espèce car la mission de vendeuse n'exige pas l'absence de foulard pour être exécutée correctement (138).

C. *La discrimination fondée sur le handicap* (139)

27. La notion de handicap. Tout comme la directive 2000/78/CE qu'elle transpose, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination entoure les travailleurs handicapés d'une protection particulière. La loi belge étend sa protection à la discrimination fondée sur l'état de santé actuel ou futur, ce que ne fait pas la directive. La différence entre les deux notions est importante à plus d'un titre. Non seulement parce que les justifications admissibles ne sont pas les mêmes selon que l'on est en présence d'une différence de traitement fondée sur l'un ou l'autre critère mais aussi parce que les obligations de l'employeur à l'égard du travailleur atteint d'un handicap — et non pas d'une simple maladie — incluent celle d'apporter au poste de travail du travailleur handicapé, qui en fait la demande, des aménagements raisonnables (140), sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée (art. 4, 12°, 9 et 14) : travaux d'aménagements des locaux, fourniture de matériel adapté, réorganisation des tâches, réduction du temps de travail (141), etc.

La jurisprudence de la Cour de justice a évolué d'une conception médicale vers une approche sociale, plus compréhensive, de la définition du handicap. Depuis l'arrêt *HK Danmark*, celui-ci est entendu comme « visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective

(138) Trib. trav. Tongres, 2 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 356 et I. PLETS, « La jurisprudence lue pour vous », *Orientations*, 2013/3, p. 22.

(139) Pour une étude plus détaillée, voy. V. GHESQUIÈRE, I. HACHEZ et C. VAN BASSELAERE, « La discrimination fondée sur le handicap », in J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, CUP, n° 184, Liège, Anthemis, 2018, pp. 73-136.

(140) Sur cette notion, voy. A. MORTIER, « La cessation du contrat de travail causée par l'état de santé du travailleur », *J.T.T.*, 2017, pp. 33 et s., n° 48 à 51 ; J. RINGELHEIM, « La réception en droit belge de l'obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés », *J.T.*, 2018, pp. 309 et s. ; V. GHESQUIÈRE, I. HACHEZ et C. VAN BASSELAERE, « La discrimination fondée sur le handicap », *op. cit.*, pp. 95 et s.

(141) C.J.U.E., 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. C-335/11 et 337/11.



participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs» (142).

Il a été décidé qu'une incapacité permanente de 12 % empêchant la participation à des travaux lourds constitue un handicap pour un ouvrier charpentier (143). Il en est de même d'une travailleuse, réassortisseuse en grand magasin, qui subit une atteinte physique de longue durée aux membres supérieurs (144). À l'inverse a-t-il été jugé qu'une incapacité partielle permanente de 4 % pour des problèmes dorsaux n'est pas de nature à constituer un tel obstacle à la participation à la vie professionnelle alors que le travailleur, après son licenciement, a embrassé une nouvelle carrière d'indépendant dans un métier sollicitant considérablement le dos (145).

L'origine du handicap est indifférente, pourvu qu'il ait un impact sur la vie professionnelle : qu'il soit inné ou acquis à la suite d'une maladie ou d'un accident, importe peu. Il est même indifférent que le travailleur ait, ou non, contribué à la survenance du handicap, de sorte que l'obésité peut constituer un handicap (146) ; la jurisprudence belge est aussi en ce sens (147).

28. Le handicap et la maladie. Si le handicap et la maladie sont deux notions distinctes, il arrive qu'elles se chevauchent. Plusieurs décisions de la Cour de justice relèvent que la limitation constitutive d'un handicap doit être de longue durée ou durable (148), critère sur lequel se sont alignés les juges

(142) C.J.U.E., 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. C-335/11 et 337/11, § 41 ; C.J.U.E., 4 juillet 2013, *Commission européenne c. Italie*, aff. C-312/11, § 56 ; C.J.U.E., 11 septembre 2019, *Nobel Plastiques Iberica*, aff. C-397/18, § 38. Voy. J. DAMAMME, «La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination», *J.E.D.H.*, 2013, pp. 836 et s. En revanche, ne constitue pas un handicap au sens de la directive, l'affection sans impact sur la vie professionnelle (C.J.U.E., 18 mars 2014, *Z*, aff. C-363/12, §§ 78 et s., à propos de l'impossibilité pour une femme de porter un enfant).

(143) C. trav. Bruxelles, 23 octobre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 91.

(144) En ce sens, C. trav. Bruxelles, 9 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 335 et note S. VAN DAMME et A. LHOSTE.

(145) C. trav. Liège, 26 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1613 et note J.-F. LAMBILLON. Voy. aussi C.J.U.E., 11 septembre 2019, *Nobel Plastiques Iberica*, aff. C-397/18, § 49, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1596.

(146) C.J.U.E., 18 décembre 2014, *FAO*, aff. C-354/13, §§ 55-59, C.J.U.E., 18 janvier 2018, *Ruiz Conejero*, aff. C-270/16, §§ 31-33.

(147) C. trav. Liège, 12 octobre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 93 et *Chron. D.S.*, 2018, p. 222 (refus d'embaucher un moniteur d'auto-école en raison de son état d'obésité). Voy. A. MAES, «Lichtzinnig omspringen met zwaarwichtige problematiek : discriminatie van sollicitant met morbide obesitas. Commentaar op Arbh. Luik 12 oktober 2017», *Chron. D.S.*, 2018, p. 169.

(148) Not. C.J.C.E., 11 juillet 2006, *Chacon Navas*, aff. C-13/05 ; C.J.U.E., 18 mars 2014, *Z*, aff. C-363/12, §§ 70 et s.



belges (149). Une incapacité temporaire pourrait ainsi être considérée comme un handicap ; une indication du caractère durable de la limitation tient dans le fait que « l'incapacité de la personne concernée ne présente pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement à court terme ou [...] le fait que cette incapacité est susceptible de se prolonger significativement avant le rétablissement » de sorte que la luxation d'un coude à la suite d'un accident de travail avec mise sous plâtre prolongée peut être qualifiée de handicap (150). Enfin, il n'est pas requis que la personne soit totalement exclue de la vie professionnelle ; le fait qu'elle rencontre une gêne tout en étant apte à travailler à temps partiel n'empêche pas qu'elle puisse être considérée comme handicapée (151). Dans la foulée de cette jurisprudence, les juges belges ont jugé qu'un lymphome ou cancer du système lymphatique remplit la condition de durabilité nécessaire (152). Il en est autrement de la fracture de la malléole externe chez un ouvrier travaillant sur chantier (153).

29. Le handicap et la dissolution du contrat (par la force majeure). L'employeur ne peut refuser d'apporter des aménagements raisonnables au bénéfice du travailleur handicapé ; un refus est tenu par la loi pour une discrimination (art. 14 de la loi du 10 mai 2007). Alors qu'un aménagement raisonnable aurait permis au travailleur de reprendre une activité dans l'entreprise, ou de l'exercer dans de meilleures conditions, le refus d'aménagement conduit à maintenir une incapacité d'exécuter le travail convenu due au handicap. La dissolution du contrat intervenue dans ce contexte peut-elle être justifiée par l'incapacité de travail ? L'employeur pourrait-il provoquer la dissolution en invoquant la force majeure consistant dans l'incapacité définitive d'exécuter le contrat tel qu'il a été conclu en raison d'une incapacité de travail ? La question est complexe pour plusieurs motifs. On en évoquera deux ici.

(149) Not. C. trav. Bruxelles, 26 juin 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 352 ; C. trav. Bruxelles, 17 novembre 2015, *J.T.T.*, 2016, p. 81 et *Chron. D.S.*, 2017, p. 54.

(150) C.J.U.E., 1^{er} décembre 2016, *Daouidi*, aff. C-395/15, §§ 53 et 56.

(151) C.J.U.E., 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. C-35/11 et 337/11 ; C.J.U.E., 11 septembre 2019, *Nobel Plastiques Iberica*, aff. C-397/18.

(152) C. trav. Bruxelles, 20 février 2018, *Chron. D.S.*, 2018, p. 235. Pour d'autres exemples d'affections considérées par les juridictions belges comme relevant de la notion de handicap, voy. A. MORTIER et M. SIMON, « Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination ? », *op. cit.*, p. 82, n° 4.

(153) C. trav. Liège, 18 juillet 2017, *Chron. D.S.*, 2018, p. 213 et *J.L.M.B.*, 2018, p. 1844.



Tout d'abord, selon la Cour de justice, la directive s'oppose à une disposition nationale qui permet à un employeur d'écourter le contrat de travail d'un travailleur handicapé dans des conditions dérogatoires lorsque ses absences pour cause de maladie sont la conséquence de l'inobservation, par l'employeur, de son obligation de prévoir des aménagements raisonnables (154). De même, si le licenciement est motivé par le fait que le travailleur handicapé répond à des critères de sélection objectifs liés à la productivité, au degré de polyvalence et au taux d'absentéisme, il est tenu par la Cour de justice pour une discrimination indirecte fondée sur le handicap, à moins que l'employeur n'ait préalablement adopté, à l'égard de ce travailleur, des aménagements raisonnables (155). Cette interprétation de la directive fournit un argument pour soutenir que l'employeur ne saurait, sans violer les dispositions de la loi du 10 mai 2007, invoquer la dissolution du contrat pour force majeure s'il n'a pas donné suite, sans justification, à la demande d'aménagement raisonnable. Cette opinion sous-tend plusieurs décisions de la cour du travail de Bruxelles prononcées dans des hypothèses où l'article 34 de la loi du 3 juillet 1978, modifié par la loi du 20 décembre 2016, n'était pas applicable puisqu'il n'était pas en vigueur (156). Une autre approche est présente dans la doctrine (157) : la dissolution du contrat pour force majeure et le refus de mettre en place des aménagements raisonnables sont vus comme deux mécanismes étanches, dotés l'un et l'autre de leurs propres sanctions ; le refus non justifié de l'employeur d'apporter des aménagements raisonnables déclenche l'application des sanctions prévues par la loi du 10 mai 2007 mais ne prive pas celui-ci du droit d'invoquer la force majeure.

Ensuite, l'article 34 de la loi du 3 juillet 1978 a été réécrit par une loi du 20 décembre 2016, et impose désormais à l'employeur, qui voudrait provoquer la dissolution du contrat en raison de la force majeure découlant d'une incapacité de travail définitive, de mener d'abord à son terme un trajet de réintégration du

(154) C.J.U.E., 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. C-335/11 et 337/11.

(155) C.J.U.E., 11 septembre 2019, *Nobel Plásticos Iberica*, aff. C-397/18.

(156) C. trav. Bruxelles, 9 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 335 ; C. trav. Bruxelles, 19 mars 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 334 ; C. trav. Bruxelles, 24 juin 2016, *J.T.T.*, 2017, p. 65 ; C. trav. Bruxelles, 23 octobre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 91 ; voy. J.-F. NEVEN, « Le droit européen de la non-discrimination : un impact décisif en faveur d'une obligation généralisée de reclassement professionnel ? », *Le maintien au travail des travailleurs devenus partiellement inaptes*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 35 et s.

(157) A. MORTIER, « La cessation du contrat de travail causée par l'état de santé du travailleur », *J.T.T.*, 2017, pp. 33 et s., n° 57.



travailleur (158). Même si le handicap et l'incapacité définitive de travail sont des notions distinctes, elles se recouvrent en partie de sorte que, avant de pouvoir envisager la dissolution du contrat par la force majeure, l'employeur d'un travailleur handicapé se trouve, dans un certain nombre d'hypothèses, astreint au respect tant de l'obligation d'apporter des aménagements raisonnables que de celle — poursuivant une finalité identique — de mener un trajet de réintégration.

D. *La discrimination fondée sur l'état de santé*

30. L'état de santé actuel ou futur. La loi du 10 mai 2007 énonce, parmi les critères protégés, «l'état de santé actuel ou futur». Elle n'étend pas sa protection, en revanche, aux différences de traitement qui se fondent sur l'état de santé passé.

Les différences de traitement fondées sur l'état de santé passé peuvent se manifester à l'embauche tout comme au moment du licenciement. Ce deuxième cas de figure a fait surgir une controverse : lorsqu'un employeur licencie un travailleur en raison de ses absences pour maladie passées alors que ce dernier a repris le travail, peut-on soutenir qu'il s'agit d'un licenciement fondé sur l'état de santé actuel ou futur au sens de la loi du 10 mai 2007 ? Deux courants se partagent la jurisprudence.

Selon le premier, un licenciement motivé par les absences médicales passées du travailleur repose sur la crainte que le travailleur soit à nouveau absent pour cause de maladie, autrement dit sur des inquiétudes quant à son état de santé actuel ou futur de sorte qu'il entre dans le champ couvert par la loi du 10 mai 2007 (159). Cette interprétation est peu convaincante. Si l'on peut imaginer que, lors de la procédure de recrutement, l'intérêt de l'employeur pour le passé médical du travailleur et le refus d'embauche fondé sur ce passé s'explique par la crainte qu'une fragilité d'ordre médical ait des répercussions sur la capacité à exécuter le contrat, en revanche, il paraît hardi de retenir le même préjugé à

(158) A. MORTIER, «Vers une (ré)activation des personnes en incapacité de travail ?», in J. CLESSE et H. MORMONT (coord.), *Actualités et innovations en droit social*, CUP, vol. 182, Limal, Anthemis, 2018, pp. 149-169.

(159) C. trav. Anvers, 6 juin 2017, *Chron. D.S.*, 2018, p. 204 (l'arrêt se fonde également sur la convention collective de travail n° 95 concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail, qui vise expressément le passé médical, ce que ne fait pas la loi). Dans le même sens, A. MORTIER et M. SIMON, «Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination ?», *op. cit.*, p. 84, n° 10-12.



la dissolution du contrat. Il ne va pas de soi que l'employeur qui licencie un travailleur qui vient de reprendre le travail agit parce qu'il craint de nouvelles absences pour raison médicale. Sa décision peut s'expliquer par d'autres facteurs telle la présence dans l'entreprise d'un remplaçant, qui a dû être engagé en raison de la désorganisation de l'entreprise liée aux absences répétées, et qui donne satisfaction (160).

Une fraction plus importante de la jurisprudence estime au contraire que l'état de santé passé n'est pas visé par cette loi et ne bénéficie pas des règles particulières que celle-ci énonce (161). Deux motifs sont invoqués principalement. D'une part, puisque la loi contient une liste exhaustive de critères protégés, elle ne doit pas faire l'objet d'une interprétation extensive. D'autre part, les travaux préparatoires de la loi précédente, celle du 25 février 2003, révèlent que, en interdisant la prise en compte de l'état de santé actuel ou futur, le législateur avait en vue le refus d'embauche fondé sur des prévisions tirées de l'existence de maladies dégénératives ou encore de tests génétiques prédictifs mais dont l'état de santé actuel n'empêche pas qu'il occupe l'emploi considéré (162). Cette argumentation peut être renforcée par le constat qu'un amendement avait été déposé en vue d'interdire explicitement la discrimination fondée sur l'état de santé passé et n'a pas été adopté (163). Il n'est sans doute pas sans intérêt de relever que la proposition ayant conduit à la loi du 25 février 2003 a été déposée le même jour et par le même sénateur que celle qui a mené à la loi du 28 janvier 2003 relative aux examens médicaux dans le cadre des relations de travail (164), laquelle interdit, entre autres choses, l'examen génétique prévisionnel et requiert que les examens médicaux pratiqués sur le travailleur ne visent « d'autres considérations que celles tirées de ses aptitudes actuelles et des caractéristiques spécifiques du poste à pourvoir ». Ceci explique la

(160) Pour une autre illustration (réorganisation structurelle), Trib. trav. Bruxelles, 13 juin 2016, *J.T.T.*, 2018, p. 10 et obs. A. MAES.

(161) C. trav. Anvers, 3 septembre 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1642, note W. RAUWS ; C. trav. Bruxelles, 17 janvier 2017, *Chron. D.S.*, 2018, p. 198 ; C. trav. Liège, 18 juillet 2017, *Chron. D.S.*, 2018, p. 213 et *J.L.M.B.*, 2018, p. 1844 ; C. trav. Bruxelles, 11 septembre 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 477. Voy. aussi les décisions inédites citées par A. MORTIER et M. SIMON, « Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination ? », *op. cit.*, p. 85, n^{os} 14 et 15.

(162) Voy. *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2001-2002, n^o 2-12/15, pp. 107 et 121-122.

(163) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2001-2002, n^o 1578/6, p. 11 et n^o 1578/8, p. 48 (amendement n^o 86).

(164) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1999, n^{os} 2-20. Elles furent toutes deux déposées le 14 juillet 1999 au Sénat par M. Mahoux.



similarité des préoccupations du législateur. En d'autres termes, ce second courant de jurisprudence paraît conforme à ce qu'avait en vue le législateur. Pour leur part, la commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre les discriminations (165) et le centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme considèrent également que l'état de santé passé n'est pas visé par la loi (166).

E. *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle*

31. Le renversement de la présomption. Lorsque le demandeur invoque des faits qui permettent de présumer une discrimination, le renversement de celle-ci peut exposer l'employeur à un obstacle juridique. C'est singulièrement le cas lorsqu'il est présumé avoir adopté une politique de recrutement homophobe. La Cour de justice énonce qu'il ne doit pas, pour renverser la présomption, prouver que des personnes d'une orientation sexuelle déterminée ont été recrutées dans le passé, une telle exigence étant susceptible, dans certaines circonstances, de porter atteinte au droit au respect de la vie privée de ces personnes. Mais il n'en découle pas pour autant que la présomption ne puisse être réfutée. La Cour de justice estime qu'elle pourrait l'être si le demandeur fournit un « faisceau d'indices concordants », comme par exemple, « une réaction de [l'employeur] dans le sens d'une prise de distance claire par rapport aux déclarations publiques à l'origine de l'apparence de discrimination ainsi que l'existence de dispositions expresses en matière de politique de recrutement [...] aux fins d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement [...] » (167).

F. *La discrimination fondée sur l'origine sociale ou la naissance*

32. La notion d'origine sociale. L'origine sociale et la naissance sont des critères protégés par la loi belge. La distinction

(165) Rapport d'évaluation de février 2017, disponible sur https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/Commission_d%C3%A9valuation_de_la_l%C3%A9gislation_f%C3%A9d%C3%A9rale_relative_%C3%A0_la_lutte_contre_les_discriminations.pdf.

(166) <https://www.unia.be/fr/criteres-de-discrimination/autres-criteres-de-discrimination#Letat-de-sante>. Voy. aussi Projet de décret modifiant le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et le Code judiciaire, avis du Centre interfédéral pour l'égalité des chances, *Doc. parl.* w., 2018-2019, n° 1362/1, p. 101.

(167) C.J.U.E., 25 avril 2013, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, aff. C-81/12, § 58.

entre les deux est malaisée. L'une et l'autre font référence aux origines de la personne, à une caractéristique qui s'impose à elle sans qu'elle puisse la maîtriser, et c'est ce qui a poussé le législateur à proscrire les discriminations fondées sur ce type de caractéristiques. Aucune directive européenne ne retient ces critères. Ils figurent en revanche dans divers instruments internationaux ; ils y reçoivent des définitions qui se chevauchent (168).

Les juridictions liégeoises ont été amenées à préciser la frontière entre les deux notions dans une espèce où un travailleur avait vu sa candidature à un emploi refusée au motif qu'il appartenait à une famille déterminée. Le tribunal du travail y avait vu une discrimination fondée tout à la fois sur l'origine sociale et sur la naissance (169). La cour du travail a partiellement réformé la décision en jugeant que le critère de la naissance, compris comme celui de la filiation, est le seul en cause ; s'appuyant sur l'interprétation donnée par les travaux préparatoires, elle décide que le critère de l'origine sociale ne peut être retenu car il fait référence à l'appartenance à une classe déterminée, telle la noblesse (170).

Chapitre 3 — La notion de contrat de travail

33. La notion de rémunération. De la définition du contrat de travail donnée par les articles 2, 3, 4 et 5 de la loi du 3 juillet 1978, il ressort que celui-ci requiert la réunion de trois éléments constitutifs : travail, rémunération et lien de subordination. Lorsque l'existence du contrat de travail est contestée, le juge est tenu de constater, entre autres choses, un accord sur la rémunération pour conclure régulièrement à la présence d'un contrat de travail (171). Rappelons qu'il n'est pas requis que le montant de la rémunération soit convenu de manière expresse mais celui-ci doit être à tout le moins déterminable (172).

34. La notion de travail. L'obligation du travailleur de fournir un travail permet de différencier le contrat de travail des conventions voisines ayant pour objet non la prestation d'un travail mais l'acquisition d'une formation professionnelle, telles que le

(168) C. trav. Anvers, 6 juin 2017, *Chron. D.S.*, 2018, p. 204 ; A. MORTIER, « Les critères de discrimination liés à l'origine sociale et à la naissance », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 773-774.

(169) Trib. trav. Liège, 10 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 770 et obs. A. MORTIER.

(170) C. trav. Liège, 28 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 614.

(171) Cass., 6 mars 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 227 ; Examen 2003, p. 143.

(172) Cass., 17 décembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2541.



contrat d'immersion professionnelle visé par la loi-programme du 2 août 2002 (art. 104)(173) ou encore la convention conclue entre le candidat médecin et le maître de stage en médecine en vue d'acquiescer l'aptitude professionnelle requise(174).

35. Les notions de travail et de rémunération. Travail salarié et travail volontaire. Les deux premiers éléments sont au centre de l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 10 mars 2014, arrêt qui aborde la question délicate de la distinction entre le travail salarié et le travail bénévole(175).

Dans l'espèce soumise à la Cour, une association active dans le domaine de l'organisation d'événements, faisait appel à des collaborateurs qu'elle considérait comme des bénévoles. En contrepartie de leurs prestations, ceux-ci recevaient un accès gratuit à l'événement, des coupons à échanger contre des boissons et de la nourriture. L'ONSS soutenait que les prestations fournies devaient être qualifiées de travail accompli en exécution d'un contrat de travail.

La Cour de cassation adopte le point de vue de l'administration. De la motivation de l'arrêt, on retiendra particulièrement ceci : « Il y a lieu de considérer comme travail au sens de la loi du 3 juillet 1978, le travail qu'un travailleur s'est engagé par contrat à fournir moyennant une rémunération et sous l'autorité d'un employeur, indépendamment de la modicité de la rémunération et du fait que ce travail est fourni pendant son temps libre et sans viser l'acquisition de revenus ».

Cet arrêt permet de dégager deux enseignements.

D'une part, en ce qui concerne la rémunération, la modicité de celle-ci est sans incidence sur l'existence d'un contrat de travail. Même modeste, l'avantage reçu en contrepartie d'un travail constitue une rémunération en sorte qu'il est permis de conclure à

(173) Cass., 11 décembre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 177. R. LINGUELET et F. KÉFER, « Les contrats relatifs à la formation préalable et à l'embauche », *Droit du travail tous azimuts*, H. MORMONT (dir.), CUP, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 635.

(174) C. trav. Bruxelles, 19 décembre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 188.

(175) *J.T.T.*, 2014, p. 220; *NjW*, 2014, p. 547, note P. PECINOVSKY, « RSZ op vrijwilliger-swerk ». L'arrêt fut rendu dans une espèce à laquelle n'était pas applicable la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires. Pour une analyse plus développée de l'arrêt et de la distinction entre le travail salarié et le travail volontaire, voy. J. PEETERS et K. LEIJNEN, « Gelegenheidsarbeid in de evenementensector: als vrijwilliger of als werknemer? », *J.T.T.*, 2018, p. 209; J. CLESSE et R. LINGUELET, « Travail et rémunération: éléments constitutifs du contrat de travail », in *Le droit du travail au XXI^e siècle, Liber amicorum Claude Wantiez*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 443.



l'existence d'un contrat de travail pourvu que les autres éléments constitutifs soient réunis.

Quant au travail, il s'agit de toute activité, quelle qu'elle soit. Il n'y a pas d'activité qui ne puisse, en raison de sa nature, de sa finalité ou de sa durée, être exercée dans le cadre d'un contrat de travail (176). La Cour de cassation écarte la thèse retenue par la décision cassée suivant laquelle le mobile qui sous-tend l'exécution d'une activité est déterminant pour la qualification juridique; acquérir des revenus, suivant cette thèse, serait le critère requis pour identifier un travail au sens des articles 2 et 3 de la loi du 3 juillet 1978 (177).

36. La notion de lien de subordination. Fréquemment, la Cour de cassation énonce que «le lien de subordination, qui est la caractéristique du contrat de travail, existe dès qu'une personne peut, en fait, exercer son autorité sur les actes d'une autre personne» (178). Un arrêt du 2 février 2015 reprend la formule en y ajoutant les mots: «sans qu'il soit nécessaire qu'elle exerce effectivement cette autorité» (179). Ce faisant, la Cour rappelle un enseignement constant: le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail requiert le pouvoir d'exercer l'autorité et non que cette faculté soit effectivement mise en œuvre. Logiquement, la Cour casse un arrêt qui avait considéré que seul un contrôle effectif des actes du travailleur est inconciliable avec la qualification de collaboration indépendante choisie par les parties.

On retrouve la même idée dans un arrêt antérieur de la Cour; celui-ci relève qu'il appartient au juge du fond d'examiner si les éléments invoqués à l'appui d'une relation d'autorité démontrent un exercice de l'autorité ou la possibilité d'un exercice de l'autorité sur l'exécution du travail (180). La même décision invite le juge du fond à établir cette distinction capitale mais malaisément appréhendable entre l'autorité caractéristique du contrat de travail et «le simple exercice d'un contrôle ou la simple communication de directives dans le cadre d'une convention en qualité de travailleur indépendant».

(176) En ce sens, M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. 1, Liège, Faculté de Droit, 1982, p. 218.

(177) Thèse proposée par M. DE VOS, *Loon naar belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, pp. 98-99.

(178) Cass., 4 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 312.

(179) Cass., 2 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 214.

(180) Cass., 26 mars 2013, *Pas.*, 2013, p. 793.



37. La loi sur la nature des relations de travail. Les critères généraux. Entrée en vigueur au cours de la période couverte par le précédent examen, la loi du 27 décembre 2006 sur la nature des relations de travail(181) établit désormais quatre critères généraux à prendre en considération pour identifier l'existence du lien de subordination caractéristique du contrat de travail et, partant, qualifier juridiquement la relation de travail (art. 333, § 1^{er}).

À propos du quatrième critère général fixé par la loi, à savoir la possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique, un arrêt de la Cour ajoute cette précision : si le juge du fond constate que l'une des parties dispose du droit d'infliger des sanctions disciplinaires à l'autre partie, cette constatation exclut la possibilité d'une collaboration indépendante « à moins, ajoute l'arrêt, que ce droit de sanction soit inhérent à l'exercice de la profession et imposé par ou en vertu de la loi »(182).

Enfin, pour l'anecdote, on relèvera l'arrêt prononcé par la Cour le 4 février 2013 dans une espèce à laquelle la loi sur la nature des relations de travail n'était pas encore applicable(183). À l'appui de la décision de rejet, l'arrêt relève que pour constater l'existence d'un lien de subordination, le juge du fond a pu tenir compte de l'autonomie réduite laissée au travailleur par la réglementation qui régit son activité. Désormais, cette constatation est considérée par la loi comme dénuée de pertinence pour apprécier la nature juridique de la relation de travail (art. 333, § 2).

Lors du précédent examen, nous avons relevé un arrêt intrigant : alors que la loi prévoit quatre critères généraux (art. 333, § 1^{er}), l'arrêt n'en reprenait que trois, ne mentionnant pas la volonté des parties(184). L'arrêt du 26 mars 2013 reproduit le même schéma : la Cour n'indique pas la volonté des parties comme critère d'appréciation de l'existence d'un contrat de travail(185). La répétition exclut l'hypothèse d'une erreur de plume. On se perd en conjectures sur le sens de l'escamotage de l'un des quatre

(181) Plus précisément, la loi-programme du 27 décembre 2006 dont le titre XIII concerne la nature des relations de travail.

(182) Cass., 10 octobre 2016, *Pas.*, 2016, p. 312, sur avis contraire du ministère public.

(183) Cass., 4 février 2013, *Pas.*, 2013, n° 82.

(184) Examen 2012, p. 211, n° 10; Cass., 6 décembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3097; comp. Cass., 18 octobre 2010 qui énumère les quatre critères.

(185) Cass., 26 mars 2013, précité.



critères généraux établis par la loi lorsque l'on sait l'attachement de la Cour de cassation à la lettre de la loi.

Ces deux arrêts donnent du crédit à l'interprétation de la loi suivant laquelle les quatre critères, quoiqu'énoncés de manière linéaire, n'auraient pas la même valeur. La volonté des parties, le premier des quatre critères, ne serait que la répétition du principe dominant énoncé par l'article 331 de la loi (186). Il s'agirait en réalité de l'objet du raisonnement judiciaire : identifier ce que les parties ont voulu. Quant aux trois autres critères, ils constitueraient à proprement parler les indicateurs pour le juge de la volonté des parties ; c'est en vérifiant si ces indicateurs sont présents ou non — le travailleur ne dispose pas de la liberté d'organisation ni du travail, ni du temps, un contrôle hiérarchique est possible — que le juge conclura ou non à l'existence du lien de subordination caractéristique du contrat de travail (187).

Quant à l'utilisation de ces critères, la loi laisse au juge un pouvoir souverain d'appréciation de la nature de la relation de travail (art. 339). Suivant l'opinion dominante, le pouvoir d'appréciation accordé au juge le dispense de relever que chacun des critères est satisfait pour fonder sa solution (188). L'arrêt de la Cour du 10 octobre 2016 conforte et renforce ce point de vue : le juge du fond n'avait pas requalifié la relation de travail en contrat de travail alors qu'il avait constaté que le donneur d'ordres avait un droit de sanction disciplinaire ; la décision est cassée pour n'être pas légalement motivée. « (L'arrêt attaqué) ne justifie dès lors pas légalement sa décision que ce droit de sanction disciplinaire ne suffit pas pour exclure la qualification d'indépendance donnée par la partie à leur collaboration » (189). De cet arrêt et plus particulièrement du dernier motif, il se déduit que la

(186) W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht*, Malines, Wolters Kluwer, 2014, n° 426.

(187) K. NEVENS, « Kritische bedenkingen betreffende de algemene criteria in en de temporele werking van de arbeidsrelatiewet », *R.A.B.G.*, 2011, p. 1028, n° 4.

(188) W. VAN EECKHOUTTE et G. DE MASENEIRE, « Arbeidsrelatieswet », *NjW*, 2007, p. 98, n° 48 et 51 ; J. MESSIAEN et K. VAN DEN LANGENBERGH, « Contractvrijheid en de ontwijking van het werknemerschap: is de Arbeidsrelatiewet een afdoende remedie tegen de schijnzelfstandigheid? », *Actuele problemen van het arbeidsrecht 9*, 2014, Anvers, Intersentia, p. 115, n° 40 ; J. CLESSE, « Vers une nouvelle appréciation de la nature juridique de la relation de travail », *La nouvelle loi sur les relations de travail*, ADLv Anthemis, 2007, p. 29, n° 23. Comp. K. NEVENS, *op. cit.*, *loc. cit.*

(189) Cass., 10 octobre 2016, *Pas.*, 2016, p. 312.



qualification judiciaire peut ne reposer que sur la vérification d'un seul critère (190).

38. Subordination juridique et qualification contractuelle. Lors du précédent examen de jurisprudence (191), nous avons relevé la prise de position nette de la Cour de cassation en faveur du renforcement de la valeur de la qualification contractuelle de la relation de travail lorsque celle-ci est contestée devant le juge par l'une des parties. Sans être décisive, cette qualification pèse lourdement sur la conviction du juge. Cette position s'exprimait dans les termes suivants: «lorsque les parties ont qualifié leur convention, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification contractuelle». La position adoptée par la Cour de cassation a influencé de manière significative la jurisprudence des juridictions de fond (192).

On attend avec une certaine curiosité de voir si l'entrée en vigueur de la loi sur la nature des relations de travail va modifier la position de la Cour. Sauf erreur de notre part, la Cour n'a plus eu l'occasion de s'exprimer dans une espèce soumise à la loi sur la nature des relations de travail (193). La question reste ouverte.

La plupart des commentateurs de la loi du 27 décembre 2006 considère que celle-ci a retenu comme principe fondateur de la qualification de la relation de travail la volonté des parties et que, de ce fait, le législateur a entendu marquer son adhésion à la jurisprudence de la Cour de cassation sur la prééminence, ou en tout cas la valeur renforcée, de la qualification contractuelle (194). Effectivement, en faveur du *statu quo*, on peut faire valoir la volonté des auteurs de la loi du 27 décembre 2006 de ne pas rompre avec le

(190) Voy. ég. Cass., 6 décembre 2010, déjà interprété en ce sens (W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht, op. cit.*, n° 426).

(191) Examen 2012, n° 9, p. 208.

(192) C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 12 février 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 171; C. trav. Mons (3^e ch.), 4 mars 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 272; C. trav. Liège (3^e ch.), 19 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1174; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 5 avril 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 205; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 7 juin 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 385; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 4 décembre 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 103; C. trav. Liège, 14 mars 2019, *J.T.T.*, 2020, p. 98.

(193) Les arrêts des 10 juin 2013 (*J.T.T.*, 2013, p. 320) et 2 février 2015 (*J.T.T.*, 2015, p. 214) ont été rendus dans des espèces auxquelles la loi du 27 décembre 2006 n'était pas encore applicable.

(194) J. MESSIAEN et K. VAN DEN LANGENBERGH, «Contractvrijheid en de ontwijking van het werknemerschap ...», *op. cit.*, n° 34 et s.; P. VANHAVERBEKE et L. MIDOL, «La requalification de la relation de travail: examen de la jurisprudence récente et des décisions de la commission administrative», in H. MORMONT (dir.), *Droit du travail tous azimuts*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 371, n° 11.



passé et ne pas remettre en cause les acquis de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi. Certaines tournures utilisées par la loi militent dans le même sens. C'est le cas lorsque la loi autorise le juge à donner à la relation du travail une qualification différente de celle retenue par les parties lorsqu'il a réuni « suffisamment d'éléments incompatibles » avec la qualification contractuelle (art. 332) (195).

Il nous paraît néanmoins que la loi sur la nature des relations de travail pourrait, si la Cour le souhaite, constituer l'occasion d'infléchir sa jurisprudence dans un sens qui réduirait la valeur de la qualification contractuelle. En effet, les termes utilisés par la loi sur la nature des relations de travail manquent de fermeté et n'excluent pas des interprétations différentes. D'abord, la loi reprend comme premier critère général la volonté des parties mais en ajoutant directement « pour autant que cette dernière soit exécutée conformément à l'article 331 », suivant lequel si « les parties choisissent librement la nature de leur relation de travail » ; encore faut-il que « l'exécution effective (soit) en concordance avec la nature de la relation ». La loi ajoute encore : « La priorité est à donner à la qualification qui se révèle de l'exercice effectif si celle-ci exclut la qualification juridique choisie par les parties ». Enfin, si la loi dispose que « les parties choisissent librement la nature de leur relation du travail », c'est après avoir prescrit que ce choix ne peut contrevenir à l'ordre public et aux lois impératives. Or, la primauté de la qualification contractuelle donne aux parties un pouvoir certain de disposer de l'application ou non du droit du travail et du statut social en dépit du caractère contraignant des règles. Elle affaiblit ainsi l'impérativité, au sens large, des dispositions du droit du travail et du droit de la sécurité sociale en permettant aux parties, ou le plus souvent à l'une d'entre elles en mesure d'imposer ses vues à son cocontractant, de commander leur application.

Pour la Cour de cassation, il résulte de l'article 331 que « les parties peuvent choisir librement leur relation de travail mais pas qu'elles sont libres de donner une qualification à cette relation de travail autre que sa nature réelle telle qu'elle se révèle de son exercice effectif (...) » (196). Ce qui n'est pas très éclairant mais n'exclut pas une inflexion de la jurisprudence de la Cour dans un sens différent. La liberté des parties de choisir librement leur relation

(195) J. MESSIAEN et K. VAN DEN LANGENBERGH, « Contractvrijheid en de ontwijking van het werknemerschap ... », *op. cit.*, n^{os} 37 et 38.

(196) Cass., 13 septembre 2016, *Pas.*, 2016, p. 1673.



de travail salariée ou non — liberté reconnue avant la loi sur la relation de travail — reste entière là où la loi n'a pas imposé une qualification déterminée par une présomption irréfutable (*infra*, n° 39) ou une fiction légale, comme par exemple pour les travailleurs intérimaires (197) ou les détenus (198). Mais cette liberté ne donne pas aux parties la maîtrise de la qualification juridique de ce qu'elles ont voulu et de ce qu'elles ont fait. Il revient au juge de déterminer la qualification juridique de la relation de travail en ne donnant pas plus d'importance à cette qualification contractuelle qu'aux trois autres critères.

On rappellera que depuis plusieurs années la Cour de cassation de France tient une position encore plus radicale considérant que « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs » (199). La position adoptée par la Cour de cassation de France est nettement plus proche que celle de la Cour de cassation de Belgique de la recommandation (R198) concernant la relation de travail adoptée par l'OIT le 15 juin 2006. Ce texte invite les États membres — insistons sur le fait qu'il s'agit d'une recommandation sans caractère liant et non d'une convention — pour la détermination de l'existence d'une relation de travail subordonnée à se laisser guider « en premier lieu, par les faits, ayant trait à l'exécution du travail et à la rémunération du travailleur, nonobstant la manière dont la relation de travail est caractérisée dans tout arrangement contraire, contractuel ou autre, éventuellement convenu entre les parties ».

Chapitre 4 — Les présomptions de contrat de travail

39. Le sportif rémunéré. Il arrive que, pour éviter les difficultés liées à la qualification de la relation de travail, le législateur énonce une présomption à caractère irréfutable de contrat de travail, qui a pour effet d'anéantir l'influence des volontés individuelles sur la qualification. Tel est le cas du contrat unissant le sportif rémunéré à la personne qui l'occupe et le rémunère (art. 3 de la loi du 24 février 1978): dès lors que les conditions

(197) Art. 8, § 1^{er}, de la loi du 24 juillet 1987.

(198) Art. 84, § 4, de la loi du 12 janvier 2005.

(199) Cass. fr., civ. 5 juillet 2017, n° 16-22.183; Cass. fr. soc. 18 septembre 2013, n° 11-10.727; Cass. fr. soc. 19 décembre 2000, n° 98-40.572.



d'application de la présomption sont réunies, le contrat est soumis aux dispositions du droit du travail et les parties sont assujetties à la sécurité sociale des salariés (200). La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans une affaire opposant l'ONSS à un club de football qui, avec la société constituée par l'entraîneur du club, avait conclu une convention de prestations de services pour la fonction de directeur technique impliquant une série de missions à la charge de cet entraîneur. Le juge *a quo* avait considéré que les services payés par le club à la société étaient en réalité les prestations du gérant et avait écarté l'écran constitué par la société. Il en avait conclu qu'il existait un contrat entre le club et le gérant de la société, lequel devait être qualifié de contrat de travail en vertu de la loi du 24 février 1978. La cour du travail ajoutait que cette présomption irréfragable n'était pas tenue en échec par la loi sur la nature des relations de travail (201), de sorte que la qualification donnée par les parties devait être écartée sans avoir égard à la circonstance qu'elle était ou non compatible avec l'exécution donnée par les parties à leur relation et sans devoir rechercher l'existence ou l'absence d'un lien de subordination (202). Le pourvoi formé par le club a été rejeté; la Cour de cassation a jugé que, quels que soient les termes ou l'intitulé du contrat, le contrat conclu entre un sportif rémunéré et la personne qui l'occupe et le rémunère «est présumé être un contrat de travail, qui ressortit en outre au statut d'employé, sans qu'il faille démontrer un lien de subordination en droit du travail» (203).

40. Le représentant de commerce. L'activité constante et principale. La loi du 3 juillet 1978 définit le représentant de commerce comme le travailleur qui s'engage à prospecter et à visiter une clientèle en vue de la négociation ou la conclusion d'affaires (hormis les assurances), sous l'autorité et pour le compte d'un ou plusieurs commettants (art. 4, al. 1^{er}). L'intermédiaire commercial bénéficie d'une présomption de contrat de travail, que l'employeur peut renverser (al. 2).

Le représentant de commerce peut prétendre à un statut particulier inscrit dans les articles 87 à 107 qui forment le titre IV de la loi du 3 juillet 1978 (indemnité d'éviction, clause de non-concurrence,

(200) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 274-277, n^{os} 409-412.

(201) Art. 332, al. 1^{er}, 2), de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006.

(202) C. trav. Gand, 28 avril 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 438.

(203) Cass., 26 janvier 2015, *Pas.*, 2015, p. 215, *J.T.T.*, 2015, p. 152.



etc.). Le bénéfice de ces dispositions est subordonné à la condition que le représentant « exerce sa profession de façon constante », même si, accessoirement, il est chargé, par son employeur, d'autres tâches que la représentation commerciale. En revanche, il ne peut pas revendiquer le bénéfice de ce régime — sauf l'article 90, qui concerne le droit à la commission — s'il n'est chargé qu'occasionnellement de démarches auprès de la clientèle (art. 88).

La Cour de cassation a dit plusieurs fois que le travailleur dont le contrat prévoit qu'il consacre, de manière constante, une petite partie de son temps à la représentation, mais dont ce n'est pas la tâche contractuelle principale, est exclu de ce régime particulier puisque son contrat « n'a pas la représentation commerciale pour objet principal » (204). Ainsi l'indemnité d'éviction ne peut être octroyée au salarié dont le contrat inclut le démarchage de la clientèle un jour par semaine, c'est-à-dire de façon constante mais accessoire à l'objet principal du contrat de travail. À l'inverse, pourrait revendiquer le bénéfice d'une indemnité d'éviction le travailleur à temps partiel dont le contrat a pour objet principal l'activité de représentation et qui exerce celle-ci de manière constante, même si, au profit d'un autre employeur ou pour son compte propre, il exerce une autre activité qui, le cas échéant, est sa profession principale (205). Ce qui est essentiel, c'est que l'objet du contrat soit principalement la représentation commerciale.

Au cours de la période sous revue, la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle se sont toutes deux prononcées sur les conditions d'application du statut de représentant de commerce énoncées par l'article 88.

La preuve que la représentation est l'objet principal du contrat — c'est l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 2014 (206) — est le préalable obligé pour pouvoir invoquer les dispositions du titre IV. Cette preuve incombe au travailleur. La présomption énoncée par l'article 4 ne porte que sur le lien de subordination. Ce faisant, la Cour tranche une ancienne controverse quant à l'étendue de la présomption légale. En synthèse, selon une première opinion, la présomption ne porte que sur

(204) Cass., 18 avril 1988, *J.T.T.*, 1988, p. 439 et note N. BEAUFILS; Cass., 28 juin 1999, *J.T.T.*, 1999, p. 433; *Pas.*, 1999, p. 1008. Voy. Examen 2003, p. 147.

(205) M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. 1, *op. cit.*, p. 256, n° 193.

(206) Cass., 5 mai 2014, *R.W.*, 2014-2015, pp. 1261 et s., conclusions du ministère public, et note K. NEVENS, « Wettelijk vermoeden van arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers is vermoeden van gezag ».



l'existence du lien de subordination, mais pas sur la nature de l'activité(207). Dans cette interprétation, la présomption ne vise qu'à empêcher les parties de contourner la figure juridique du contrat de travail ; elle n'entend pas les empêcher d'éviter le régime spécifique des représentants de commerce(208). Le travailleur doit encore établir que l'objet du contrat est l'activité de représentation commerciale telle que l'entend la loi, à savoir prospecter et visiter une clientèle en vue de la négociation ou la conclusion d'affaires. Selon la seconde opinion, majoritaire, il suffit que le travailleur démontre qu'il est un intermédiaire commercial pour enclencher la présomption. Celle-ci porte à la fois sur l'autorité patronale et sur l'exercice d'une activité de représentation commerciale. Sous réserve du renversement de la présomption par l'employeur, le travailleur bénéficiera des dispositions du titre IV, sans pour cela devoir prouver de manière plus précise la nature de son activité commerciale(209). C'est à l'employeur qu'incombe la charge de prouver que l'activité de l'intermédiaire n'est pas une activité de représentant de commerce. Les deux points de vue revendiquent l'autorité des travaux préparatoires de la loi. La Cour de cassation a opté pour la première analyse.

Dans un arrêt du 10 juillet 2014(210), la Cour constitutionnelle juge que, en ce qu'elle réserve le bénéfice de l'indemnité d'éviction au salarié qui exerce la représentation de manière constante et le refuse à celui qui ne l'exerce que de manière occasionnelle ou encore à celui qui occupe une fonction commerciale sédentaire, la loi crée une différence de traitement qui n'est pas dépourvue de justification raisonnable et ne viole pas les principes d'égalité et de non-discrimination. La loi fait reposer la différence de traitement sur un critère objectif, à savoir le fait que le travailleur visite ou non ses clients et le fait qu'il exerce cette profession de façon constante ou non ; il s'agit donc d'un travailleur qui se trouve

(207) Not. A. COLENS, *Le contrat d'emploi*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 1973, pp. 296-302 ; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, op. cit., p. 274, n^o 408 ; W. RAUWS, « Het bewijs in arbeidszaken », *R.D.S.*, 2013, pp. 276-280.

(208) K. NEVENS, « Wettelijk vermoeden van arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers is vermoeden van gezag », *R.W.*, 2014-2015, p. 1264.

(209) Not. M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. 1, op. cit., pp. 387-394 ; Ch. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Bruges, die Keure, 1989, pp. 481-484 ; H. BUYSENS, « Bewijs inzake arbeidsovereenkomstenrecht », in M. RIGAUX, *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, vol. 4, Maklu, Anvers, 1993, pp. 210-212 et nombreuses références citées ; Ph. LECLERCQ, *Le statut des représentants de commerce*, Bruxelles, Wolters Kluwer, 2005, pp. 17-18 et 20-21.

(210) C. const., 10 juillet 2014, n^o 101/2014.



habituellement en dehors des locaux de l'employeur. Ensuite la loi poursuit un objectif légitime : protéger les représentants de commerce d'une tendance visant à les soustraire à la législation du travail. La pertinence de la mesure est justifiée par le fait que cette tendance « ne s'est avérée qu'à l'égard des représentants de commerce et non à l'égard d'autres professions et que ces autres professions bénéficient déjà de la protection d'autres lois » (B.8). Enfin, la différence de traitement ne produit pas d'effets disproportionnés par rapport au but poursuivi car celui qui ne visite pas de clientèle ou celui qui n'exerce la représentation commerciale que de manière occasionnelle « peut prétendre au délai ou à l'indemnité de préavis prévus au chapitre IV de la loi du 3 juillet 1978. Il n'est donc pas exclu de toute indemnité en cas de licenciement » (B.12) (211).

L'argumentation de la Cour constitutionnelle ne convainc pas et ce pour deux motifs au moins. Tout d'abord, s'il ne fait aucun doute que la présomption de contrat de travail a été prévue pour éviter qu'une catégorie de travailleurs échappe à la protection du droit social — grâce à cette présomption, le voyageur de commerce est tenu pour un salarié et non pour un indépendant —, telle n'est pas la fonction de l'indemnité d'éviction. Sa raison d'être est de compenser un préjudice spécifique, distinct de celui résultant de la dissolution du contrat et causé par la perte de clientèle (212). Cette indemnité ne protège pas le salarié du contournement de la loi sociale. On en veut pour meilleure preuve que le Code de droit économique reconnaît le droit à une indemnité similaire au bénéfice des agents commerciaux (art. XX.18) et des concessionnaires (art. XX.37). La volonté du législateur d'empêcher les parties d'é luder la protection fournie par le contrat de travail n'explique pas que le travailleur sédentaire qui prospecte et le représentant occasionnel, qui vendent les produits de leur employeur et ont apporté une clientèle dont l'employeur continuera de tirer profit après le licenciement, ne bénéficient pas d'une même indemnisation de la perte de cette clientèle.

Ensuite, et surtout, la façon dont la Cour justifie la proportionnalité entre la mesure et le but qu'elle poursuit est discutable. La Cour considère que l'avantage dont bénéficient les représentants de commerce ne produit pas d'effet disproportionné au motif que

(211) Selon toute vraisemblance, la Cour vise le chapitre IV du Titre Premier de la loi du 3 juillet 1978.

(212) Cass., 6 février 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 492.

les travailleurs qui exercent une fonction commerciale sédentaire ou qui ne démarchent que de manière occasionnelle ne sont pas privés de toute indemnité lors de leur licenciement, puisqu'ils peuvent prétendre au préavis auquel leur donne droit leur statut d'employé ou à l'indemnité qui en tient lieu. C'est peut-être perdre de vue que l'indemnité d'éviction ne se substitue pas à l'indemnité compensatoire de préavis; elle s'y ajoute. La Cour ne répond pas de manière convaincante à la question de savoir pourquoi l'avantage consenti par la loi aux représentants de commerce et refusé à d'autres salariés exerçant une fonction commerciale n'est pas disproportionné alors que, pour reprendre les termes de la question préjudicielle, il s'agit, dans les deux cas, de travailleurs «qui ont apporté à leur employeur une clientèle que, contre leur gré, ils ne peuvent plus valoriser au terme de leur fonction, subissant de ce fait un préjudice».

Chapitre 5 — Les contrats précaires

41. Le principe de non-discrimination dans les conditions d'emploi des travailleurs à durée déterminée. La loi du 5 juin 2002 sur le principe de non-discrimination en faveur des travailleurs avec un contrat de travail à durée déterminée(213) transpose la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999(214), qui elle-même met en œuvre l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu par les partenaires sociaux réunis à l'échelon européen(215).

Tout comme la clause 4 de l'accord-cadre, l'article 4 de la loi interdit, en ce qui concerne les conditions d'emploi, de traiter les travailleurs à durée déterminée d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent ne soit justifié par des raisons objectives. Cette disposition ne vise pas à empêcher la conclusion de contrats de travail à durée déterminée mais à éviter qu'un employeur recoure à cette forme de collaboration pour priver les travailleurs de droits qui sont reconnus aux travailleurs à durée indéterminée(216).

(213) *M.B.*, 26 juin 2002.

(214) *J.O.*, 10 juillet 1999, pp. 43-48.

(215) Ce processus normatif est organisé par les articles 153 et 155 du TFUE (anciens articles 137 et 139 du Traité CE).

(216) C.J.U.E., 5 juin 2018, *Montero Mateos*, aff. C-677/16; C.J.U.E., 21 novembre 2018, *Viejobueno Ibáñez*, aff. C-245/17.



Le principe énoncé par cette disposition n'est lui-même qu'une expression particulière du principe général de non-discrimination ; il exige à la fois que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (217).

Dès ses premiers arrêts, la Cour de justice a souhaité donner une interprétation large de la notion de condition d'emploi. La question s'est rapidement posée de savoir si elle inclut la rémunération, étant donné que les instances européennes ne sont en principe pas compétentes pour adopter des directives relatives au niveau des rémunérations (218). La Cour de justice a écarté l'objection. L'absence de compétence de l'Union dans cette matière s'explique par le fait que la rémunération est un domaine traditionnellement réservé à la négociation collective ; l'accord-cadre, quant à lui, vise à mettre en œuvre le principe de non-discrimination qui, parce qu'il est un principe de droit social communautaire, ne saurait être interprété de façon restrictive (219). L'accord-cadre ne porte pas atteinte à la règle selon laquelle la fixation du montant des rémunérations demeure du ressort des instances nationales de sorte que la rémunération peut constituer une condition d'emploi au sens de l'accord-cadre (220).

Relèvent ainsi de la notion de « conditions de travail » une prime triennale d'ancienneté dans la fonction publique (221), les conditions de rémunérations et de pensions liées à la relation d'emploi sauf celles qui découlent d'un régime de pension légal (222), le droit de bénéficier d'un congé spécial pour occuper un mandat politique, avec maintien de l'emploi et du droit à l'avancement (223), le droit d'un travailleur, occupé par une administration publique, à la réintégration en cas de licenciement disciplinaire déclaré abusif ou illégal (224). La cour du travail de Bruxelles a ainsi constaté que c'est sans raison objective qu'une convention collective de travail d'entreprise prévoit l'octroi de titres-repas aux travailleurs

(217) C.J.U.E., 5 juin 2018, *Grupo Norte Facility*, aff. C-574/16 ; C.J.U.E., 20 juin 2019, *Ustariz Aróstegui*, aff. C-72/18.

(218) Art. 153 TFUE (ancien art. 137 Traité CE).

(219) C.J.U.E., 13 septembre 2007, *Del Cerro Alonso*, aff. C-307/05, § 38.

(220) Même arrêt, § 48.

(221) Not. *Del Cerro Alonso*, précité, § 48 ; *Ustariz Aróstegui*, précité, § 26.

(222) C.J.U.E., 15 avril 2008, *Impact*, C-268/06, §§ 132-134.

(223) C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Vega González*, aff. C-158/16.

(224) C.J.U.E., 25 juillet 2018, *Vernaza Ayovi*, aff. C-96/17.

à durée indéterminée et non à ceux qui sont occupés pour une durée déterminée (225).

La notion s'étend aussi aux conditions de résiliation d'un contrat, singulièrement au délai de préavis à observer en cas de résiliation unilatérale d'un contrat à terme (226), mais aussi à l'indemnité due en raison de l'extinction d'un contrat de travail (227) ou du non-respect du formalisme qui préside à la conclusion d'un contrat à terme (228), puisque ces indemnités sont versées « en raison de l'emploi », critère que la Cour tient pour décisif. Le régime particulier facilitant le licenciement des travailleurs à durée déterminée en incapacité de travail (art. 37/9 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail) mériterait d'être examiné au regard de la clause 4 de l'accord-cadre : y a-t-il des raisons objectives (229) pour justifier la différence de traitement ?

42. L'égalité de rémunération entre travailleurs intérimaires et travailleurs permanents. Suivant l'article 10 de la loi du 24 juillet 1987, la rémunération de l'intérimaire « ne peut être inférieure à celle à laquelle il aurait eu droit s'il était engagé dans les mêmes conditions comme travailleur permanent par l'utilisateur ». Pour apprécier les droits de l'intérimaire, il convient de le comparer au travailleur à durée déterminée. Si un avantage rémunérateur est réservé aux travailleurs à durée indéterminée, il n'y a, *a priori*, aucune raison de reconnaître au travailleur intérimaire le droit à ces avantages. L'intérimaire ne peut pas non plus parvenir à ses fins en se prévalant de la loi du 5 juin 2002, qui interdit, en ce qui concerne les conditions d'emploi, de traiter les travailleurs à durée déterminée d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent ne soit justifié par des raisons objectives : cette loi exclut de manière explicite le contrat de travail intérimaire de son champ d'application ; le travailleur ne peut donc, sur ce fondement, comparer sa situation et celle d'un travailleur permanent occupé pour une durée indéterminée.

(225) C. trav. Bruxelles, 8 octobre 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 28.

(226) C.J.U.E., 13 mars 2014, *Nierodzik*, aff. C-38/13.

(227) C.J.U.E., 14 septembre 2016, *De Diego Porras (I)*, aff. C-596/14 ; *Grupo Norte Facility*, précité.

(228) C.J.U.E., 12 décembre 2013, *Carratù*, aff. C-361/12.

(229) Sur l'interprétation de cette notion, voy. F. KÉFER et V. FÉVRIER, « Le travail à durée déterminée dans la jurisprudence de la Cour de justice », *J.D.E.*, 2020, pp. 50 et s., n^{os} 8 et s.



Il peut cependant parvenir indirectement à ce résultat s'il peut faire valoir que le travailleur à durée déterminée de l'utilisateur est discriminé par rapport aux travailleurs à durée indéterminée. Telle était la situation soumise à la cour du travail de Gand. Outre l'article 10 de la loi de 1987, la convention collective sectorielle reconnaît aux intérimaires le droit aux titres-repas aux « mêmes conditions que celles fixées par les conventions y relatives en vigueur chez les utilisateurs » (230). La convention collective d'entreprise ne reconnaissait le droit à des titres-repas qu'aux travailleurs occupés à durée indéterminée. L'intérimaire a allégué la violation de la loi du 5 juin 2002, qui interdit, en ce qui concerne les conditions d'emploi, de traiter les travailleurs à durée déterminée d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent ne soit justifié par des raisons objectives (art. 4). La cour, après avoir constaté que l'employeur se trouvait dans l'impossibilité de faire valoir la moindre raison objective de nature à justifier la différence de traitement entre ses travailleurs, a écarté la convention collective d'entreprise (art. 51 de loi du 5 décembre 1968) en ce qu'elle retirait aux travailleurs à durée déterminée le droit aux chèques-repas (231). L'alignement des droits des travailleurs à durée déterminée sur ceux des travailleurs à durée indéterminée a entraîné, par ricochet, le droit de l'intérimaire aux chèques-repas (232).

43. Les sanctions de la mise à disposition illicite de personnel. La loi du 24 juillet 1987 soumet la mise de travailleurs à la disposition de tiers à des conditions rigoureuses. Les sanctions de sa méconnaissance sont multiples. Outre les sanctions pénales, la loi prévoit trois sanctions civiles. L'une, la nullité du contrat de travail, prescrite par l'article 31, § 2, est réservée à l'hypothèse où le travailleur a été embauché en vue d'être mis illégalement à la disposition de l'utilisateur. Deux autres sanctions de nature civile sont applicables, cette fois, dans tous les cas de mise à disposition

(230) Convention collective de travail du 11 mars 2014, conclue au sein de la Commission paritaire pour le travail intérimaire et les entreprises agréées fournissant des travaux ou services de proximité, relative aux titres-repas en faveur des travailleurs intérimaires (A.R. du 8 février 2015, *M.B.*, 18 février 2015).

(231) Sur ce raisonnement, voy. Cass., 17 janvier 1994, *Pas.*, 1994, p. 50. Dans le même sens, not., C.J.C.E., 7 février 1991, *Nimz*, aff. C-184/89. Voy. aussi *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2722/1, p. 56; J.-F. GERMAIN et C. EYBEN, « Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires », *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, la Charte, 2008, pp. 346 et 347 et réf. citées.

(232) C. trav. Gand, 8 octobre 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 28.



irrégulière : l'existence d'un contrat de travail entre l'utilisateur et le travailleur depuis le début de l'exécution des travaux, ainsi que la solidarité de l'employeur et de l'utilisateur pour le paiement des salaires et cotisations sociales (art. 31, §§ 3 et 4). À deux reprises, la Cour de cassation s'est prononcée sur la sanction consistant dans l'existence d'un contrat de travail entre le salarié et l'utilisateur. Dans la première affaire, sur laquelle on reviendra lors de l'étude de l'ancienneté servant à calculer le préavis (233), le moyen articulait que les sanctions civiles des §§ 3 et 4 ne valaient que lorsque le contrat de travail conclu avec l'employeur initial est nul par application de l'article 31, § 2 ; il en déduisait que le travailleur ne pouvait être lié à la fois à son employeur initial et à un utilisateur. La Cour rejette le moyen dont le soutènement est inexact et qui manque, dès lors, en droit (234). Dans la seconde affaire, alors que le juge du fond avait écarté la sanction consistant dans l'existence d'un contrat de travail entre le salarié et l'utilisateur au motif que le travailleur restait lié à son employeur par le contrat initial, et jugeait que seules la sanction pénale et la solidarité étaient de mise, la Cour de cassation a cassé la décision attaquée (235).

L'articulation des différentes sanctions civiles est donc la suivante. D'une part, la sanction de nullité a un champ d'application limité au cas où l'engagement du travailleur est conclu dans le dessein de le mettre à la disposition d'un tiers utilisateur. D'autre part, les deux autres sanctions s'appliquent dans toutes les situations de mise à disposition illicite, y compris lorsque le contrat initial n'est pas frappé de nullité. Deux contrats peuvent ainsi se superposer : l'un avec l'employeur initial, l'autre avec l'utilisateur ; le second n'éclipse pas le premier. Cette situation fait naître des interrogations quant aux modalités et conséquences de la rupture de chacune des relations de travail.

Chapitre 6 — L'emploi des langues

44. L'emploi des langues. Le décret flamand du 19 juin 1973 (236) impose l'usage du néerlandais aux employeurs ayant un siège d'exploitation dans la région de langue néerlandaise (art. 5,

(233) *Infra*, n° 65.

(234) Cass., 8 octobre 2018, *R.W.*, 2018-2019, p. 1455.

(235) Cass., 6 mai 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 440.

(236) Décret réglant l'emploi des langues en matière de relations sociales entre employeurs et travailleurs ainsi qu'en matière d'actes et de documents d'entreprise prescrits par la loi et les règlements.



§ 1^{er}) dans les relations sociales entre employeurs et travailleurs, ainsi que dans les actes et documents d'entreprise prescrits par la loi, et ce à peine de nullité absolue des actes établis en méconnaissance de ses prescriptions (art. 10). Ces prescriptions sont appliquées tantôt de manière rigoureuse (237) tantôt de manière souple (238) par les tribunaux.

La Cour de justice a jugé que, en ce qu'il s'applique à un ressortissant d'un État de l'Union qui travaille dans une entreprise située en territoire flamand, ce décret viole la liberté de circulation des travailleurs (art. 45, TFUE) (239). Le gouvernement belge avait défendu le décret en invoquant trois objectifs, tous considérés comme légitimes par la Cour de justice : la promotion de l'une des langues nationales, la protection des travailleurs en leur permettant, entre autres, de prendre connaissance des documents sociaux dans leur propre langue et la facilitation des contrôles administratifs y afférents. Néanmoins, la Cour a considéré que le décret va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre les trois objectifs qu'il poursuit. La sanction de nullité absolue est disproportionnée et des mesures moins attentatoires à la liberté de circulation existent : dès lors que, dans le contexte du travail transfrontalier, le salarié ne connaît pas forcément la langue du pays où il travaille, « la formation d'un consentement libre et éclairé entre les parties requiert que celles-ci puissent établir leur contrat dans une langue autre que la langue officielle de cet État membre ».

Le décret flamand a ensuite été adapté en manière telle que, désormais, une deuxième version du contrat de travail peut être établie dans une autre langue, dans des cas très limités, au bénéfice de travailleurs transfrontaliers ou migrants (art. 5, § 2), avec priorité à la version néerlandaise en cas de divergence entre les deux versions (art. 5, § 4). Cette modification n'est pas entièrement satisfaisante. La sanction du non-respect de la règle reste la nullité absolue. Or, ce point était spécialement critiqué par la Cour. En outre, comme le relève C. Engels, on peut se demander si, au regard du droit belge de l'égalité et de la non-discrimination, la différence de traitement établie entre les travailleurs ayant usé

(237) C. trav. Bruxelles, 9 juillet 2014, *J.T.T.*, 2015, p. 105 ; C. trav. Bruxelles, 13 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 286.

(238) C. trav. Bruxelles, 22 janvier 2016, *Chron. D.S.*, 2016, p. 294.

(239) C.J.U.E., 16 avril 2013, *Las c. PSA Antwerp*, aff. C-202/11.



de leur liberté de circulation et ceux qui ne l'ont pas exercée est défendable (240).

Chapitre 7 — L'exécution du contrat

I. — L'EXÉCUTION EN NATURE

45. L'exécution en nature. Dans un examen antérieur, nous avons abordé la jurisprudence, essentiellement celle des juges des référés, condamnant l'employeur à l'exécution en nature des obligations résultant du contrat de travail (241). La problématique des modifications unilatérales est le terrain privilégié sur lequel cette pratique s'est développée. S'il fait droit à la demande dont il est saisi, sous le double bénéfice de l'urgence et du provisoire, le juge décide de suspendre l'exécution de la décision de l'employeur portant modification d'une des conditions du travail. Le plus souvent, il s'agit d'une modification de fonction. Dans ce cas, le juge enjoint à l'employeur de rétablir le travailleur dans son ancienne fonction (242).

L'injonction peut toutefois s'étendre à d'autres obligations. Ainsi, la cour du travail de Bruxelles condamne l'employeur cessionnaire, sur la base de la convention collective de travail n° 32bis, non pas à faire travailler les salariés identifiés, mais à les inscrire sur son *payroll*, à établir la Dimona et à leur payer la rémunération (243). La même juridiction, à nouveau dans le contexte d'un transfert conventionnel d'entreprise, enjoint à l'employeur cédant et à l'employeur cessionnaire de communiquer, par écrit, différentes informations détaillées et de consulter la délégation syndicale suivant un calendrier établi (244).

(240) C. ENGELS, *Overgang van onderneming in het kader van de Cao nr. 32bis*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 220 et s.

(241) Examen 2003, p. 158, n° 22. Sur l'étendue des pouvoirs du juge dans le cadre des actions en cessation, voy. F. BOUUELLE et A. FRY, « Les actions en cessation en droit social », in *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 108-120.

(242) C. trav. Bruxelles (réf.), 21 décembre 2017, *J.T.T.*, 2019, p. 125.

(243) C. trav. Bruxelles (réf.), 22 décembre 2011, inédit, R.G. 2011/CB/17, consultable sur www.juridat.be.

(244) C. trav. Bruxelles (réf.), 7 décembre 2017, inédit, R.G. 2017/CB/12, consultable sur www.terralaboris.be. Pour un examen de ce volet de l'arrêt, voy. J.-Ph. CORDIER et A. GUERIT, « L'information et la consultation des représentants des travailleurs en cas de transfert conventionnel d'entreprise: quel est leur contenu et quand doivent-elles être opérées ? », in V. D'HUART et F. KÉFER (dir.), *Casus de droit social*, CUP, vol. 191, 2019, Limal, Anthemis, pp. 145 et s.



Communément, il est admis que le juge, qu'il statue au fond ou en référé, est sans juridiction pour imposer l'exécution en nature du contrat de travail résilié, même fautivement, par l'une des parties. Pour cette raison, les décisions précisent fréquemment que leurs effets sont limités dans le temps : ils prennent fin lorsque le contrat est rompu. Ceci tient à des motifs relevant à la fois du droit commun mais aussi d'une particularité du contrat de travail, à savoir le pouvoir de résiliation unilatérale (245). Certaines décisions n'ont pas hésité à s'approcher de cette frontière sans néanmoins la franchir. Ainsi, confirmant la décision prise en première instance, la cour du travail de Bruxelles ordonne à l'employeur de suspendre la procédure pouvant mener au licenciement de la travailleuse (246). Celle-ci avait déposé une plainte pour discrimination — à ce titre, elle bénéficiait de la protection particulière contre le licenciement établie par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations — et également introduit une action en cessation. L'arrêt relève que *prima facie* le licenciement projeté repose sur des motifs qui ne sont pas étrangers à la plainte. Les effets de l'injonction cessent le jour où il sera statué sur l'action en cessation. Dans l'arrêt cité ci-dessus où la juridiction ordonne la communication d'informations, elle interdit au cédant et au cessionnaire de procéder à un licenciement collectif aussi longtemps que la procédure d'information et de consultation des travailleurs ordonnée par la décision n'a pas été achevée (247). Dans les deux espèces, la rupture du lien contractuel n'est pas consommée ; les parties ne sont pas contraintes à reprendre l'exécution de tout ou partie des obligations résultant d'un contrat résilié. La décision statue sur un projet ou une possibilité de rupture ultérieure qu'elle interdit.

Le chroniqueur s'interroge sur l'efficacité de ces décisions. Prononcées sans dire droit par le juge des référés, elles ne lient pas le juge du fond. Leur exécution forcée, en outre, se révèle dans la plupart des cas impossible (on mettra à part la condamnation à payer la rémunération) ; ainsi, l'employeur qui passe outre l'injonction de ne pas licencier est fort peu exposé au risque de

(245) C. trav. Bruxelles (réf.), 7 mai 2015, inédit, R.G. 2013/CB/12, consultable sur www.juridat.be ; C. trav. Bruxelles (réf.), 6 avril 2007, inédit, AR kg284, consultable sur www.juridat.be ; P. WÉRY, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », in P. A. FORIERS (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 2000, p. 359.

(246) C. trav. Bruxelles (réf.), 7 mai 2015, précité.

(247) C. trav. Bruxelles (réf.), 7 décembre 2017, précité.

devoir réintégrer le salarié congédié, sauf revirement majeur de la jurisprudence. Par ailleurs, le recours à l'astreinte, procédé de contrainte indirecte, est exclu légalement à tout le moins pour les obligations caractéristiques du contrat de travail, telles que l'obligation patronale de faire travailler ; en revanche, il est sans doute admissible pour l'injonction judiciaire de communiquer des informations aux organes de l'entreprise ou aux travailleurs (248).

II. — LA RÉMUNÉRATION

46. Les avantages alloués à un tiers ou par un tiers au contrat de travail. On le sait, la rémunération au sens de la loi relative aux contrats de travail s'entend de la contrepartie du travail effectué en exécution du contrat de travail (249).

La somme d'argent payée par l'employeur à un tiers au contrat de travail constitue de la rémunération si le travailleur a le droit d'exiger ce paiement en vertu du contrat de travail. C'est le cas, entre autres, de la contribution patronale à une assurance que l'employeur s'est engagé à souscrire en faveur d'un salarié ou d'un groupe de salariés (250). Dans un arrêt du 19 juin 2017, la Cour de cassation décide de même pour une allocation payée par l'employeur aux enfants des travailleurs à l'occasion de leur douzième anniversaire. Toutefois, la motivation de l'arrêt ne permet pas de déterminer avec certitude si la Cour décide que l'avantage alloué relève de la rémunération au sens de la loi relative aux contrats de travail ou au sens plus large de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération (251).

Qu'en est-il de l'avantage accordé au travailleur par une personne autre que l'employeur, c'est-à-dire un tiers au contrat de travail ? Dans le contentieux de l'assujettissement à la sécurité sociale, à deux reprises, la Cour de cassation a décidé que ce

(248) Art. 1385bis, C. jud. ; C.J. Benelux, *R.C.J.B.*, 1999, p. 429, note J. CLESSE, « L'astreinte en droit du travail », nos 11, 12 et 23. L'arrêt précité du 7 décembre 2017 de la Cour du travail de Bruxelles a ordonné la réouverture des débats sur la question de l'astreinte. En revanche, le dispositif de l'arrêt du 22 décembre 2011 prévoyait une astreinte sans, semble-t-il, que le point ait été débattu.

(249) Cass., 19 juin 2017, *J.T.T.*, p. 443 ; Cass., 20 mai 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 341, précédé des conclusions du ministère public, note P. DE KOSTER, « Mijlpaalarrest inzake loonbegrip voor heffing van sociale zekerheidsbijdragen ? ».

(250) Cass., 11 mars 2013, *Bull.*, 2013, n° 169, p. 637 ; Cass., 23 février 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 695 qui, il est vrai, retient la qualification d'avantage acquis en vertu du contrat.

(251) Cass., 19 juin 2017, précité : dans l'espèce soumise à la Cour, l'ONSS exigeait de l'employeur le paiement des cotisations de sécurité sociale sur les primes.



type d'avantage constitue de la rémunération entrant en ligne de compte pour le calcul des cotisations de sécurité sociale. De la motivation du premier arrêt, il ressort clairement que la décision est fondée sur la définition de la rémunération portée par la loi du 12 avril 1965 (252). La portée du second arrêt est plus malaisée à cerner. Il s'agissait de primes payées par un producteur aux salariés de l'entreprise chargée de distribuer ses produits. L'ONSS réclamait à ce producteur, tiers au contrat de travail, les cotisations de sécurité sociale afférentes aux primes payées par ce dernier aux travailleurs du distributeur. La cour du travail a fait droit à cette demande et le pourvoi en cassation a été rejeté (253). La motivation des deux décisions permet, avec toutefois une certaine incertitude, de conclure que, pour la Cour de cassation, les primes payées par le tiers constituent la contrepartie du travail; à ce titre, elles entrent dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale puisque, suivant une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la contrepartie du travail constitue le noyau dur de la rémunération au sens de la loi du 12 avril 1965, par référence à laquelle est déterminée l'assiette des cotisations de sécurité sociale. L'arrêt renouvelle l'attachement de la Cour à la thèse tenue depuis les célèbres arrêts du 3 avril 1978 (254): le droit du travailleur à la contrepartie du travail est une conséquence nécessaire de l'exécution d'un travail en vertu du contrat de travail.

47. Effets de l'absence de déclaration. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 15 février 2016, la cour du travail avait considéré que le travailleur avait été occupé au service de l'employeur cédant jusqu'au jour du transfert conventionnel. Sa décision était fondée sur un faisceau d'indices convergents, notamment l'employeur avait admis avoir payé des rémunérations, ajoutant que «le fait que personne n'ait jugé bon de déclarer ce paiement aux administrations sociale et fiscale ne l'empêche pas». Demandeur en cassation, l'employeur cessionnaire soutenait qu'en prenant en considération le paiement d'une somme non déclarée, l'arrêt violait le principe général du droit *fraus omnia corrumpit*. Sur les conclusions conformes du ministère public, la Cour a rejeté le moyen. Sa décision repose sur une motivation aussi sobre que celle du pourvoi: «Le principe (...) ne

(252) Cass., 10 octobre 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 463; *Pas.*, 2016, p. 1936.

(253) Cass., 20 mai 2019, précité, qui rejette le pourvoi dirigé contre C. trav. Bruxelles, 7 mars 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 473.

(254) *Pas.*, 1978, I, pp. 845 et 850.



prive pas celui qui a reçu une somme, non déclarée comme rémunération aux administrations fiscale et sociale, de faire valoir contre celui qui la lui a payée qu'elle constitue une rémunération reçue en contrepartie du travail fourni en exécution du contrat de travail» (255).

On se gardera de tirer de cet arrêt des conclusions hâtives. Il résulte de celui-ci, à notre avis, que l'employeur ne peut tirer avantage de son acte frauduleux, à savoir le paiement d'une rémunération non déclarée; il ne peut opposer le principe général du droit au travailleur en vue de réduire ses obligations à l'égard de ce dernier, en l'espèce le paiement d'une indemnité de préavis, dès lors que le travailleur n'a commis aucune faute (256). De ce fait, on peut déduire de l'arrêt que le salarié serait fondé à inclure dans l'assiette de l'indemnité de congé une rémunération qui lui aurait été payée sans être déclarée conformément aux dispositions sociales et fiscales. En revanche, le travailleur pourrait opposer le principe général du droit à l'employeur qui ferait état du paiement d'une somme non déclarée pour soutenir qu'il s'est libéré de son obligation de payer la rémunération (257).

48. Restitution de la rémunération payée indument. Par un arrêt du 16 septembre 2019 (258), la Cour de cassation a précisé les droits et obligations des parties lorsqu'une partie de la rémunération a été payée indument au travailleur. L'obligation du travailleur de restituer l'indu s'étend non seulement à la rémunération nette mais également au montant du précompte professionnel. En effet, le précompte constitue une partie de la rémunération due au travailleur bien qu'elle soit retenue à la source par l'employeur et transférée à l'administration fiscale à titre d'avances sur l'impôt. Il en va différemment pour la cotisation personnelle du travailleur à la sécurité sociale. De plusieurs dispositions de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté loi du 28 décembre 1944, l'arrêt déduit, à juste titre, que le travailleur ne dispose d'aucun droit sur la

(255) Cass., 15 février 2016, S.15.0020. F, avec les conclusions du ministère public sur www.juridat.be; *J.T.T.*, 2016, p. 158.

(256) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 309.

(257) C. trav. Anvers, 22 mars 1986, *Chron. D.S.*, 1987, p. 7. Dans la plupart des cas, ce résultat sera déjà atteint par l'application de l'article 47bis de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération (A. MORTIER, « L'impact de l'article 47bis de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs en regard de la problématique du défaut de quittance du paiement de la rémunération de la main à la main », *J.L.M.B.*, 2016, p. 1748).

(258) *J.T.T.*, 2020, p. 116.



cotisation payée par l'employeur à l'ONSS. Il s'ensuit que le droit d'exiger la restitution de la cotisation indument payée appartient à l'employeur seul et que ce droit s'exerce à l'encontre de l'ONSS, créancier de la cotisation.

III. — LE TRANSFERT CONVENTIONNEL D'ENTREPRISE

A. *La notion de transfert d'entreprise*

49. Le maintien de l'identité après le transfert. Pour produire les effets voulus par la convention collective n° 32*bis*, le transfert doit porter sur (i) une entité économique (ii) qui conserve une certaine identité malgré son transfert. Ces deux éléments sont indissociables. La question centrale, l'élément décisif est le suivant : « y a-t-il poursuite d'une exploitation ? » (259). Dans un arrêt du 28 janvier 2013, la Cour de cassation a précisé qu'il n'est pas requis que le cessionnaire ait l'intention de poursuivre durablement l'activité économique reprise (260). C'est ainsi qu'une exploitation d'un commerce par le concédant durant les quelques jours séparant la fin de la concession à un premier exploitant et l'entrée en vigueur d'un nouveau contrat de concession ne fait pas obstacle à ce que le concédant soit considéré comme cessionnaire de l'entreprise, en dépit du fait qu'il ne comptait pas exploiter durablement le commerce ; l'interprétation contraire permettrait que, par la volonté du cessionnaire, il soit dérogé au dispositif impératif de protection des travailleurs voulu par la directive. De même, dans un arrêt du 13 juin 2019, la Cour de justice a précisé que la protection assurée par la directive n'était pas subordonnée à la pérennité du cessionnaire au-delà d'un terme particulier (261).

Le transfert d'éléments d'actifs est souvent un élément permettant de caractériser la poursuite de l'exploitation. Un arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 2012 traite de la question de l'applicabilité du droit du transfert à la fois au cas de reprise d'activité en gestion directe et au cas particulier des entreprises de prestation de services qui utilisent les actifs mis à leur disposition par le tiers

(259) C.J.C.E., 18 mars 1986, *Spijkers*, aff. 24/85, §§ 11 et 12 ; C.J.U.E., 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10, § 60.

(260) Cass., 28 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 242.

(261) C.J.U.E., 13 juin 2019, *Ellinika Nafpigeia AE c. Panagiotis Anagnostopoulos*, aff. C-664/17, §§ 38 et s. La Cour rappelle néanmoins que le cédant et le cessionnaire ne pourraient bénéficier des avantages de la directive s'ils se sont entendus pour en tirer profit de manière frauduleuse ou abusive en ne remplissant ses conditions d'application que de manière formelle.



bénéficiaire des services. Un établissement scolaire (défendeur en cassation) avait confié sa cantine à une entreprise de restauration collective (demanderesse en cassation), qui exerçait l'activité dans les locaux et avec les équipements mis à sa disposition par l'école. Au bout d'un temps, celle-ci avait décidé d'exercer à nouveau l'activité de préparation et de distribution des repas aux étudiants et au personnel et avait mis fin au contrat qui la liait à l'entreprise de restauration collective, sans reprendre aucun des membres du personnel. Un des travailleurs réclamait une indemnité compensatoire de préavis. La cour du travail avait condamné uniquement l'entreprise de catering après avoir considéré qu'elle n'avait pas transmis son entreprise à l'école. Cette juridiction était d'avis que, puisque l'activité nécessitait un équipement considérable, le transfert de celui-ci était indispensable pour caractériser un transfert d'entreprise. Selon elle, les locaux et équipements ne pouvaient être considérés comme transférés à l'école puisqu'ils lui avaient toujours appartenu ; elle les avait mis à disposition puis supprimé le droit d'usage, ce qui ne pouvait être analysé comme un transfert d'éléments d'actifs corporels.

Saisie d'un pourvoi de l'entreprise de restauration collective, la Cour de cassation a cassé la décision : il y a bien eu un transfert conventionnel d'entreprise et l'établissement scolaire aurait donc dû poursuivre l'exécution des contrats de travail du personnel affecté à cette cantine par le cédant. Et quand bien même le licenciement pouvait se trouver justifié, l'établissement scolaire, qui était devenu l'employeur en raison du transfert, aurait dû être condamné à supporter le coût de l'indemnité compensatoire de préavis. Par sa motivation, la Cour montre que, pour l'interprétation de la convention collective de travail n° 32*bis*, elle se conforme en tous points à la jurisprudence de la Cour de justice (262). De longue date, celle-ci a déclaré le droit du transfert applicable au cas d'une entreprise qui faisait appel à un prestataire de services, puis résilie ce contrat de prestation de services et assure désormais elle-même ces travaux (263). De même, depuis longtemps, l'identité du propriétaire des actifs est un élément indifférent. Selon la Cour de justice, l'absence de transfert de propriété d'éléments d'actifs ne constitue pas un obstacle à l'application de la directive lorsque ces éléments sont mis à la disposition du cédant, puis du

(262) Cass., 7 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1019 ; *R.D.C.*, 2013, p. 776 et note J. PEETERS.

(263) C.J.U.E., 26 novembre 2015, *ADIF*, aff. C-509/14. Voy. déjà C.J.C.E., 10 décembre 1998, *Hernandez Vidal, Santner et Gomez Montaña*, aff. C-127/96, C-229/96 et C-74/97.



cessionnaire, par le donneur d'ordre (264). L'espèce soumise à la Cour de cassation combine les deux cas de figure : l'on était face à une reprise en gestion directe d'une activité reposant sur des actifs mis à la disposition de l'exploitant par le donneur d'ordre.

B. *Le maintien des contrats de travail*

50. Les obligations transférées. L'article 7 de la convention collective de travail n° 32*bis* énonce le principe du transfert au cessionnaire des droits et obligations qui résultent pour le cédant des contrats de travail existant à la date du transfert. Outre les classiques obligations de faire travailler et de verser la rémunération ou des arriérés de rémunération, doivent aussi être maintenues toutes les conditions de travail telle la durée du travail (265) ou encore l'obligation de respecter la protection liée au dépôt d'une plainte pour harcèlement (266).

De ce que le contrat de travail est simplement transféré et que le cessionnaire est littéralement substitué au cédant (267), il s'ensuit qu'une administration publique cessionnaire ne saurait imposer au personnel repris de se soumettre à une procédure de recrutement et d'avoir un nouveau lien avec elle (268).

La convention collective impose uniquement le transfert des obligations nées du contrat de travail. En revanche, lorsque le cédant a, à l'égard du travailleur, une dette de dommages et intérêts résultant du non-paiement du salaire, il ne s'agit pas d'une dette née du contrat de travail mais d'une infraction ; elle n'est dès lors pas transférée au cessionnaire. C'est ainsi que, dans une hypothèse où le salarié réclamait au cessionnaire des dommages et intérêts en raison du non-paiement de sa rémunération et couvrant à la fois la période antérieure au transfert et la période postérieure, la cour du travail de Mons a opéré une ventilation et n'a mis à charge du cessionnaire que la partie compensant des rémunérations dues pour la période postérieure au transfert (269) ;

(264) C.J.U.E., 7 août 2018, *Colino Sigüenza*, aff. C-472/16. Voy. déjà C.J.C.E., 20 novembre 2003, *Abler c. Sodexho et Sanrest*, aff. C-340/01, § 36.

(265) C. trav. Bruxelles, 19 novembre 2014, *J.T.T.*, 2015, p. 100.

(266) C. trav. Liège, 17 février 2012, *Chron. D.S.*, 2017, p. 92 et note P. BRASSEUR.

(267) S. SELUSI, *La cession du contrat de travail*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 30, n° 52.

(268) C.J.U.E., 13 juin 2019, *Correia Moreira c. Município de Portimão*, aff. C-317/18.

(269) C. trav. Mons, 20 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2015, p. 638. Voy. aussi C. trav. Mons, 15 avril 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 287.



cette position est conforme à l'enseignement qui se dégage d'un arrêt de la Cour de cassation du 20 octobre 1997 (270).

La cour du travail de Bruxelles a statué en sens contraire (271). La question était de savoir si la dette portant sur les arriérés, qui est transférée au cessionnaire, est soumise au délai de prescription de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 ou si elle peut se voir appliquer la prescription quinquennale de l'article 2262*bis* du Code civil. Par l'effet du transfert d'entreprise, le cessionnaire est devenu titulaire de cette dette d'arriérés de salaires. La cour part implicitement de la considération que, si, ultérieurement, le travailleur en demande le paiement, il a le choix entre trois possibilités : le paiement de la rémunération au titre de l'exécution en nature, le paiement de la rémunération au titre de la réparation en nature de son dommage et le paiement de dommages et intérêts. La première modalité conduit à l'application de la prescription annale de l'article 15, tandis que les deux autres voies sont des actions en réparation d'un dommage, soumises à l'article 2262*bis* du Code civil. Cette décision est en contradiction avec un arrêt de la Cour de cassation du 17 février 1997 par lequel celle-ci avait manifesté assez clairement que l'action dirigée contre le cessionnaire pour les dettes antérieures à la cession et qui lui sont transférées en vertu de celle-ci ne peut avoir qu'un fondement contractuel : l'inexécution de l'obligation transférée n'est pas une infraction imputable au cessionnaire, en dépit du fait que cette obligation devient sa propre dette par l'effet du transfert ; il en découle que le salarié ne peut, sur le fondement d'une infraction, en demander la réparation dans le délai de prescription propre aux actions extra-contractuelles (272).

51. La protection contre les modifications unilatérales des conditions du contrat. La directive 2001/23 que transpose la convention collective n° 32*bis* ne s'oppose pas à l'exercice, par l'employeur, de son *ius variandi*. Toutefois, celui-ci ne peut s'exercer que dans certaines limites. En toute circonstance, le droit d'adapter les conditions contractuelles doit être exercé dans le respect du principe rappelé régulièrement par la Cour : la directive « ne vise qu'une harmonisation partielle de la matière en cause et tend non pas à instaurer un niveau de protection uniforme pour

(270) Cass., 20 octobre 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 466 et *Pas.*, 1997, p. 1056.

(271) C. trav. Bruxelles, 12 août 2014, *J.T.T.*, 2015, p. 11.

(272) Cass., 17 février 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 165 et *Pas.*, 1997, I, p. 236. Voy. Examen 2003, pp. 187-188, n° 42.



l'ensemble de l'Union en fonction de critères communs, mais à assurer que le travailleur intéressé est protégé dans ses relations avec le cessionnaire de la même manière qu'il l'était dans ses relations avec le cédant, *en vertu des règles du droit de l'État membre concerné*» (273). Il s'agit donc de maintenir, au bénéfice des salariés transférés, le même niveau de protection que celui dont ils jouissaient avant le transfert. La directive ne peut être invoquée pour diminuer cette protection. Le contexte du transfert d'entreprise n'entraîne donc pas, par lui-même, une extension du *ius variandi* (274).

C'est ainsi que la Cour de cassation a rappelé fermement que la modification des conditions de rémunération sans l'accord du salarié est contraire à l'article 7 de la convention collective n° 32*bis* même lorsque ces conditions sont jugées globalement au moins aussi favorables (275). En l'espèce, le cédant payait à son personnel une prime de fréquence, destinée à récompenser la disponibilité pour le service de garde ; elle était calculée sur la base du nombre de gardes effectuées sur une année et payée en fin d'année. De même, le salarié bénéficiait d'augmentations annuelles de rémunération. Au nom des «inévitables aménagements apportés aux conditions salariales des travailleurs transférés», le cessionnaire avait remplacé la prime de fréquence par le paiement d'un autre avantage calculé autrement ; de même, les augmentations annuelles de rémunération avaient été remplacées par le paiement de primes uniques. Le travailleur, qui avait reçu ces montants, réclamait en outre le paiement de la prime de fréquence et des augmentations annuelles ; il avait été débouté de son action par la cour du travail, au motif qu'il ne pouvait « tout à la fois prétendre au maintien de l'ancien système tout en bénéficiant du nouveau qui lui est au moins aussi favorable ». En dépit de ces éléments, la Cour de cassation a estimé qu'on ne pouvait, sans violer l'article 7 de la convention collective de travail n° 32*bis*, débouter le salarié sans avoir constaté son accord sur la modification.

52. L'obligation *in solidum*. L'article 8 de la convention collective n° 32*bis* énonce que le cédant et le cessionnaire sont tenus *in solidum* des dettes antérieures à la cession. Nous avons

(273) Not. C.J.U.E., 6 mars 2014, *Amatori*, aff. C-458/12, § 41.

(274) *Contra*, notamment, L. PELTZER, « *Ius variandi* et transfert d'entreprise : quelques réflexions (critiques) autour de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2016 », *J.T.T.*, 2017, pp. 69-74.

(275) Cass., 14 novembre 2016, *J.T.T.*, 2017, p. 74.



relayé, dans un examen antérieur (276), la longue polémique au sujet des dettes nées après le transfert de l'entreprise : le cédant en est-il ou non déchargé ? L'interprétation *a contrario* est-elle la seule possible ? La Cour de cassation a tranché le débat le 10 novembre 2014 (277), en procédant, comme l'y invitait une bonne part de la doctrine, à une interprétation *a contrario* de l'article 8 de la convention collective : le cédant est libéré des dettes nées après la cession. Elle a donc cassé une décision qui avait mis à charge du cédant le paiement des salaires dus pour une période postérieure à la cession de l'entreprise.

Si tant le cédant que le cessionnaire sont obligés à la dette, comment se règle la contribution à la dette ? Est-ce en définitive le cédant ou le cessionnaire qui doit supporter la charge de la dette née avant le transfert de l'entreprise ? Cette question a été tranchée par un arrêt de la Cour de cassation du 16 septembre 2013 (278). Le cessionnaire avait introduit une action en garantie à l'encontre du cédant, action que la cour du travail avait rejetée. Dans son pourvoi, il alléguait qu'il n'était tenu *in solidum* que comme garant du cédant, qui devait supporter la contribution définitive des dettes nées avant le transfert. La Cour a rejeté son pourvoi : le cessionnaire qui paie une dette existant au jour du transfert paie sa propre dette ; il ne paie pas avec d'autres ou pour d'autres au sens de l'article 1251, 3^o, du Code civil. Il ne dispose donc pas d'une action subrogatoire à l'encontre du cédant. La contribution définitive est donc à charge du cessionnaire, à moins que la convention de transfert ne stipule autre chose. Cette solution mérite d'être approuvée. En effet, puisque le contrat de travail est transféré au cessionnaire, c'est celui-ci qui, après le transfert, est titulaire des droits mais aussi des obligations. Il est investi de la qualité de débiteur de toutes les dettes nées du contrat de travail, qu'elles soient antérieures ou postérieures à la cession.

C. *La protection contre le licenciement*

53. Les motifs licites de licenciement. Le licenciement ne peut être motivé par le transfert mais demeure expressément

(276) Examen 2003, pp. 188-189, n^o 43.

(277) Cass., 10 novembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2514. Selon que l'on consulte la version française ou néerlandaise de l'arrêt (*Arr. Cass.*, 2014, p. 2575), il est prononcé sur conclusions contraires ou conformes du ministère public.

(278) Cass., 16 septembre 2013, S.07.0031.F, réponse au quatrième moyen (cette partie de l'arrêt n'est pas publiée dans les revues juridiques consultées).



autorisé, tant par la directive 2001/23 que par la convention collective n° 32*bis*, pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi, mais ni la directive ni la convention collective ne donnent de définition de ces motifs qui, par exception, justifient le licenciement et qui, parce qu'aucune procédure de reconnaissance préalable n'a été mise sur pied, ne seront appréciés qu'*a posteriori* par le tribunal.

Longtemps, il a été communément admis que l'exception était extrêmement large, au point de « dévorer le principe » (279) de l'interdiction de licencier. Il paraissait assez facile de justifier par des motifs économiques, techniques ou d'organisation un licenciement décidé en raison du transfert de l'entreprise, même lorsque celui-ci n'était pas causé par des difficultés économiques.

La Cour de justice semble adopter une approche plus stricte des motifs justificatifs. Elle avait déjà décidé, par le passé, que le fait qu'une entreprise soit en restructuration ne saurait impliquer nécessairement et systématiquement des changements sur le plan de l'emploi au sens de l'article 4 de la directive 2001/23 ; cette nécessité doit se rencontrer *in concreto* (280). Ainsi, des circonstances telles que l'absence d'accord entre le cessionnaire et le bailleur sur un nouveau contrat de bail, l'impossibilité de trouver un autre local commercial ou l'impossibilité de transférer le personnel dans d'autres magasins peuvent être tenues pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation au sens dudit article 4, § 1^{er} (281). Dans son arrêt *Plessers*, sur lequel on va revenir, elle insiste : les motifs justificatifs ne peuvent « [tenir] intrinsèquement audit transfert » (282). Il faut quelque chose de plus. Au regard de ces arrêts, une mesure de réorganisation qui

(279) L'expression est tirée de V. BERTRAND et F. CAPRASSE, « Contrat de travail, cession d'entreprise et faillite », *J.T.T.*, 1986, p. 323, n° 24.

(280) Comp. C.J.U.E., 11 juin 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-561/07.

(281) C.J.C.E., 16 octobre 2008, *Kirtruna et Vignano*, aff. C-313/07.

(282) C.J.U.E., 16 mai 2019, *Plessers*, aff. C-509/17, § 54. Voy. aussi les conclusions de l'avocat général SZPUNAR, § 76 : « Il ne suffit pas de démontrer que l'extinction du contrat de travail est due à des raisons économiques, techniques ou d'organisation. Il doit également être prouvé que ces raisons ne découlent pas directement du transfert d'entreprise, en violation de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/23. En d'autres termes, il doit être prouvé que le licenciement en cause a été motivé par des *circonstances* supplémentaires, qui s'ajoutent audit transfert. Ce sont donc ces "circonstances supplémentaires" qui sont susceptibles d'être qualifiées de "raisons économiques, techniques ou d'organisation" au sens dudit article 4, paragraphe 1 ». Voy. déjà les conclusions de l'avocat général VAN GERVEN précédant C.J.C.E., 25 juillet 1991, *d'Urso*, aff. C-362/89, p. 20.



découle directement du transfert lui-même ne rencontre pas l'exigence de l'article 4 (283).

54. La charge de la preuve des motifs. La protection offerte par la convention collective n° 32*bis* contre le licenciement n'est pas plus élaborée que celle inscrite dans la directive. La charge de la preuve des motifs du licenciement n'y est pas réglée. À la différence de la situation de bien des travailleurs protégés contre le licenciement, aucune disposition particulière n'octroie au salarié le bénéfice d'une présomption de lien causal entre le licenciement et le transfert.

Longtemps, la solution la plus plausible était de s'en référer au droit commun de la charge de la preuve ; autrement dit, c'était au travailleur s'estimant congédié de manière illicite qu'il revenait de démontrer que les motifs de son licenciement n'étaient pas satisfaisants (284). En 2006 toutefois, la cour du travail de Liège en avait décidé autrement, jugeant que l'employeur avait la charge de prouver les motifs : puisqu'il invoque le bénéfice d'une exception, il lui appartient d'établir la réalité des raisons invoquées (285). Par son arrêt *Plessers*, la Cour de justice a renforcé cette position (286). On peut déduire de celui-ci que, pour respecter l'article 4, § 1^{er}, de la directive, la charge de prouver les motifs fondant le licenciement doit reposer sur l'employeur et non sur le travailleur. C'est pourquoi la Cour a reproché au régime belge du transfert sous autorité de justice de compromettre le respect de l'objectif principal de la directive précisé à l'article 4, § 1^{er} — à savoir la protection des travailleurs contre les licenciements injustifiés en cas de transfert d'entreprise ; ce reproche s'appuie entre autres sur le fait que, dans ce régime de transfert, « le cessionnaire n'est soumis à aucune

(283) Voy. C. trav. Liège, 27 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 412 (des difficultés de trésorerie, qui expliquent la restructuration de l'entreprise, ne suffisent pas à motiver valablement les licenciements).

(284) En ce sens, L. PELTZER, *Transfert conventionnel d'entreprises*, Bruxelles, Kluwer, 2006, pp. 140-141 ; C. WANTIEZ, « Les interdictions de licenciement en matière de transfert conventionnel, transfert après faillite et transfert dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises. Sanctions », in E. PLASSCHAERT et L. PELTZER, *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 200.

(285) C. trav. Liège, 27 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 412. Un rapprochement peut sans doute être effectué avec l'arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 2008 concernant le licenciement d'un travailleur en crédit-temps ; par cette décision, la Cour fait peser sur les épaules de l'employeur le fardeau de la preuve d'un motif licite de licenciement alors que la réglementation ne précise pas non plus à qui incombe cette charge (Cass., 14 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 113, et note I. VAN PUYVELDE, « De bewijslast van de regelmatigheid van het ontslag bij ontslagverboden » ; Examen 2012, n° 75).

(286) C.J.U.E., 16 mai 2019, *Plessers*, aff. C-509/17.



obligation de démontrer que les licenciements intervenus dans le cadre du transfert sont dus à des raisons d'ordre technique, économique ou organisationnel» (287).

55. L'indemnisation. Aucune disposition particulière n'octroie au salarié le bénéfice d'une indemnité forfaitaire en cas de licenciement motivé par le transfert de l'entreprise. Des controverses se sont élevées entre les partisans de l'application du droit commun et ceux tâchant d'élaborer une solution plus favorable, au prix de raisonnements parfois périlleux. Un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 29 avril 2013 a tranché la controverse dans un litige où l'ancien article 63 de la loi du 3 juillet 1978 (licenciement abusif) était encore applicable (288).

Le juge *a quo* avait constaté que le transfert de l'entreprise était la cause du licenciement de la travailleuse et que, par conséquent, la rupture du contrat était illégale puisque l'article 9 de la même convention collective s'oppose à ce que le changement d'employeur constitue, en lui-même, un motif de licenciement. Cependant, selon la cour du travail, il ne s'agissait pas d'un licenciement abusif au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 car la travailleuse s'était résignée à son licenciement et n'avait entrepris aucune démarche pour tenter de poursuivre l'exécution du contrat chez le cessionnaire: elle ne s'était pas présentée à l'entreprise à cette fin et n'avait pas vu, par conséquent, sa demande rejetée par le cessionnaire. Ce point de vue rejoignait celui d'une partie de la doctrine, selon laquelle le travailleur devait, avant toute autre chose, mettre le cessionnaire en demeure de le prendre à son service et de continuer l'exécution du contrat, à défaut de quoi il ne pouvait réclamer aucune indemnisation (289).

La Cour de cassation a adopté une interprétation contraire et cassé la décision attaquée: « Les juges d'appel ont fondé la décision que le licenciement n'est pas abusif sur le fait que la demanderesse s'est résignée au congé et n'a pas tenté de poursuivre l'exécution de son contrat de travail. Cette décision n'est pas légalement justifiée ». L'ouvrière pouvait donc, sans avoir préalablement réclamé au cessionnaire qu'il la reprenne à son service, alléguer le caractère abusif de son licenciement.

(287) §§ 58-59.

(288) Cass., 29 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 991.

(289) C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, Bousval, eds, 1996, p. 110.



La Cour établit ensuite un lien entre le licenciement illicite au regard du droit du transfert et l'ancien article 63 de la loi du 3 juillet 1978. La Cour précise en effet : « Le congé qui a été donné en violation de l'interdiction de licencier prévue aux articles 4.1 de la directive 2001/23/CE et 9 de la convention collective de travail n° 32*bis*, n'est pas justifié par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service au sens de l'article 63, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. L'arrêt qui statue autrement n'est pas légalement justifié ».

En d'autres termes, le licenciement d'un ouvrier irrégulier au regard de la convention collective n° 32*bis*, parce qu'il est motivé par le seul changement d'employeur sans que l'employeur puisse se prévaloir de l'un des motifs de justification admis par la convention collective, est également un licenciement irrégulier au regard de l'ancien article 63 de la loi du 3 juillet 1978 (290).

À l'heure actuelle, l'article 63 est abrogé pour l'essentiel des salariés, et la convention collective de travail n° 109 régit désormais la motivation des licenciements de bon nombre de travailleurs (291). La parenté entre les deux dispositions est cependant suffisamment étroite pour que l'on ose transposer l'enseignement de l'arrêt du 29 avril 2013 et considérer que le congé qui a été donné en violation de l'interdiction de licencier prévue à l'article 9 de la convention collective de travail n° 32*bis* n'est pas justifié par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service au sens de la convention collective n° 109. Cette identité, quoique partielle, entre les deux illicéités, facilite le calcul de la sanction pécuniaire, puisque la convention collective n° 109 prévoit explicitement la sanction de sa méconnaissance : à moins qu'il ne préfère réclamer la réparation de son dommage réel, en faisant lui-même la démonstration de l'existence et de l'étendue de celui-ci, la convention collective permet au travailleur de bénéficier d'une indemnité, égale à la rémunération de trois à dix-sept semaines (art. 9), qui peut être cumulée avec une indemnité compensatoire de préavis.

(290) L'inverse n'est pas vrai : tout licenciement abusif au regard de l'article 63 n'est pas forcément un licenciement irrégulier au regard de la convention collective de travail n° 32*bis*.

(291) Convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement.



D. *L'entreprise en difficultés*

56. Le transfert sous autorité de justice — L'article 5, § 1^{er}, de la directive exclut le transfert d'entreprise du champ d'application des articles 3 et 4 (maintien des contrats de travail et protection contre le licenciement)(292) lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure analogue « ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente »(293). La Cour de justice s'est prononcée plusieurs fois au sujet de cette disposition au cours de la période étudiée. Elle a tout d'abord précisé, dans ses arrêts *Smallsteps* et *Plessers*, que, étant donné que cette disposition s'écarte de l'objectif principal de la directive, elle fait l'objet d'une interprétation stricte(294). Aussi, les procédures qui ne visent pas la liquidation des biens du cédant ou ne se trouvent pas sous le contrôle d'une autorité publique compétente, restent dans le champ d'application des articles 3 et 4 de la directive(295).

Une procédure vise la liquidation des biens du cédant lorsque son objectif est, avant tout, de « maximiser le désintéressement des créanciers »; les biens du cédant sont vendus dans cette perspective. À l'inverse, une procédure vise la poursuite de l'activité lorsque son objectif principal est de « sauvegarder le caractère opérationnel de l'entreprise ou de ses unités viables »(296).

C'est ainsi que, par l'arrêt *Plessers*, la Cour de justice a jugé que les articles 3 et 4 de la directive demeurent applicables aux transferts intervenant dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice appliquée en vue du maintien de tout ou partie du cédant ou de ses activités. Le régime mis en place par le droit belge (article XX.86, § 3, du Code de droit économique et l'article 12 de la convention collective de travail n° 102), en ce qu'il prévoit non pas que tous les contrats de travail sont transférés au repreneur mais uniquement ceux des

(292) Les articles 6 et 7 de la directive restent d'application.

(293) Cette disposition est issue de la jurisprudence de la Cour de justice qui, par un arrêt *Abels*, entre autres, alors que la première version de la directive était muette au sujet des transferts intervenus dans le cadre d'une procédure de faillite, avait déclaré celle-ci inapplicable (C.J.C.E., 7 février 1985, *Abels*, aff. 135/83).

(294) C.J.U.E., 22 juin 2017, *FNV c. Smallsteps*, aff. C-126/16, § 41; C.J.U.E., 16 mai 2019, *Plessers*, aff. C-509/17, § 38.

(295) Sur la pertinence du critère tiré du contrôle judiciaire, voy. A. LAMINE, « Les droits des travailleurs licenciés en cas de transfert d'une entreprise insolvable », *J.D.E.*, 2018, p. 172.

(296) C.J.U.E., 22 juin 2017, *FNV c. Smallsteps*, aff. C-126/16, § 48.



salariés choisis par le repreneur — c'était l'objet du litige — est donc en contradiction avec l'article 3 de la directive, sans pouvoir se prévaloir de l'exception formulée par l'article 5, § 1^{er}.

Certains auteurs avaient pensé pouvoir justifier cette dérogation en s'inspirant de l'article 4, qui autorise les licenciements fondés sur des motifs économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi (297). La Cour de justice a rencontré cet argument (298). Selon elle, la perspective de la loi belge n'est pas la même que celle de la directive: les motifs justificatifs doivent, selon la première, dicter le choix des travailleurs *repris* tandis que, pour la seconde, ils doivent justifier le *licenciement*. La Cour relève que, par ce biais, la loi belge n'impose au cessionnaire aucune obligation de démontrer que le licenciement des travailleurs qu'il a choisis de ne pas reprendre est dû à des motifs techniques, économiques ou organisationnels (299).

Aussi longtemps que la loi et la convention collective ne sont pas modifiées pour les mettre en conformité au prescrit européen, quelle est la marge de manœuvre du juge, lorsque le transfert sous autorité de justice est envisagé conformément au droit belge mais en contradiction avec la directive européenne: le repreneur est-il tenu de reprendre l'ensemble du personnel à son service ou peut-il continuer à s'appuyer sur le droit belge pour faire valoir son droit de choisir? La directive est dépourvue d'effet direct dans les relations entre les particuliers (effet direct horizontal). Elle ne peut donc être invoquée devant les juridictions nationales. Celles-ci ne disposent pas de base juridique pour laisser le droit national inappliqué, sauf lorsque le cessionnaire est une administration publique (effet direct vertical), ce qui ne se rencontre pas dans la majorité des transferts sous autorité de justice. Le palliatif constitué du principe d'interprétation conforme a lui aussi ses limites et ne peut pas servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national (300). En d'autres termes,

(297) J. WINDEY, «La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises», *J.T.*, 2009, p. 249, n° 62; L. PELTZER, «Les aspects sociaux de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises», in F. DE TANDT (éd.), *La loi relative à la continuité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 160.

(298) §§ 57-60.

(299) Puisque le repreneur ne devient à aucun moment l'employeur du personnel licencié, il n'est donc pas confronté à l'obligation de justifier les licenciements. Selon l'avocat général SZPUNAR, le juge ne serait pas en mesure de garantir l'effet utile de la directive en raison de l'absence de pouvoir d'apprécier la nécessité des licenciements (§ 77).

(300) R. AYDOĞDU et J. WILDEMEERSCH, «L'arrêt 'Plessers' de la Cour de justice de l'Union européenne: une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par



les travailleurs se trouvent fort démunis sauf à mettre en cause la responsabilité de l'État belge (301).

Chapitre 8 — La résolution judiciaire

57. Effets de la résolution. Les décisions relatives à la résolution judiciaire du contrat de travail, relevées au cours de la période sous revue, confirment pour l'essentiel les enseignements acquis par le passé. On relève trois décisions apportant des précisions tantôt sur le moment auquel la décision produit ses effets tantôt sur le montant de l'indemnité.

Alors qu'en droit commun, la résolution du contrat rétablit les parties dans l'état où elles se seraient trouvées en l'absence de contrat, il en va différemment lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail, étant donné qu'il s'agit d'un contrat à exécution successive. C'est pourquoi, la Cour de cassation a précisé que la résolution judiciaire du contrat de travail « ne peut avoir pour effet d'annuler les prestations réciproques effectuées en exécution du contrat, lorsqu'elles ne sont pas susceptibles de restitution » (302). Si les parties ont poursuivi l'exécution du contrat durant la procédure judiciaire, la décision opère au moment du prononcé du jugement. Il est généralement admis que, si le contrat de travail a été suspendu, la décision du juge produit des effets rétroactifs au jour de la suspension du contrat, c'est-à-dire au jour où le travail a cessé. Un arrêt de la cour du travail de Bruxelles retient une solution intermédiaire : la dissolution a été prononcée à la date à laquelle le travailleur, en incapacité de travail avant le début de la procédure judiciaire et tout au long de celle-ci, a cessé d'être indemnisé par l'assureur groupe (303). Un second arrêt de la même cour considère que la règle n'est pas la dissolution au moment où les prestations ont cessé mais au jour de l'introduction de la demande, en l'espèce 18 mois après la cessation des prestations ; la cour ajoute que des obligations ont continué à être exécutées durant cette période telles le paiement du salaire garanti et du pécule de vacances (304). Si l'on approuve la solution consistant

transfert sous autorité de justice », *J.L.M.B.*, 2019, pp. 1267 et s.

(301) Pour un cas d'application, C. trav. Anvers, 14 août 2017, R.G. 2016/AH/191.

(302) Cass., 25 février 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 194 et *Pas.*, 1991, I, p. 616 et les concl. du ministère public.

(303) C. trav. Bruxelles, 17 décembre 2013, *J.T.T.*, 2014, p. 135.

(304) C. trav. Bruxelles, 6 mars 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 372. La cour s'appuie sur un arrêt de la cour du travail de Liège, qui n'avait toutefois retenu cette solution que pour le cas



à limiter l'effet rétroactif au jour où le travailleur cesse d'être indemnisé, il nous paraît que la fixation, par principe, au jour de l'introduction de la demande est critiquable au regard de l'arrêt de la Cour de cassation. Selon celle-ci, la règle n'est pas que l'effet rétroactif se produit au jour de l'introduction de la demande mais « à partir du moment où l'exécution du contrat n'est plus poursuivie et où, dès lors, il n'y a pas lieu à restitution » (305).

Quant à la réparation du dommage revenant à la victime du manquement, celle-ci peut être réalisée par la résolution elle-même, mais si le dommage n'est pas entièrement réparé par cette seule mesure, le juge peut condamner l'autre partie au paiement de dommages et intérêts, selon les principes du droit commun ; l'existence d'un dommage et sa consistance devront être prouvées par le demandeur. Le montant des dommages et intérêts peut — mais ne doit pas — être calculé par rapport à la valeur de l'indemnité de rupture que la victime aurait reçue si le contrat avait été dissous par un congé. À la différence de celle-ci, les dommages et intérêts ne couvrent pas une période en particulier. La cour du travail de Bruxelles a ainsi été amenée à refuser la demande de l'employeur tendant à déduire de l'indemnité le montant du salaire garanti payé durant les premières semaines d'incapacité de travail de même que la somme des indemnités d'incapacité versées par la mutuelle et l'assureur groupe ; il s'agit de réparer de manière forfaitaire le dommage résultant de la perte de l'emploi (306). La somme destinée à réparer le dommage matériel peut être cumulée avec une indemnité pour dommage moral lorsque les faits qui ont conduit à la résolution judiciaire sont constitutifs de harcèlement moral (307) ou s'ils ont créé un sentiment de dévalorisation et de mépris (308) ou un manque de considération (309).

où l'exécution avait été suspendue à partir de l'introduction de la demande (C. trav. Liège, 10 janvier 2007, *J.T.T.*, 2007, p. 204).

(305) Cass., 25 février 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 194 et *Pas.*, 1991, I, p. 616 et les concl. du ministère public.

(306) C. trav. Bruxelles, 17 décembre 2013, *J.T.T.*, 2014, p. 135. Dans le même sens, C. trav. Bruxelles, 6 mars 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 372.

(307) C. trav. Bruxelles, 6 mars 2017, précité.

(308) C. trav. Bruxelles, 17 décembre 2013, précité.

(309) C. trav. Bruxelles, 22 juin 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 358, qui a ajouté également une indemnité pour dommage matériel spécifique découlant du refus de prise en charge de frais de défense dans une procédure administrative.



Chapitre 9 — La résiliation unilatérale (sans motif grave)

I. — LE CONGÉ

58. Vice du consentement. Violence et dol. Le congé étant un acte juridique, sa validité suppose que la volonté de son auteur soit intacte. Le congé doit répondre aux conditions de droit commun relatives au consentement ; à défaut, son auteur peut en demander la nullité (310). La violence suppose une menace injuste ou illicite. De manière continue, la jurisprudence répète que la violence ne résulte pas du simple fait de soumettre le salarié au choix entre une démission et un licenciement pour motif grave, même si l'employeur évoque la possibilité d'appeler la police et d'entamer des poursuites judiciaires ; ces menaces ne sont pas injustes et l'employeur ne fait qu'exercer son droit à moins que les faits reprochés soient factices, manifestement sans fondement ou anodins (311). La menace peut en revanche avoir un caractère injuste et illicite en raison des circonstances dans lesquelles le travailleur a été convoqué ou entendu : des accusations graves formulées de manière volontairement vague par un aréopage composé de trois supérieurs hiérarchiques de l'entreprise tandis que le travailleur est seul, dans l'impossibilité de se défendre ou de faire appel à son conseil (312).

II. — L'ACTE ÉQUIPOLLENT À RUPTURE

59. La notion d'élément essentiel et son appréciation. La jurisprudence de la Cour de cassation demeure bien établie en ce sens que la partie qui modifie unilatéralement et de manière importante un élément essentiel du contrat de travail met fin à celui-ci de manière illicite. À l'instar du lieu de travail (313), la fonction constitue en principe un élément essentiel du contrat « à moins que le contraire puisse être déduit de la convention ou de

(310) Cass., 6 avril 1998, *Chron. D.S.*, 1999, p. 230 ; Cass., 10 novembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 19 et concl. du ministère public ; Examen 2003, n° 50 et Examen 2012, n° 51.

(311) C. trav. Bruxelles, 15 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 175 (rupture conventionnelle) ; C. trav. Liège, 13 mars 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 283 ; C. trav. Bruxelles, 27 juin 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 383.

(312) C. trav. Bruxelles, 14 novembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 113 (rupture conventionnelle) ; C. trav. Liège, 27 mai 2013, *Chron. D.S.*, 2015, p. 390 (somm.).

(313) Cass., 27 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1311 ; Examen, 1996, p. 540, n° 43.



l'exécution que les parties lui ont donnée»(314). Par ailleurs, «la dispense d'effectuer les prestations de travail décidée unilatéralement par l'employeur peut constituer une modification unilatérale d'une condition essentielle du contrat de travail, qui peut être considérée comme un congé»(315). L'arrêt a été prononcé dans une espèce où le travailleur avait été libéré de l'obligation de travailler après la notification d'un congé moyennant préavis. La solution demeure toutefois identique si la décision unilatérale de l'employeur n'est pas postérieure à un licenciement.

La distribution des attributions entre la Cour de cassation et le juge du fond est également bien établie : le juge du fond apprécie souverainement si un fait constitue une modification des conditions convenues ; la Cour de cassation vérifie si les faits constatés justifient les conséquences que le juge en déduit en droit. Ainsi, à deux reprises au cours de la période sous revue, la Cour a-t-elle cassé les décisions soumises à sa censure. Les deux espèces avaient trait à une modification de fonction. Dans un cas, le juge du fond avait retenu la modification d'un élément essentiel dans le chef d'un employeur qui n'avait pas informé préalablement la travailleuse avec précision sur la nature, l'objectif et la durée de son remplacement durant son congé de maternité(316) ; dans l'autre cas, le juge du fond avait considéré que la fonction ne formait pas un élément essentiel et, par surcroît, que la nouvelle fonction ne constituait pas une rétrogradation(317).

60. Modification unilatérale et manquement grave.

La distinction classique entre la modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat qui rompt le contrat de travail et le manquement d'une partie, fût-ce à ses obligations essentielles, qui ne met pas en soi fin au contrat a donné lieu à un arrêt intéressant de la Cour de cassation. L'employeur avait considéré que le travailleur, par ses absences injustifiées, avait mis fin volontairement au contrat. Le juge d'appel condamne l'employeur au paiement d'une indemnité de congé au motif que l'absence injustifiée ne met pas en soi fin au contrat et que l'employeur ne prouve pas la volonté certaine du travailleur de résilier le contrat. Astucieusement, le pourvoi en cassation a critiqué la légalité de la décision en plaçant la discussion sur le terrain de la charge de la preuve.

(314) Cass., 16 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 434.

(315) Cass., 19 janvier 2013, *J.T.T.*, 2015, p. 233.

(316) Cass., 24 juin 2015, *J.T.T.*, 2013, p. 359.

(317) Cass., 16 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 433.



Le moyen soutenait qu'il appartenait au travailleur, demandeur originaire, d'apporter la preuve de ce que l'employeur avait à tort considéré que le travailleur avait rompu de manière illicite le contrat; le travailleur pouvait faire cette preuve en établissant soit qu'il n'avait commis aucune faute, soit qu'il n'avait pas manifesté la volonté de mettre fin au contrat. La Cour a refusé d'entrer dans ce raisonnement. Le pourvoi est rejeté au motif que « la partie à un contrat de travail (en l'espèce, l'employeur) qui se prétend libérée de son obligation d'exécuter ce contrat par la circonstance que l'autre partie a, en manquant à ses obligations contractuelles, révélé sa volonté (...) de mettre fin (au contrat) a, conformément au second alinéa de l'article 1315 du Code civil, l'obligation de prouver cette volonté de l'autre partie » (318).

61. L'attitude du travailleur impliquant renonciation.

Lors de l'examen précédent, nous relevions que la jurisprudence, y compris celle de la Cour de cassation, accorde au travailleur, auquel l'employeur impose une modification unilatérale, un délai de réflexion avant de prendre une position définitive. La poursuite de l'exécution du contrat n'est toutefois pas sans risque pour le salarié. En poursuivant l'exécution du contrat au-delà du délai nécessaire pour prendre position, le comportement du travailleur peut non seulement impliquer une renonciation de sa part à invoquer la rupture du contrat imputable à l'employeur mais, aussi, exprimer un accord tacite sur les nouvelles conditions de travail (319). Il en va *a fortiori* ainsi lorsque le travailleur continue l'exécution du contrat après avoir constaté la résiliation immédiate par l'employeur. Ceci est confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 9 novembre 2015 (320).

Insistons sur le fait qu'il n'y a pas d'automaticité entre la continuation du contrat et la renonciation à se prévaloir de l'illégalité de la modification. D'un côté, sous le contrôle de la Cour de cassation, le juge du fond décide en fait, compte tenu des circonstances de l'espèce, s'il y a ou non renonciation tacite en veillant au respect du principe général du droit selon lequel la renonciation à un droit ne peut se déduire que de faits ou d'actes non susceptibles

(318) Cass., 22 octobre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 85.

(319) Examen 2012, n° 54; Cass., 17 juin 2002, *Bull.*, 2012, p. 1376. La poursuite de l'exécution du contrat peut également retarder le moment de la cessation du contrat (Examen 2012, n° 55; Cass., 19 janvier 2015, *J.T.T.*, 2016, p. 26).

(320) Cass., 9 novembre 2015, *J.T.T.*, 2016, p. 26.

d'une autre interprétation (321). Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 9 novembre 2015, la Cour a considéré que le juge du fond a pu légalement décider que le travailleur avait renoncé à se prévaloir de la rupture invoquée le 22 mai en se comportant comme s'il n'y avait pas eu de rupture jusqu'au 8 juillet. D'un autre côté, le travailleur peut renoncer à invoquer la rupture du contrat imputable à l'employeur sans renoncer au droit de poursuivre l'exécution forcée, en nature ou par équivalent, du contrat tel qu'il a été conclu (322).

III. — LE CONGÉ MOYENNANT PRÉAVIS

A. *La durée du préavis*

62. La loi sur le statut unique. Après l'arrêt prononcé par la Cour constitutionnelle le 7 juillet 2011 (323), jugeant discriminatoire la différence de traitement entre les employés et les ouvriers concernant la durée du préavis, le législateur a adopté, le 26 décembre 2013, une loi « instaurant un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement ». Elle s'applique aux congés notifiés à partir du 1^{er} janvier 2014 et contient des règles particulières pour les contrats dont l'exécution a débuté avant cette date. La loi du 26 décembre 2013 constitue une réforme majeure dans ce domaine. Elle reflète non seulement le désir d'harmonie entre les préavis des employés et ceux des ouvriers, dont la durée est uniforme et dépend désormais exclusivement de l'ancienneté de service. Elle traduit également une volonté d'attacher au licenciement d'autres conséquences que la seule exécution d'un préavis ou le règlement d'une indemnité. Le législateur n'a pas uniquement cherché à trouver un compromis entre les délais dont bénéficiaient les uns et les autres par le passé, mais a saisi l'occasion pour accroître la capacité du salarié à retrouver un emploi après un licenciement. Plusieurs mesures ont

(321) Cass., 23 janvier 2006, *Bull.*, 2006, p. 207, commenté lors de l'examen précédent (Examen 2012, n° 54).

(322) Cass., 26 juin 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 494, note C. WANTIEZ et M.-L. WANTIEZ, « Modification unilatérale-Renonciation à l'invoquer-Action du travailleur en exécution du contrat ».

(323) C. const., 7 juillet 2011, n° 125/2011.



été prises en effet pour stimuler l'employabilité des travailleurs dont le délai de préavis atteint au moins trente semaines (324).

63. La loi sur le statut unique (suite). La validité des conventions sur le préavis antérieures au 1^{er} janvier 2014. En élaborant la loi du 26 décembre 2013 sur le statut unique, le législateur a tenté de réaliser le difficile équilibre entre les exigences d'égalité, le désir d'éviter un alourdissement brutal des charges des entreprises occupant de nombreux ouvriers et la préservation, dans la mesure du possible, des expectatives des employés nées sur la base des anciennes dispositions. C'est dans cette optique qu'ont été adoptées les dispositions particulières relatives au calcul du délai de préavis des employés dont le contrat a pris cours avant le 1^{er} janvier 2014. Il s'agit d'additionner deux délais (art. 67) : d'une part, un délai calculé en fonction de l'ancienneté accumulée jusqu'au 31 décembre 2013 sur la base des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles applicables à cette date (art. 68, al. 2) ; d'autre part, un délai, exprimé en semaines, calculé en fonction de l'ancienneté acquise depuis le 1^{er} janvier 2014 sur la base des nouvelles dispositions (art. 69). Toutefois, pour les employés dont la rémunération annuelle excède 32.254 euros, dits « employés supérieurs », qui, par le passé, voyaient la durée de leur préavis fixée par convention ou par le juge, l'application de ces règles aurait conduit à une incertitude que le législateur a voulu éviter. Le premier délai est, en cas de licenciement, calculé de manière forfaitaire, à raison d'un mois par année entamée d'ancienneté acquise au 31 décembre 2013

(324) Voy. not. M. STRONGYLOS, R. CAPART et G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, Limal, Anthemis, 2014 ; M. BAUKENS et F. ROZENBERG (coord.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014 ; D. HEYLEN, L. VERMEULEN et I. VERREYNT, *De beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder het eenheidsstatuut*, Anvers, Intersentia, 2014 ; H. VAN HOOGENBEMT, *Nieuw ontslagrecht voor alle werknemers : commentaar en praktische tabellen*, Anvers, Biblo, 2014 ; M. VERWILGHEN et N. VAN KERREBROECK, *Harmonisation des statuts ouvriers-employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, Bruxelles, Larcier, 2014 ; J. CLESSE, « La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés », in J. CLESSE et J. HUBIN (dir.), *Questions spéciales de droit social. Hommage à Michel Dumont*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 419-476 ; C. ENGELS et O. WOUTERS, « De nieuwe ontslagregels voor arbeiders en bedienden vanaf 1 januari 2014 », *Oriëntatie*, 2014, n° 1, pp. 2-25 ; C. BAYART, « Het eenheidsstatuut : werking in de tijd, overgangsrecht, tweestappenberekening en conventionele regelingen inzake ontslagrechten en opzeggingstermijn », *R.D.S.*, 2015, pp. 379-465 ; P. JOASSART, « La Cour constitutionnelle et la loi sur les contrats de travail : une décennie d'évolutions », in L. DEAR et E. PLASSCHAERT (dir.), *Le contrat de travail revisité à la lumière du XXI^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 595-636 ; O. WOUTERS et A. CRAUWELS, « Vijf jaar toepassing van de ontslagregels onder de Wet Eenheidsstatuut (WES) », *Oriëntatie*, 2019, pp. 214-248.



avec un minimum de trois mois (art. 68, al. 3). Le second délai est inchangé.

Sous la législation précédente, les parties pouvaient convenir, avant la dissolution du contrat, d'une clause fixant une durée de préavis plus avantageuse pour le salarié (325). En outre, certains employés étaient autorisés à conclure une convention relative à la durée du préavis au plus tard au moment de leur engagement (art. 82, § 5, de la loi du 3 juillet 1978). L'article 68 de la loi sur le statut unique ne prévoit pas cette faculté et réduit donc les droits acquis par les employés dans ces deux cas de figure, lorsque la durée convenue s'avère plus longue que celle à laquelle aboutit l'application de l'article 68. Telle n'était pourtant pas l'intention des auteurs de la loi, ainsi qu'elle ressort des travaux préparatoires (326). Plusieurs courants ont alors traversé la jurisprudence : selon les uns, le texte clair de l'article 68 ne permettait pas de tenir compte des clauses de préavis conclues avant l'entrée en vigueur de la loi (327), pour d'autres, en revanche, il y avait lieu d'en tenir compte, pour calculer tantôt le premier délai, tantôt le second (328), tantôt encore le délai total pourvu que la clause soit plus favorable au travailleur (329).

La Cour constitutionnelle a ensuite été saisie à deux reprises d'une question préjudicielle identique ; celle-ci est limitée à la constitutionnalité de l'article 68, alinéa 3, en d'autres termes à l'application éventuelle de la clause de préavis pour le calcul du premier délai des travailleurs dont la rémunération excède 32.254 euros. Elle n'a pas été saisie de la question de la validité des clauses de préavis existantes au 31 décembre 2013 pour le calcul de la deuxième partie du délai de préavis visé à l'article 69 ou pour le calcul de l'ensemble du délai.

Dans ses arrêts des 18 octobre 2018 (330) et 6 juin 2019 (331), la Cour n'entend pas faire prévaloir les travaux préparatoires de la loi sur le texte clair de celle-ci mais vérifier que les mesures

(325) Cass., 7 avril 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 207 et Examen 2012, p. 292, n° 65.

(326) *Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, n° 53-3144/001, pp. 44 et 121.

(327) C. trav. Anvers, 18 décembre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 161.

(328) Voy. les références inédites citées par A. CRAUWELS, «Opzeggingsclausules aangegaan vóór 1 januari 2014. Recente rechtspraak van het Arbeidshof te Brussel en het Grondwettelijk Hof», *J.T.T.*, 2018, p. 437.

(329) C. trav. Bruxelles, 9 janvier 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 164.

(330) C. const., 18 octobre 2018, n° 140/2018, *J.T.T.*, 2018, p. 446, note A. CRAUWELS citée à la note 328.

(331) C. const., 6 juin 2019, n° 93/2019.



adoptées sont pertinentes au regard de l'objectif qu'elles poursuivent. Partant du constat que, par l'article 68, alinéa 3, le législateur entendait à la fois éviter que les employés supérieurs doivent encore, au moment de la rupture du contrat, négocier le premier délai de préavis et « tenir compte des attentes légitimes de l'employeur et du travailleur » (332) en ce qui concerne l'ancienneté de service acquise au 31 décembre 2013, la Cour considère que l'article 68, alinéa 3, méconnaît à un double titre les articles 10 et 11 de la Constitution : d'une part, parce qu'il peut être tenu compte de clauses de préavis pour les ouvriers et les employés dits « inférieurs » (ceux dont la rémunération est inférieure à 32.254 euros) et que ce critère de différenciation, bien qu'objectif, n'est pas pertinent au regard des objectifs poursuivis par la loi ; et, d'autre part, parce qu'il n'est pas pertinent de traiter de la même manière tous les employés « supérieurs », qu'ils aient ou non conclu avec leur employeur, avant le 1^{er} janvier 2014, une clause de préavis, autrement dit qu'ils bénéficient ou non d'une sécurité contractuelle avant cette date (333).

Quant aux effets de l'arrêt, la Cour estime que le constat de lacune est suffisamment clair et précis pour que le juge puisse combler celle-ci en attendant une intervention législative (334).

En ne limitant pas son dispositif aux clauses plus favorables aux travailleurs, l'arrêt a fait naître un débat sur le point de savoir si la clause relative au préavis conclue valablement avant le 1^{er} janvier 2014 reste applicable lorsqu'elle conduit à un résultat désavantageux pour l'employé. Une réponse négative s'impose si l'on admet que l'article 68 est unilatéralement impératif (335).

(332) C. const., 18 octobre 2018, n° 140/2018, B.7.1 et C. const., 6 juin 2019, n° 93/2019, B.6.1.

(333) Comp. Ch. BAYART, « Het eenheidsstatuut: werking in de tijd, overgangsrecht, tweestappenberekening en conventionele regelingen inzake ontslagrechten en opzeggings-termijnen », *R.D.S.*, 2015, pp. 439-440, n° 159.

(334) Sur le comblement de la lacune par le juge, voy. M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669 et s. ; B. RENAULD, « Saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle », *Saisir la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne*, CUP, vol. 131, Liège, Anthemis, 2012, pp. 131 et s. ; G. ROSOUX, « Les droits fondamentaux, dessinés par le juge constitutionnel belge — L'héritage de l'arrêt *Marckx* dans la jurisprudence constitutionnelle des droits fondamentaux », in S. BOUFFLETTE (dir.), *La Cour constitutionnelle*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 89 et s.

(335) Dans le même sens, I. VAN HIEL, « Hogere bedienden kunnen zich beroepen op opzeggingsclausules gesloten vóór 1 januari 2014. Noot onder GwH 18 oktober 2018, nr. 140/2018 », *Chron. D.S.*, 2019, p. 4, n° 20. *Contra*, A. CRAUWELS, « Opzeggingsclausules aangegaan vóór 1 januari 2014. Recente rechtspraak van het Arbeidshof te Brussel en het Grondwettelijk Hof », *op. cit.*, p. 444.



En raison de la manière dont la question a été libellée, d'autres questions demeurent sans réponse, au premier rang desquelles celle de l'applicabilité de la clause au second délai. Le conseil des ministres avait tenté d'amener la Cour à comparer la clause de préavis au résultat final du calcul en deux étapes visé à l'article 67. Il soutenait que si les règles conventionnelles étaient plus favorables que l'addition des deux délais légaux, ces règles devaient être appliquées au calcul de l'ensemble du délai de préavis(336). La Cour n'a pas saisi l'opportunité d'examiner la question sous cet angle de sorte que, dans l'interprétation qu'elle retient, le second délai n'est pas susceptible d'être absorbé par celui qui découle de l'application de la clause de préavis ; il s'ajoute au premier délai. Dit autrement, la clause contractuelle ne s'applique pas au délai total visé par l'article 67.

Ceci ne dit pas si le second délai, visé par l'article 69, peut être déterminé selon une clause contractuelle conclue avant le 1^{er} janvier 2014. Selon la manière dont la clause est libellée, le travailleur peut avoir un intérêt à limiter son application au premier délai(337). Mais il peut avoir un intérêt inverse et calculer les deux délais conformément à la clause. Or, l'article 69 ne prévoit pas l'application de règles contractuelles. Dans l'interprétation selon laquelle la clause de préavis conclue avant l'entrée en vigueur de la loi sur le statut unique ne peut influencer le calcul du second délai, alors que les travailleurs engagés après le 1^{er} janvier 2014 disposent du droit de conclure une convention individuelle plus avantageuse (art. 37/3 de la loi du 3 juillet 1978), certains se posent la question d'une éventuelle discrimination entre ces deux catégories de travailleurs(338). À notre estime, la difficulté peut être surmontée en tenant l'article 69 de la loi sur le statut unique pour une disposition unilatéralement impérative de sorte qu'une clause de stabilité d'emploi plus avantageuse pour le travailleur que le dispositif légal produit les effets voulus par les parties au contrat de travail(339).

(336) C. const., 18 octobre 2018, n° 140/2018, A.4.1.

(337) C'était le cas dans les deux affaires soumises à la Cour. Dans la première, le travailleur avait intérêt à ne valoriser la formule contenue dans la clause que pour le calcul du premier délai et à lui ajouter le second délai calculé sur la base de l'article 69. Dans la seconde affaire, la clause était libellée comme suit : « l'indemnité de préavis en cas de licenciement par l'employeur est fixée à 60 mois ».

(338) A. CRAUWELS, « Opzeggingsclausules aangegaan vóór 1 januari 2014. Recente rechtspraak van het Arbeidshof te Brussel en het Grondwettelijk Hof », *op. cit.*, p. 445.

(339) Dans le même sens, W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social. Droit du travail '19-'20*, Malines, Kluwer, 2019, p. 2480, n° 4386.



64. Les mesures destinées à l'employabilité. Parmi les innovations de la loi sur le statut unique, figurent les « mesures destinées à augmenter l'employabilité du travailleur ». Ce nouveau dispositif concerne le travailleur dont la durée légale de préavis est d'au moins trente semaines : le licenciement ne se traduit plus uniquement par un préavis ou une indemnité en tenant lieu ; ses conséquences incluent un accompagnement du travailleur pour faciliter sa transition vers un nouvel emploi. D'une part, la loi fait l'obligation à l'employeur d'offrir un reclassement professionnel et au travailleur de l'accepter, pour autant que l'offre soit convenable (art. 11/5 et s. de la loi du 5 septembre 2001 visant à améliorer le taux d'emploi des travailleurs, introduits par les art. 82 et s. de la loi du 26 décembre 2013). L'obligation s'étend à tous les travailleurs sans distinction d'âge et à tous les employeurs (340). D'autre part, le législateur délègue aux partenaires sociaux le pouvoir — et leur fait l'obligation — de mettre sur pied un ensemble de mesures destinées à augmenter l'employabilité des travailleurs. Ces mesures — initialement prévues pour 2019 mais entre-temps repoussées (341) — remplaceront un tiers de la durée du préavis ou de l'indemnité correspondante ; ceux-ci ne pourront cependant pas descendre en-dessous de 26 semaines. Le reclassement professionnel organisé par la loi du 5 septembre 2001 pourra constituer une partie dudit tiers (art. 39^{ter} de la loi du 3 juillet 1978, introduit par l'article 92 de la loi du 26 décembre 2013).

Une partie de ces dispositions a été attaquée par un ensemble de requérants, dont la Confédération nationale des cadres. Outre les moyens fondés sur les règles constitutionnelles de répartition des compétences entre les régions et l'État fédéral, les requérants invoquaient une violation du droit de propriété, une méconnaissance du principe d'égalité et une violation du principe de *standstill*. La Cour constitutionnelle a rejeté le recours par un arrêt du 25 juin 2015 (342).

On retiendra essentiellement deux arguments. Le premier est fondé sur une inégalité que les requérants pensent pouvoir

(340) Sont cependant exclus les travailleurs entrant dans le champ d'application des dispositions dites « Gestion active des restructurations » contenues dans la loi du 23 décembre 2005 relative au pacte de solidarité entre les générations.

(341) Ces mesures auraient dû être mises en place pour la fin de l'année 2018. Le délai a été reporté une première fois au 30 septembre 2019 par une loi du 26 mai 2019, qui permet en outre au Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, de reporter la date du 30 septembre 2019 à une date ultérieure qui ne peut toutefois excéder le 1^{er} janvier 2021.

(342) C. const., 25 juin 2015, n° 98/2015.



constater entre les travailleurs licenciés avec indemnité et ceux qui bénéficient d'un délai de préavis ; seuls les premiers participent au financement du reclassement professionnel, par la réduction de l'indemnité à concurrence de quatre semaines de rémunération (art. 11/5, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 5 septembre 2001). La Cour répond à cette allégation que, s'agissant des salariés qui effectuent un préavis, ils ne perçoivent par hypothèse aucune indemnité sur laquelle la valeur des mesures pourrait être imputée ; il n'est pas déraisonnable pour le législateur d'avoir considéré qu'opérer un prélèvement sur leur rémunération serait disproportionné. Mais ces travailleurs participent autrement à la charge des mesures en question, en ce que le nombre des jours d'absence pour rechercher un nouvel emploi est réduit (art. 11/6, §1^{er}, 1^o, de la même loi) (B.23.2).

Le second tient en ce que les requérants estimaient que le niveau de protection dont ils bénéficient désormais — ils sont employés — est affaibli par l'article 92 et le sera encore davantage à partir de l'entrée en vigueur des mesures destinées à stimuler leur employabilité en ce que « la mesure supplémentaire octroyant un ensemble de mesures en matière de licenciement, qui doit se composer, à partir de 2019, d'un tiers au moins de mesures visant à accroître l'employabilité, jointe à l'uniformisation des délais de préavis et des indemnités compensatoires de préavis, affecterait sensiblement le niveau de protection des employés ». Ils invoquaient comme soutien de leur demande l'article 23 de la Constitution (343). Selon la Cour, en effet, l'article 23 contient une obligation de *standstill* qui interdit au législateur de réduire, de manière significative, le degré de protection offert par la loi applicable, sans qu'existent pour ce faire des motifs d'intérêt général (344). La vérification du respect de cette obligation conduit à comparer la situation des destinataires de la norme avec la situation qui était la leur sous l'empire de la législation ancienne (345). En l'occurrence, la Cour considère que l'article 92 ne réduit pas de manière significative le niveau de protection des travailleurs licenciés, puisque les mesures à élaborer par les conventions collectives sectorielles ne représenteront que le tiers de l'ensemble des mesures qu'entraîne

(343) Ils invoquaient également l'article 4 de la Charte sociale européenne révisée, point sur lequel la Cour ne se prononce pas explicitement.

(344) I. HACHEZ, « La portée des droits constitutionnels », *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 344 et s.

(345) C. const., 14 janvier 2004, n^o 5/2004.



un licenciement (cet ensemble étant lui-même composé au départ d'un reclassement professionnel et d'une indemnité ou d'un délai), «l'ensemble des mesures en matière de licenciement étant cependant équivalent» (B.28).

65. Ancienneté et mise à disposition illicite. De longue date, l'ancienneté à prendre en considération pour la détermination du délai de préavis a été définie comme la durée de l'occupation au service de la «même entreprise», pour ce qui concerne les ouvriers, et au service «du même employeur» pour ce qui regarde les employés. Les notions de «même entreprise» et «même employeur» désignent une même réalité, à savoir l'unité économique d'exploitation, sans égard pour les éventuelles modifications de sa nature juridique et de sa direction (346).

N'ont pas été considérés comme formant une même entreprise différentes fabriques d'église occupant successivement le même organiste, en dépit du fait qu'elles relèvent du même diocèse (347), ni deux hôpitaux faisant partie du même réseau mais néanmoins concurrents (348); sont en revanche considérés comme constituant une même entreprise un syndicat régional et la centrale professionnelle dépendant de la même organisation représentative (349) ou encore plusieurs mutualités affiliées à la même unité nationale et les a.s.b.l. dont l'activité leur est étroitement liée (350).

Le travailleur qui a été mis par son employeur à disposition d'une entreprise d'une même entité économique et financière sans que soient respectées les dispositions de l'article 32 de la loi du 24 juillet 1987 peut-il faire valoir l'ancienneté acquise auprès du premier? La question a été abordée par la Cour de cassation alors qu'était encore en vigueur l'ancien article 82, § 2, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978. Le juge du fond avait constaté que la méconnaissance de la loi de 1987 avait, par application de l'article 31, § 3, de la même loi, donné naissance à un contrat de travail à durée indéterminée entre le travailleur et l'utilisateur. La Cour en a déduit que cela implique nécessairement que les deux sociétés constituent des unités économiques d'exploitation différentes et exclut dès lors qu'elles puissent être considérées comme un même

(346) Examen 2012, p. 289, n° 59.

(347) C. trav. Liège, 26 septembre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 24.

(348) C. trav. Bruxelles, 17 janvier 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 155.

(349) C. trav. Mons, 14 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 413.

(350) C. trav. Bruxelles, 29 juin 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 389.

employeur au sens de l'article 82 (351). Il n'est pas facile de tirer les enseignements de cet arrêt. À première vue, il semblerait que l'on puisse en déduire *a contrario* qu'il n'y a pas de mise à disposition illicite et pas de dualité de contrats de travail (352) lorsque les deux entités forment une seule unité économique d'exploitation. Mais peut-être n'est-ce pas là la portée de l'arrêt. Le point soumis à la Cour concerne l'ancienneté à prendre en compte pour déterminer la durée du préavis à observer par l'employeur utilisateur lorsqu'il met fin au contrat ; il ressort de l'arrêt que l'utilisateur et l'employeur initial ne peuvent être considérés comme un même employeur au sens de cette disposition. Cela implique que le travailleur ne peut faire valoir vis-à-vis de l'utilisateur l'ancienneté acquise auprès de l'employeur initial. On suppose néanmoins que, si seul l'utilisateur licencie le travailleur, le contrat conclu avec l'employeur initial subsiste en sorte que le salarié conserve et puisse faire valoir l'ancienneté acquise auprès de celui-ci lorsque ce contrat prendra fin.

66. Abréviations du préavis. Une fois le préavis entamé, le contrat peut prendre fin par un autre mode de dissolution notamment la force majeure, le décès du travailleur, un licenciement pour motif grave (353) ou un contre-préavis remis par le travailleur selon l'article 37/2, § 3, de la loi du 3 juillet 1978 (354). L'imputation de la rupture est, dans ces deux derniers cas, transférée au travailleur. L'employeur qui a notifié un préavis peut aussi écourter celui-ci et payer une indemnité compensant le nombre de mois de préavis supprimés. L'employeur pourrait-il, au cours de l'exécution du préavis de licenciement, notifier un second congé moyennant un préavis abrégé tel qu'il est prévu par l'article 37/6 lorsque le travailleur atteint l'âge légal de la retraite ? La cour du travail de Bruxelles est d'un avis contraire (355) ; elle juge que le contrat pourrait être rompu par un autre mode de rupture, mais pas par un second licenciement moyennant préavis et ce, en raison du caractère irrévocable du congé. Il est bien établi qu'une fois le

(351) Cass., 8 octobre 2018, *R.W.*, 2018-2019, p. 1455. En faisant référence à l'unité économique d'exploitation, la Cour confirme que la référence, dans son arrêt du 13 janvier 2003, à l'unité *technique* d'exploitation était une erreur de plume (Examen 2012, p. 289, note de bas de page 321).

(352) *Voy. supra*, n° 43.

(353) Examen 2012, n° 71 ; Cass., 26 février 2007, *J.T.T.*, 2007, p. 239 ; Cass., 5 janvier 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 228.

(354) Cass., 26 novembre 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 26 ; Cass., 20 janvier 1992, *Pas.*, 1992, p. 436.

(355) C. trav. Bruxelles, 15 décembre 2015, *J.T.T.*, 2016, p. 116.



congé donné, il est irrévocable ; cela signifie qu'il fait naître dans le chef du destinataire un « droit à la cessation du contrat » (356) en sorte que le congé ne peut être retiré unilatéralement (357) ni assorti d'une condition (358). Le travailleur auquel a été notifié un préavis a, de même, acquis le droit que le contrat se poursuive jusqu'au terme du préavis notifié. L'employeur qui n'a pas usé de la faculté que lui offre l'article 37/6 ne peut, lorsqu'il s'aperçoit de sa méprise, notifier un second congé en vue de raccourcir le préavis. Néanmoins, l'on peut se demander si le bénéfice de l'article 37/6 n'est pas maintenu lorsque les conditions légales de cette disposition n'étaient pas réunies au moment de la notification du congé mais le sont en cours du préavis, en raison d'une longue suspension dont celui-ci serait affecté. De la même manière qu'après le début du préavis, le contrat peut prendre fin par un nouvel acte de rupture tel un congé moyennant indemnité ou un constat de force majeure, le contrat de travail prendrait fin par un nouveau congé moyennant un préavis abrégé dont les conditions n'étaient pas réunies au moment du premier préavis.

B. *La nullité du préavis*

67. Le formalisme. Le non-respect du formalisme entourant la démission et le licenciement précédés d'un préavis est sanctionné de nullité. Cette nullité est relative (seule la partie à laquelle le préavis est notifié peut s'en prévaloir) lorsque l'écrit par lequel le préavis est notifié n'indique pas le début et la durée du préavis (art. 37, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978) (359) ainsi que lorsque le salarié ne se plie pas aux modes légaux de notification du préavis à son employeur (lettre recommandée, exploit d'huissier, ou encore remise d'un écrit à l'employeur) (art. 37, § 1^{er}, al. 3). Elle est absolue si c'est l'employeur qui a méconnu les modalités de notification (lettre recommandée ou exploit d'huissier) (art. 37, § 1^{er}, al. 4). La notification à une adresse erronée est tenue par

(356) P. DENIS, *Droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 108.

(357) Cass., 3 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1173.

(358) J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, Liège, Fac. Dr., 1992, pp. 34-38.

(359) Cass., 25 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 928. La mention d'une date prématurée pour le début du préavis n'est, en revanche, pas sanctionnée de nullité ; la difficulté se résout par l'octroi d'une indemnité compensatoire de préavis pour la durée manquante (C. trav. Bruxelles, 24 mai 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 365).

la jurisprudence pour une absence de notification et entraîne la même sanction de nullité absolue(360).

Il arrive assez fréquemment que l'envoi de la lettre de licenciement ou de démission soit précédé d'un entretien au cours duquel l'auteur de la rupture informe oralement l'autre partie de ses intentions. Parfois même, il lui remet une copie de ce courrier avant de l'expédier. Le préavis est-il nul dans un tel cas de figure, pour avoir été remis de la main à la main? C'est ce que soutenait une travailleuse, que la cour du travail de Liège a déboutée. Cependant, plutôt que de décider que l'employeur n'avait fait que communiquer son intention et non un acte juridique produisant la rupture du contrat, la cour a motivé sa décision par le fait que, étant donné que la travailleuse n'avait pas encore fait valoir la nullité du préavis, l'employeur pouvait notifier un nouveau congé assorti d'un préavis valable, lequel prend cours à la même date que le premier, si les délais légaux de notification peuvent encore être respectés à ce moment(361). Dans une hypothèse différente, où l'employeur avait, au cours de l'entretien précédant le recommandé, fait part non pas d'une intention mais d'une décision, la même cour, autrement composée, a analysé comme un congé irrégulier la communication verbale du licenciement avec préavis(362).

68. Nullité du préavis et congé immédiat. Il résulte d'une jurisprudence bien établie que la nullité du préavis n'emporte pas la nullité du congé, qui reste intact; il produit ses effets, avec la particularité que la rupture du contrat est immédiate et non reportée au terme d'un préavis. L'auteur du congé s'expose au risque de payer une indemnité compensatoire de préavis.

L'on a vu, au cours de l'examen précédent(363), que le destinataire du préavis nul qui veut invoquer la rupture immédiate et réclamer l'indemnité doit faire valoir son droit dans un délai raisonnable, délai dont la durée est appréciée par le juge(364). La

(360) C. trav. Bruxelles, 19 octobre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 149; C. trav. Bruxelles, 7 septembre 2016, *J.T.T.*, 2017, p. 86.

(361) C. trav. Liège, 17 octobre 2013, *J.T.T.*, 2014, p. 59 et *J.L.M.B.*, 2014, p. 665.

(362) C. trav. Liège, 11 juillet 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 740.

(363) Examen 2012, pp. 300-304, n° 69. Not. Cass., 25 avril 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 381; Cass., 30 mai 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 378; Cass., 11 avril 2005, *J.T.T.*, 2005, pp. 382 et s. et obs.; Cass., 28 janvier 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 239.

(364) Pour des délais jugés déraisonnables, voy. C. trav. Bruxelles, 8 septembre 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 45 (plus de trois mois); C. trav. Bruxelles, 28 octobre 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 106 (quinze jours pour la réaction de l'employeur); C. trav. Anvers, 17 décembre 2012,



jurisprudence a poursuivi dans cette voie au cours de la période sous revue, s'alignant ainsi sur les solutions dégagées par la Cour de cassation. Lorsque, après la notification du préavis irrégulier, l'employeur et le travailleur se comportent d'une manière qui donne à penser que le congé n'était pas immédiat, le juge est autorisé à considérer qu'après un délai raisonnable, ils ont renoncé à leur droit de se prévaloir du congé immédiat. Dans ce cas, tant le préavis que le congé ne produisent aucun effet. Le travailleur est tenu de poursuivre l'exécution du contrat de travail. Ce dernier subsiste jusqu'à ce qu'il y soit mis fin d'une manière différente(365), par exemple parce qu'au terme de ce que l'employeur a pris pour un préavis valable, il s'oppose à ce que le travailleur poursuive l'exécution du contrat, et/ou lui adresse un certificat de chômage C4(366).

69. Nullité du préavis et renonciation. Lorsque la nullité est relative, le destinataire du congé dispose de la faculté de couvrir la nullité, c'est-à-dire confirmer l'acte nul. Il renonce par là à exercer son droit de critique(367). Cette renonciation obéit aux règles habituelles de confirmation de la nullité relative(368). Elle peut être insérée dans une convention par laquelle les parties, après la notification du préavis nul, se mettent d'accord sur la durée du préavis.

En revanche, dans les hypothèses de nullité absolue, le travailleur ne peut couvrir la nullité du préavis et n'a le choix qu'entre deux attitudes : soit invoquer la rupture immédiate et exiger le paiement de l'indemnité compensatoire de préavis, soit poursuivre l'exécution du contrat et retirer ainsi au congé tout effet.

Si la nullité absolue ne peut être couverte, les parties peuvent-elles néanmoins conclure une convention relative aux modalités du préavis ? Le point est alors de savoir si la convention est postérieure au congé, c'est-à-dire conclue à un moment où le travailleur

Chron. D.S., 2014, p. 162 (plus de deux mois et demi); C. trav. Bruxelles, 15 mars 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 299 (quatre mois); C. trav. Liège, 17 octobre 2013, *J.T.T.*, 2014, p. 59 et *J.L.M.B.*, 2014, p. 665 (un mois et demi); C. trav. Liège, 9 mai 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 41 (plus de quatre mois).

(365) C. trav. Bruxelles, 3 septembre 2014, *J.T.T.*, 2015, p. 388 et note L. VERMEULEN; C. trav. Bruxelles, 24 juin 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 498; C. trav. Liège, 9 mai 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 414; C. trav. Bruxelles, 6 juin 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 7.

(366) C. trav. Bruxelles, 15 mars 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 299; C. trav. Bruxelles, 7 septembre 2016, *J.T.T.*, 2017, p. 86; C. trav. Bruxelles, 6 juin 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 7.

(367) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 320 et s.

(368) W. RAUWS et K. SALOMEZ, « Wil en vertrouwen in het ontslagrecht », *T.P.R.*, 2007, pp. 2011-2019.



dispose valablement de son droit au préavis. La jurisprudence est en général en ce sens (369). La question avait été abordée par la Cour de cassation, notamment, dans deux arrêts des 14 décembre 1992 et 12 octobre 1998. Dans la première espèce, le préavis avait été notifié par un écrit remis de la main à la main ; le travailleur avait ensuite signé pour accord la lettre de notification du congé. La Cour casse l'arrêt attaqué en énonçant que dès le moment où le congé lui est donné, le travailleur peut conclure tout accord sur les modalités de celui-ci, « notamment convenir que le contrat continuera à être exécuté jusqu'à une date déterminée. Que de la nullité du préavis, il ne se déduit pas que la mention de cet accord dans la lettre de congé doit être réputée non avenue » (370). Dans le second arrêt, la Cour étend son raisonnement à l'accord sur l'indemnité compensatoire de préavis et ajoute : « De la nullité du préavis, prévue à l'article 37, § 1^{er}, alinéa 4, de la loi du 3 juillet 1978, il ne se déduit pas qu'un tel accord, conclu avant l'accomplissement des formalités prescrites par cette disposition, doive être réputé non avenue » (371). En l'espèce, le congé avait été communiqué verbalement et tout de suite après par un écrit remis de la main à la main. Les parties s'étaient ensuite mises d'accord, le même jour, sur le montant de l'indemnité de rupture : le travailleur avait apposé la mention « pour accord » sur le document qui lui était présenté. Le courrier recommandé n'avait été expédié que le lendemain. L'arrêt attaqué est cassé car il avait estimé que le travailleur ne pouvait valablement conclure un accord avant la notification du congé dans les formes requises.

Deux arrêts de la cour du travail de Liège illustrent la difficulté d'articuler cette jurisprudence relative au moment où la convention peut être valablement conclue et celle développée par la Cour de cassation depuis 2005 au sujet des effets de la nullité du préavis. Les deux arrêts de la cour du travail sont en sens opposé, sans doute en raison des circonstances de fait propres à chaque espèce — dans la première affaire, la salariée avait contesté rapidement la validité de l'accord conclu tandis que, dans la seconde, le travailleur avait contesté l'accord plusieurs mois après sa conclusion, et même plusieurs semaines après la fin des prestations. Dans le premier arrêt, la cour a jugé que les parties ne peuvent conclure une convention par laquelle la travailleuse exécute ce

(369) C. trav. Bruxelles, 19 octobre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 149.

(370) Cass., 14 décembre 1992, *Pas.*, 1992, p. 1378.

(371) Cass., 12 octobre 1998, *Pas.*, 1998, p. 1020.



préavis sous la forme d'un congé sans solde. Une telle convention équivaut, selon la cour, à renoncer à l'indemnité compensatoire de préavis due en raison de la nullité du préavis: en échange de la faveur consentie par l'employeur de ne pas demander l'exécution du préavis, la travailleuse renonce à l'indemnité. Aux yeux de la cour, l'accord est dépourvu de cause ou repose sur une fausse cause puisque celle-ci réside dans (l'inexécution d') un préavis nul; il couvre en outre une nullité d'ordre public de sorte qu'il est nul (372). La seconde partie de la motivation de cette décision ne nous semble pas s'accorder à l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1992.

Dans le second arrêt, la cour du travail a admis que les parties peuvent conclure un accord selon lequel le travailleur continue à travailler pendant une durée égale à celle du préavis nul, sans qu'un nouveau congé soit nécessaire; la cour en déduit que le travailleur, sans couvrir la nullité du préavis nul, a «renoncé à se prévaloir du congé immédiat [...] mais également à la nullité du préavis et à une indemnité compensatoire de préavis» (373). Ce faisant, la cour admet que le travailleur, qui n'invoque pas la nullité du préavis dans un délai raisonnable, se défait de son droit d'invoquer la rupture immédiate mais peut conclure un accord sur les modalités de celle-ci. Cependant, la cour énonce aussi que le travailleur a renoncé à la nullité du préavis, tout en précisant que l'accord ne couvre pas la nullité de ce préavis. Or renoncer à la nullité ou la couvrir, c'est, dans les deux cas, abandonner son droit de critique, ce qui ne se peut lorsque la nullité est d'ordre public: le travailleur ne pouvait pas renoncer à la nullité (374). Peut-être s'agit-il d'une erreur de plume de la part de la cour qui, par ailleurs, tire les conséquences adéquates des arrêts de la Cour de cassation en admettant que le travailleur conclue valablement un accord sur les modalités du congé dès l'instant où lui est notifié son congé moyennant un préavis nul de nullité absolue (375).

(372) C. trav. Liège, 11 juillet 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 740.

(373) C. trav. Liège, 9 mai 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 414.

(374) Voy. aussi A. MORTIER, «Flash back sur le thème du licenciement assorti d'un préavis nul à la lumière de la jurisprudence récente des juridictions du travail», *J.T.T.*, 2018, pp. 4-5, n° 7.

(375) Une autre option aurait consisté à admettre que l'accord conclu par les parties est une convention de dissolution, portant à la fois sur la cessation du contrat et sur ses modalités. Mais les faits de l'espèce n'étaient pas compatibles avec une telle analyse.

C. L'indemnité compensatoire de préavis

70. Les bons de réduction. L'indemnité de congé, précise la loi par une disposition impérative en faveur du travailleur (376), comprend non seulement la rémunération en cours mais aussi les avantages acquis en vertu du contrat (377). La rémunération en cours s'entend de la rémunération à laquelle le travailleur a droit au moment de la notification du congé (378).

Une fraction de la jurisprudence exclut de la notion de rémunération les réductions qu'une entreprise accorde à ses travailleurs sur l'achat de produits ou services dont elle assurait la vente (379). Le raisonnement qui sous-tend ce courant peut être résumé ainsi. Ces avantages seraient fonction de l'exécution d'un contrat d'achat, relevant de la sphère privée du travailleur, et non du contrat de travail. Il en serait de même en cas de prêt d'argent à taux d'intérêt réduit ou gratuit, l'avantage étant alors la conséquence du contrat de prêt (380). Dans ces situations, l'avantage alloué au salarié ne constitue pas un droit acquis sans réserve à la suite de l'exécution du contrat de travail. Après l'exécution du travail, pour bénéficier de l'avantage, le travailleur doit encore marquer son accord en concluant une convention distincte. Le contrat de travail qui lie les parties ne serait qu'une condition de l'octroi de l'avantage et non sa cause. La cause de l'obligation pour l'employeur de fournir l'avantage trouverait sa source dans un autre contrat que le contrat de travail (381). Dès lors, l'avantage ne serait pas la contrepartie de l'exécution du travail. Il s'agirait d'avantages octroyés à l'occasion du contrat de travail et non d'une contrepartie reçue à la suite du travail réalisé (382).

Dans un arrêt du 24 février 2014, la Cour de cassation s'est distancée de ce raisonnement. Elle a décidé que des bons de réduction promotionnels valorisables lors d'achats ultérieurs de marchandises dans les magasins de l'employeur, remis par une entreprise de grande distribution à ses collaborateurs en fonction de leurs prestations de travail hebdomadaires, étaient la

(376) Cass., 4 janvier 1993, *Pas.*, 1993, p. 1.

(377) Art. 39, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978.

(378) Cass., 6 mai 2019, S.17.0085.F.

(379) C. trav. Gand, 16 avril 2010, *Chron. D.S.*, 2012, p. 147.

(380) C. trav. Bruxelles, 28 novembre 1990, *R.D.S.*, 1991, p. 289. Voy. *contra* C. trav. Anvers, 18 mars 1994, *R.W.*, p. 1407.

(381) C. trav. Bruxelles, 28 novembre 1990, *R.D.S.*, 1991, p. 289.

(382) C. trav. Bruxelles, 13 novembre 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 338.



contrepartie de ces prestations (383). Toutefois, l'arrêt ne rejette pas entièrement le raisonnement exposé ci-dessus. Ces bons, relève la Cour, «offrent au travailleur une chance de bénéficier d'un avantage». Il incombe dès lors au juge du fond d'apprécier en fait la mesure dans laquelle cette chance de bénéficier d'un avantage représente concrètement de la rémunération. En d'autres termes, seule une fraction de la valeur du bien accordé au travailleur constitue pour ce dernier la rémunération de son travail. Par conséquent, l'arrêt rejette le moyen qui soutenait que les bons de réduction, dans leur totalité, font incontestablement partie de la rémunération.

En se prononçant en ce sens, la Cour a écarté la distinction opérée par une partie de la jurisprudence entre le contrat de travail cause de l'avantage et le contrat de travail condition de l'octroi de l'avantage. Nous partageons ce point de vue. Les avantages énumérés ci-dessus sont reçus à la suite de l'exécution du travail; si leur utilisation donne naissance à un contrat autre que le contrat de travail, cela ne fait pas obstacle au fait qu'ils sont octroyés en contrepartie de l'exécution du travail prévu dans le contrat de travail (384).

71. Rémunération variable, primes, bonus. La question de savoir si les primes payées, au cours de l'année précédant le licenciement, sous le bénéfice d'une clause de libéralité doivent être prises en considération pour déterminer l'indemnité de préavis conserve une partie de son opacité (385).

Constituant une rémunération variable au sens de l'article 39, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 3 juillet 1978 (386), ces primes n'entreront en ligne de compte pour l'indemnité de préavis que si le salarié y a droit au moment du licenciement. Autrement dit, tout avantage accordé au cours des douze mois précédant le licenciement

(383) Cass., 24 février 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 277. Relevons au passage que cet arrêt ne donne pas à la notion d'avantages acquis en vertu du contrat un sens distinct de celui de la rémunération en cours. Dans les deux cas, il s'agit de la contrepartie des prestations de travail fournies par le travailleur en exécution du contrat de travail. Les avantages acquis en vertu du contrat désignent, selon l'arrêt, les avantages spéciaux, ce qui laisse entendre que la rémunération en cours vise les avantages généraux. Sur la notion d'avantages acquis en vertu du contrat, voy. et comp. ce que C. WANTIEZ écrivait en 1999, «Rémunération et autorité, les éléments constitutifs du contrat de travail dans la jurisprudence de la Cour de cassation postérieure au 1^{er} janvier 1990», *J.T.T.*, 1999, p. 18.

(384) C. trav. Bruxelles, 13 février 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 253.

(385) Examen 2012, p. 314, n° 73; S. LACOMBE, A.-Fr. BRASELLE, E. CARLIER, *Le droit de la rupture du contrat de travail*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 519 et s.

(386) Après sa modification par la loi du 26 décembre 2013.

n'est pas mécaniquement incorporé dans l'indemnité de congé. Cet enseignement dégagé d'un arrêt du 3 février 2003 de la Cour de cassation a été répété et prolongé par l'arrêt prononcé le 6 mai 2019 (387).

L'arrêt attaqué avait refusé d'inclure dans l'indemnité de préavis un bonus payé, sous le bénéfice d'une clause de libéralité, au cours des douze mois précédant le licenciement mais afférent aux résultats d'une année antérieure; le juge du fond avait en outre relevé à l'appui de sa décision les mauvais résultats de l'entreprise au cours de l'année précédant le licenciement, raison pour laquelle aucun cadre n'avait reçu le bonus. Le moyen invoqué à l'appui du pourvoi sera rejeté. «Lorsqu'un bonus a été octroyé pour une année antérieure et qu'une clause du contrat de travail stipule qu'un tel octroi ne fait pas naître de droit au bonus pour les années ultérieures, énonce l'arrêt, le juge peut considérer, selon les circonstances, que le travailleur n'avait pas droit au bonus au moment du congé, même si l'employeur n'a pas manifesté auparavant sa décision de ne pas octroyer de bonus pour l'année en cours». Dans l'espèce dont elle était saisie, la Cour a considéré que le juge du fond avait légalement justifié sa décision de ne pas prendre en compte le bonus pour calculer l'indemnité de préavis. On le voit, ce sont donc les circonstances de l'espèce qui conduiront le juge du fond à dire si le salarié avait ou non droit à la prime au moment du congé. Ce droit est d'une consistance singulière. En effet, en raison de la clause de libéralité, ce n'est pas le droit d'exiger le paiement s'il n'avait pas été licencié, comme c'est le cas pour une prime de fin d'année prévue par une convention collective sectorielle. C'est davantage une forme d'attente légitime de se voir accorder la prime si l'employeur n'avait pas résilié le contrat. Raison pour laquelle une prime exceptionnelle allouée au cours de l'année précédant le licenciement ne sera pas incorporée dans le calcul de l'indemnité de préavis.

72. La notion de rémunération en cours en cas de réduction temporaire des prestations de travail. Le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis lorsque le travailleur dont le contrat est partiellement suspendu parce qu'il a temporairement réduit ses prestations pose difficulté. La question se pose dans plusieurs cas de figure: interruption de carrière, crédit-temps, congé parental, congé pour prêter assistance ou soins à

(387) *J.L.M.B.*, 2020, p. 440; *Chron. D.S.*, 2020, p. 52.



un membre de la famille, congé pour dispenser des soins palliatifs, reprise du travail à temps partiel en raison d'une incapacité partielle de travail. La difficulté provient du fait que, à la suite de nombreux juges du fond, la Cour de cassation a proclamé formellement, dans un arrêt du 11 décembre 2006, que, à défaut de dérogation légale à la règle selon laquelle l'indemnité de congé est déterminée par référence à la rémunération en cours, l'indemnité de congé due à un travailleur qui a réduit ses prestations de travail doit être calculée sur la base de la rémunération à laquelle le travailleur a effectivement droit au moment de la notification de la résiliation du contrat de travail. La circonstance qu'en principe, le travailleur peut reprendre une occupation à temps plein à l'expiration de la période de réduction des prestations de travail et qu'il est privé de cette possibilité à la suite de la résiliation unilatérale de son contrat par son employeur, est sans incidence. Le calcul de l'indemnité de protection prévue par l'article 101 de la loi du 22 janvier 1985, qui organise l'interruption de carrière et sur laquelle se greffent divers types de congé, suscite la même interrogation ; la Cour de cassation y a apporté la même réponse : ce qui vaut pour l'indemnité compensatoire de préavis vaut aussi pour l'indemnité de protection (388).

La Cour constitutionnelle avait déjà prononcé plusieurs arrêts à ce sujet au cours de la période précédente. Les hypothèses entrant dans le champ d'application de la loi du 22 janvier 1985 avaient été examinées sous divers angles. La Cour n'avait relevé aucune discrimination (389). Elle s'est à nouveau penchée sur cette situation au cours de la période étudiée et a confirmé sa jurisprudence (390). Selon elle, il ressort clairement des travaux préparatoires de la loi de redressement que le législateur voulait que l'indemnité soit calculée sur la base d'une rémunération réduite. Il a souhaité offrir une protection contre le licenciement qui consiste dans la limitation des motifs admissibles de résiliation à l'initiative de l'employeur et dans l'octroi d'une indemnité de protection si ces motifs ne sont pas rencontrés ; mais, dit-elle de manière répétée, il ne peut raisonnablement être reproché au législateur de ne pas avoir élaboré une protection encore plus élevée, qui consisterait à prévoir qu'il faut, pour fixer l'éventuelle indemnité compensatoire

(388) Cass., 11 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2610.

(389) Examen 2012, n° 71bis.

(390) C. const., 12 juillet 2012, n° 90/2012, B.11.3 ; C. const., 7 novembre 2019, n° 172/2019, B.3.1 à B.7.

de préavis et l'indemnité de protection, se fonder sur la rémunération annuelle de base comme si le travailleur n'avait pas réduit ses prestations de travail.

La Cour a ensuite convoqué un second critère, le caractère volontaire de la suspension des prestations. À la différence du travailleur qui opte pour une réduction de prestations dans le cadre d'une interruption de carrière ou d'un crédit-temps, le salarié en incapacité de travail, qui reprend le travail à temps partiel avec l'accord du médecin-conseil de son organisme assureur, ne choisit pas de ne travailler qu'à temps partiel, c'est son état de santé qui l'y contraint, avait-elle jugé dans son arrêt 89/2009. C'est pourquoi, l'interprétation selon laquelle il y a lieu de retenir, au titre de la rémunération en cours, celle qui serait due si le contrat n'était pas suspendu est, aux yeux de la Cour, conforme au principe d'égalité et de non-discrimination. En revanche, l'interprétation contraire est condamnée, car elle a des effets disproportionnés.

C'est une décision toute différente que la même Cour adopte dans l'arrêt 151/2014, relatif à une reprise de travail à temps partiel sans autorisation du médecin-conseil. Les faits de l'espèce sont les suivants. Une travailleuse subit une incapacité totale de travail. Elle reprend volontairement le travail à mi-temps trois semaines plus tard, sans solliciter d'autorisation du médecin-conseil — et donc sans percevoir non plus d'indemnité d'incapacité de travail (391). L'occupation à mi-temps n'est pas constatée dans un contrat écrit comme le prescrit pourtant l'article 11*bis* de la loi du 3 juillet 1978. Enfin, suivant le juge *a quo*, la réduction du temps de travail ne s'inscrit pas dans le cadre de la loi de redressement du 22 janvier 1985. Plus de deux ans plus tard, la salariée est licenciée et revendique la prise en considération de la rémunération à temps plein pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis. La Cour constitutionnelle ne juge pas déraisonnable que l'indemnité soit établie sur la base d'un salaire réduit, car la réduction des prestations est volontaire. Elle rappelle que ce sont ces mêmes motifs qui l'ont conduite à prendre la même décision lorsque le travailleur réduit ses prestations dans le cadre de la loi de 1985 et conclut : « L'article 39, § 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution s'il est interprété en ce sens que le travailleur

(391) Art. 100, § 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994.



en incapacité de travail qui reprend partiellement le travail sur une base volontaire sans l'accord du médecin-conseil a seulement droit à une indemnité de congé dont le montant est calculé sur la base de la rémunération en cours à laquelle il a droit pour ses prestations de travail réduites » (392).

À notre estime, ce qui distingue les arrêts 89/2009 et 152/2014 l'un de l'autre n'est pas l'autorisation du médecin-conseil (393). Le critère qui a emporté la conviction de la Cour est, nous semble-t-il, autre. Dans le premier cas, les parties n'avaient pas conclu de contrat de travail à temps partiel ; le contrat était tout simplement partiellement suspendu. Dans la seconde espèce, la travailleuse avait décidé de travailler désormais à temps partiel. Il y avait donc eu une novation entre les parties. Même si elles n'avaient pas coulé leur accord dans un écrit comme le requiert l'article 11bis de la loi du 3 juillet 1978, il n'y avait aucun doute, selon le juge *a quo* à tout le moins, qu'elles avaient échangé leurs consentements sur une occupation à temps partiel. La situation était donc réglée par l'application pure et simple des règles concernant les travailleurs à temps partiel. En d'autres termes, ce n'est pas la présence ou l'absence d'une autorisation du médecin-conseil — qui n'est requise que pour justifier le cumul entre le salaire et les prestations de sécurité sociale — qui détermine si l'indemnité de congé est calculée sur la base d'une rémunération fictive à temps plein ou sur la base du salaire réel. Selon la Cour, c'est le caractère volontaire de la réduction des prestations qui est déterminant.

Deux autres décisions de la Cour constitutionnelle méritent encore d'être mentionnées. L'arrêt 80/2012 concerne l'indemnité compensatoire de préavis revenant au salarié qui a réduit ses prestations pour prêter assistance à un membre de sa famille gravement malade, sur la base de l'article 102 de la loi de redressement et de l'arrêté royal du 10 août 1998 (394). C'est une nouvelle fois le caractère volontaire de la réduction des prestations que la Cour utilise comme justification de la prise en considération de la rémunération réduite. Le juge *a quo* considérait le salarié comme « contraint » de réduire ses prestations, à la différence de celui

(392) C. const., 16 octobre 2014, n° 151/2014.

(393) Dans le même sens, D. VAN STRIJTHEM, M. VAN INGELGEM et N. PELICAEN, « De begroting van de opzeggingsvergoeding in geval van ontslag volgend op de gedeeltelijke werkhervatting na arbeidsongeschiktheid », *R. A. B. G.*, 2015, p. 172, n° 19.

(394) A.R. du 10 août 1998 instaurant un droit à l'interruption de carrière pour l'assistance ou l'octroi de soins à un membre du ménage ou de la famille gravement malade.



qui opte librement pour une réduction de son temps de travail. Les traiter de manière égale aurait pu, selon lui, être constitutif de discrimination. La Cour constitutionnelle n'y voit, pour sa part, aucune discrimination⁽³⁹⁵⁾. Elle appuie sa décision sur trois considérations. Tout d'abord, les prestations réduites sont ici exécutées dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel comme dans n'importe quel autre type de réduction prenant place dans le cadre de la loi du 22 janvier 1985. Ensuite, même lorsqu'elle vise à prêter assistance à un conjoint, un enfant ou un parent gravement malade, la réduction est toujours volontaire; elle « se caractérise par le libre choix du travailleur », ce qui la différencie, aux yeux de la Cour, de la suspension du contrat de travail avec prestations partielles en raison d'une incapacité partielle de travail « qui se caractérise par l'impossibilité pour le travailleur de fournir son travail » (B.8.1). Enfin, le législateur a assuré une protection contre le licenciement via le paiement d'une indemnité de protection; il n'est pas manifestement déraisonnable de n'avoir pas prévu en outre que la rémunération servant de base au calcul de l'indemnité de congé soit évaluée sur la base de la rémunération intégrale (B.7.2 et B.8.2).

C'est, au moyen du même critère, une tout autre solution que la Cour constitutionnelle adopte dans l'arrêt 164/2013 relatif au congé pour soins palliatifs.

La loi de redressement permet à un travailleur de suspendre totalement (art. 100*bis*) ou de réduire (art. 102*bis*) ses prestations durant une période d'un mois renouvelable une fois « en cas de soins palliatifs portés à une personne », c'est-à-dire en vue de prêter une assistance, notamment médicale, sociale, administrative et psychologique, ou de donner des soins à des personnes souffrant d'une maladie incurable et se trouvant en phase terminale; ces personnes n'ont pas forcément un lien familial avec le salarié.

Une travailleuse licenciée pendant ce congé soutenait que l'application des règles du travail à temps partiel au calcul de son indemnité de congé était incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, pour deux motifs. Elle reprochait au dispositif légal d'une part de la traiter de la même manière qu'un travailleur qui choisit l'interruption de carrière et d'autre part de ne pas la traiter comme le salarié qui reprend une activité à temps partiel avec l'accord du médecin-conseil de son organisme assureur.

(395) C. const., 28 juin 2012, n° 80/2012.

La Cour n'a pas épousé l'argumentation de la travailleuse en considérant que la réduction des prestations pour soins palliatifs n'est pas volontaire (396). Elle appuie son constat d'inconstitutionnalité sur trois éléments (B.10). Elle estime tout d'abord que la situation du travailleur est suffisamment proche de celle du travailleur partiellement inapte au travail pour que le législateur ne soit pas autorisé à les traiter différemment. Présument que le lien affectif avec la personne en fin de vie est fort, elle juge que le caractère partiel de l'occupation repose sur « un motif extrinsèque au travailleur » ; en d'autres termes, il ne résulte pas d'un choix mais lui est imposé par une espèce de contrainte morale. La Cour renforce sa décision par deux considérations : d'une part, le congé est bref ; d'autre part, les §§ 1^{er} et 3 de l'article 100*bis* de la loi « prévoient de façon expresse la suspension du contrat de travail » en cas de congé pour soins palliatifs, ce qui permet de le rapprocher de l'incapacité partielle de travail qui contraint le salarié à ne travailler qu'à temps partiel.

Cette décision fait naître une certaine perplexité. Pour commencer par la remarque la plus brève, la troisième affirmation a de quoi étonner. L'article 100*bis*, convoqué par la Cour à l'appui de sa démonstration, ne concerne pas les hypothèses de réduction de prestations mais uniquement le cas de la suspension *totale* pour soins palliatifs. C'est l'article 105 qui vise la réduction de prestations, en l'organisant dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel, exactement comme il le fait pour tous les autres types de réduction de prestations. La Cour a, nous semble-t-il, commis une erreur sur ce point.

Mais c'est surtout le rapprochement de cette décision et de l'arrêt n° 80/2012 qui suscite les questionnements (397). Le congé pour assistance médicale ne peut être justifié que si la personne gravement malade est un membre du ménage ou un membre de la famille jusqu'au deuxième degré, ce qui désigne une personne très proche au niveau affectif (art. 4, al. 1^{er}). Est considérée comme maladie grave, chaque maladie ou intervention médicale qui est considérée

(396) C. const., 5 décembre 2013, n° 164/2013.

(397) Not. S. DE GROOF, « Opzeggingsvergoeding bij palliatief verlof », *NjW*, 2014, p. 82, n° 295 ; D. VAN STRIJTHEM, M. VAN INGELGEM et N. PELICAEN, « De begroting van de opzeggingsvergoeding in geval van ontslag volgend op de gedeeltelijke werkhervatting na arbeidsongeschiktheid », *R.A.B.G.*, 2015, pp. 168-170. Ce questionnement n'est pas limité à la doctrine ; il a eu lieu aussi à la Commission des affaires sociales de la Chambre (Commission des affaires sociales, Chambre, 2013-2014, CRIV 53 COM 885, pp. 23-25, question n° 21.333 de N. Lanjri et réponse de la ministre de l'Emploi).



comme telle par le médecin traitant et pour laquelle le médecin est d'avis que toute forme d'assistance sociale, familiale ou mentale est nécessaire pour la convalescence (art. 4, al. 2). Si, dans l'arrêt n° 164/2013, les liens entre le travailleur et la personne à qui il dispense des soins palliatifs sont tenus pour à ce point forts que la fin de vie de celle-ci est tenue pour un motif extrinsèque au travailleur, qui le contraint à la réduction de ses prestations, on comprend difficilement pourquoi, dans son arrêt n° 80/2012, la Cour n'a pas été sensible au même argument s'agissant du congé pour assistance ou soins à un membre de la famille gravement malade. Sur le plan du caractère volontaire de la réduction des prestations, les deux hypothèses ne paraissent pas sensiblement différentes. Si une dissemblance doit être observée, elle réside en ce que le lien unissant le salarié à une personne gravement malade est toujours très fort et que sa liberté de choix est sans doute souvent, si pas toujours, très réduite, alors que le lien qui unit un travailleur à la personne en soins palliatifs n'est pas forcément étroit puisque celle-ci ne doit pas forcément faire partie de son ménage ou de sa famille et que le désir de faire du bénévolat peut justifier le congé.

Quant au second argument, tiré de la brièveté du congé pour soins palliatifs, il permet certes de justifier une différence de traitement au regard des réductions de prestations de longue durée. Mais il rend difficilement compte d'une différence de traitement entre le travailleur qui réduit son temps de travail pour soins palliatifs et celui qui le réduit pour assister un membre de sa famille gravement malade : sauf cas particuliers, le congé pour assistance médicale ne peut être pris que par périodes — successives ou non — d'un à trois mois, avec un plafond (art. 6). Il est donc permis de concevoir un licenciement notifié à un travailleur durant une unique période de congé d'un mois pour assistance médicale à son enfant gravement malade, qui entraînerait, selon l'arrêt n° 80/2012, une indemnité calculée sur la base d'une rémunération réduite, alors que le travailleur qui a réduit ses prestations pendant la même durée pour apporter une aide à un tiers en soins palliatifs bénéficierait, selon l'arrêt 164/2013, d'une indemnité calculée sur la base du salaire complet, et ce sans que l'on aperçoive ce qui justifie raisonnablement la différence de traitement.

Il serait intéressant d'interroger la Cour constitutionnelle de manière à ce qu'elle confronte les conséquences de ces deux types de réduction de prestations afin de vérifier si, au vu des objectifs poursuivis par le législateur, elle peut considérer comme



raisonnablement justifié de leur réserver un traitement différent du point de vue du calcul de l'indemnité compensatoire de préavis (ou de l'indemnité de protection).

De ce tour d'horizon, il résulte que, en cas de réduction des prestations de travail, le montant de la rémunération en cours, au sens de l'article 39 de la loi relative aux contrats de travail, est constitué de la rémunération réelle, c'est-à-dire de la rémunération réduite, sauf dans trois hypothèses : le congé parental (la loi le prévoit), la reprise partielle du travail avec l'autorisation du médecin-conseil de l'organisme assureur, et le congé pour soins palliatifs, hypothèses dans lesquelles la rémunération en cours s'interprète comme la rémunération qui aurait été celle du travailleur s'il n'avait pas réduit ses prestations.

La Cour disposait d'un critère juridique pour opérer le découpage entre les cas où c'est la rémunération non réduite qui entre en ligne de compte et ceux où il faut s'en tenir à la rémunération réelle. Ce critère est fourni par le cadre juridique dans lequel les prestations sont exécutées ; soit les parties ont conclu un contrat pour un temps partiel pour la période de la réduction des prestations, soit le contrat est inchangé et simplement suspendu. Ce critère permet de rendre compte de la prise en considération d'une rémunération entière pour le salarié qui a totalement suspendu ses prestations tout comme pour celui qui est en incapacité de travail et a repris une petite activité avec l'accord du médecin-conseil, de même qu'il permet de justifier la solution retenue pour le cas du congé parental. Il fonde tout autant la référence à la rémunération réduite pour calculer l'indemnité compensatoire de préavis du salarié qui a opté pour une réduction du temps de travail selon les diverses formes d'interruption de carrière ou de crédit-temps, qu'il s'agisse du régime ordinaire, du congé pour s'occuper d'un enfant de moins de huit ans ou du congé pour assistance médicale à un membre de la famille. Il aurait conduit à une solution identique et plus cohérente d'un point de vue juridique au sujet du congé pour soins palliatifs. La Cour a d'ailleurs considéré que n'est pas discriminatoire le fait de traiter de manière égale, pour le calcul de l'indemnité de préavis, les travailleurs engagés dans les liens d'un contrat de travail à temps partiel et les travailleurs qui ont réduit leurs prestations en application de la loi de redressement (398).

(398) C. const., 13 mars 2008, n° 51/2008, B.9.



Sans doute le critère que nous préconisons conduit-il à des résultats qui peuvent, dans certaines circonstances particulières, créer un sentiment d'iniquité et c'est très vraisemblablement ce sentiment qui a mené la Cour à l'arrêt n° 164/2013. Mais les critères qu'elle offre en échange ne paraissent pas praticables. Celui fondé sur la durée, on l'a vu, n'est pas propre au congé pour soins palliatifs. Plus fondamentalement, c'est le critère du caractère volontaire de la réduction qui pose question, et est décrié par les observateurs(399). De la sorte, la Cour s'est mise en situation difficile ; garder le cap avec cet instrument de mesure peut devenir embarrassant si un jour elle est amenée à comparer le congé pour soins palliatifs et le congé pour assistance médicale.

IV. — LE LICENCIEMENT DES CONTRACTUELS DU SECTEUR PUBLIC

73. L'audition préalable et la motivation formelle. Lors de l'examen précédent, nous avons abordé longuement la problématique du licenciement des agents contractuels de la fonction publique en exposant les thèses en présence. La controverse tient essentiellement en deux points : l'employeur public est-il tenu d'entendre le travailleur préalablement au licenciement ? Le congé, l'acte juridique manifestant la volonté de mettre fin au contrat, doit-il être motivé en fait et en droit comme le prescrit la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ? Au cours de la période sous revue, cette problématique a connu des développements importants. Ceux-ci ayant donné lieu à de très nombreux commentaires, nous nous limiterons ici à en donner un aperçu chronologique et synthétique.

Le premier épisode est l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 12 octobre 2015(400). Le pourvoi dont la Cour était saisie lui a fourni l'occasion de prendre position sur les deux questions. Tout d'abord, l'arrêt considère, faisant référence aux travaux préparatoires de la loi du 29 juillet 1991, que l'autorité administrative employeur n'est pas tenue de donner une motivation formelle au

(399) N. BETSCH et W. VANDEPUTTE, « Berekening van de beëindigingsvergoeding bij verminderde arbeidsprestaties : een kwestie van keuze of dwang? », *D.A.O.R.*, 2010, p. 495, n° 7 ; D. VAN STRIJTHEM, M. VAN INGELGEM et N. PELICAEN, « De begroting van de opzeggingsvergoeding in geval van ontslag volgend op de gedeeltelijke werkhervatting na arbeidsongeschiktheid », *R.A.B.G.*, 2015, pp. 160 et s.

(400) Cass., 12 octobre 2015, *Pas.*, 2015, n° 595 ; *Chron. D.S.*, 2016, p. 371, avec les conclusions du ministère public, note H. FUNCK ; *J.T.T.*, 2016, p. 27, note G. LEMAIRE, « La motivation du licenciement des travailleurs contractuels occupés dans les services publics ».



congé. Ensuite, l'arrêt décide que l'employeur public n'est pas tenu d'entendre le travailleur préalablement au licenciement de celui-ci au motif qu'un principe général de bonne administration, en l'espèce le principe *audi alteram partem*, ne peut déroger à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui n'impose pas à un employeur d'entendre un travailleur avant de procéder à son licenciement. L'arrêt fut rendu sur conclusions conformes du ministère public qui éclairent la motivation de la décision de la Cour.

Peu de temps après, le Conseil d'État s'est aligné sur l'interprétation de la loi par la Cour de cassation en ce qui concerne l'audition (401).

La trame du second épisode est constituée de deux arrêts successifs de la Cour constitutionnelle portant sur l'audition préalable au licenciement.

Le premier arrêt, prononcé le 6 juillet 2017, statue sur une double question préjudicielle portant sur la comparaison entre un agent statutaire et un agent contractuel de la fonction publique. L'arrêt considère que la loi, dans l'interprétation que lui donne l'arrêt de 2015 de la Cour de cassation, contient une discrimination préjudiciable aux agents contractuels d'une autorité publique dès lors que celle-ci serait autorisée à licencier un travailleur engagé dans les liens d'un contrat de travail sans l'avoir entendu préalablement (402).

Dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, le travailleur avait été licencié sans motif grave. La Cour ne changera cependant pas d'avis dans l'hypothèse d'un licenciement pour motif grave. Le principe d'égalité requiert que dans ce cas également le travailleur soit entendu préalablement. La difficulté résultant du respect du délai légal de trois jours à partir de la connaissance des faits dans lequel le licenciement doit être notifié est promptement réglée. La Cour constitutionnelle se réfère à la jurisprudence de la Cour de cassation suivant laquelle l'audition préalable du travailleur « peut suivant les circonstances de la cause, constituer une mesure permettant à l'employeur d'acquérir une certitude » quant à l'existence du motif grave et, de ce fait, former le point de départ du

(401) C.E., 27 septembre 2016, n° 235.871.

(402) C. const., 6 juillet 2017, n° 86/2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1696, note J. DE WILDE D'ESTMAEL, « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? ».



délai de trois jours (B.8.) (403). L'arrêt de la Cour constitutionnelle ne tient pas compte du fait que l'audition préalable du travailleur, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, n'a pas pour effet systématique de reculer le point de départ du délai de trois jours; ainsi que cela fut observé à juste titre, il peut advenir des situations où l'employeur acquiert une connaissance suffisante des faits sans recourir à l'audition du travailleur (404).

La troisième étape est l'arrêt du 5 juillet 2018 concernant l'obligation de motivation formelle du congé (405). Une nouvelle fois, la Cour examine la différence de traitement entre un agent contractuel et un agent statutaire de l'autorité publique en regard de l'interprétation de la loi par la Cour de cassation.

Les trois arrêts de la Cour constitutionnelle ont une partie commune où la Cour précise le prisme sous lequel elle examine la validité de la différence de traitement entre les agents soumis à un statut administratif et les contractuels de la fonction publique: les spécificités de chaque position doivent être prises en considération par rapport à l'objet et à la finalité des dispositions dont la validité est en cause (406).

Or, précisément quant à l'application de la loi du 29 juillet 1991, les agents statutaires et les travailleurs liés par un contrat de travail avec l'autorité publique se trouvent dans des situations suffisamment différentes pour justifier les régimes juridiques différents (B.9). Interprétée en ce sens que l'employeur public n'est pas tenu de donner une motivation formelle au congé, la loi de 1991 ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette précision est importante car certains auteurs soutenaient que le licenciement non motivé méconnaissait le droit à un procès équitable, en invoquant un arrêt de la Cour de Strasbourg.

(403) C. const., 22 février 2018, n° 22/2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 637, note Q. CORDIER, «Le licenciement pour motif grave et le principe *audi alteram partem*»; V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, «La Cour constitutionnelle se prononce sur l'application du principe *audi alteram partem* en cas de licenciement pour motif grave», *A.P.T.*, 2018, p. 86.

(404) Q. CORDIER, noté précitée, qui relève également que, suivant un courant doctrinal important, il est permis de déroger au principe *audi alteram partem* en cas d'urgence.

(405) C. const., 5 juillet 2018, n° 84/2018, *J.T.*, 2019, p. 161, note V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, «Motivation formelle du licenciement des agents contractuels du secteur public: la Cour constitutionnelle entre en jeu»; *J.T.T.*, 2018, p. 345, et note E. TIMBERMONT, «De doorwerking van de hoor- en motiveringsplicht bij het ontslag van een arbeidscontractant».

(406) C. const., 5 juillet 2018, n° 84/2018, B.8 et B.9. Voy. ég. C. const., 12 mai 2010, n° 54/2010.



74. Suite. On peut déplorer la complexité de l'épuration. Les arrêts successifs des hautes Cours ont néanmoins le mérite d'apporter une certaine sécurité juridique.

Le congé ne doit pas être motivé ni en fait ni en droit ; il suffit que l'acte de licenciement contienne les mentions requises par les articles 35 ou 37 de la loi du 3 juillet 1978 selon qu'il est donné pour ou sans motif grave.

Il ressort clairement des arrêts de la Cour constitutionnelle que le principe d'égalité impose à l'employeur public qui envisage de licencier un travailleur, sans ou pour motif grave, d'entendre préalablement le travailleur en lui donnant la possibilité d'exprimer son point de vue, ce qui implique à tout le moins la convocation à un tel entretien avec un délai raisonnable de prévenance et également que les motifs du licenciement en projet soient portés à la connaissance du travailleur avant l'entretien. Un doute subsiste sur la nécessité de respecter cette procédure préalable lorsque le licenciement est motivé par des raisons tenant non à la personne du travailleur mais à des causes économiques, techniques ou relatives à l'organisation du travail.

L'incertitude persiste également quant à la sanction du licenciement moyennant préavis ou pour motif grave notifié sans entendre préalablement le travailleur. La voie de la mise en œuvre de la responsabilité civile permettant d'obtenir de l'employeur la réparation, sous la forme de dommages et intérêts, du préjudice causé par sa faute ne souffre pas de discussion (407). La solution de la nullité de l'acte de licenciement, si elle est théoriquement concevable, ne nous paraît pas conforme à la logique actuelle du droit de la résiliation unilatérale du contrat (408).

75. La motivation substantielle. Dans le même temps, la problématique du licenciement des agents contractuels de la fonction publique s'est enrichie d'une dimension supplémentaire avec l'entrée en vigueur de la loi du 26 décembre 2013 portant un statut unique. Le législateur avait prévu pour les travailleurs du secteur privé — plus précisément les employeurs et les travailleurs soumis à la loi du 5 décembre 1968 sur les commissions paritaires

(407) C. trav. Mons, 26 janvier 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1847 ; C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 228 ; H. DECKERS, « La sanction de l'absence d'audition préalable au licenciement d'un agent contractuel du secteur public », *Chron. D.S.*, 2013, p. 347.

(408) La question a été notamment examinée au regard du congé donné en violation d'une interdiction de licencier : M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. 2, Liège, Fac. Dr., 1986, n° 302.



et les conventions collectives de travail —, un nouveau régime de contrôle de la motivation du licenciement qui sera mis en place un peu plus tard par la convention collective de travail n° 109. Dans l'attente d'une mesure législative équivalente, les ouvriers contractuels de la fonction publique devaient, selon les prévisions du législateur, demeurer soumis à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 sanctionnant le licenciement abusif au-delà du 31 décembre 2013 (409). C'était sans tenir compte de la Cour constitutionnelle.

Dans un arrêt du 18 décembre 2014, celle-ci estime que ledit article 63, dont elle avait déjà dit qu'il blessait le principe d'égalité, ne pouvait être maintenu en vigueur au-delà du 1^{er} avril 2014 (410). Cette décision ouvrait un vide pour les ouvriers de la fonction publique ainsi démunis de toute protection spécifique contre les licenciements arbitraires. Moins de deux années plus tard, la Cour constitutionnelle devra revenir sur cette question à la faveur d'une question préjudicielle concernant l'article 63 de la loi organique lu en combinaison avec l'article 38 de la loi concernant l'introduction d'un statut unique. La Cour était interrogée sur une éventuelle discrimination entre les ouvriers et les employés liés par un contrat de travail à une autorité publique. Sans surprise, l'arrêt estime que la survivance temporaire de l'article 63, prévue par la loi sur le statut unique, n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution (B.6.1.) (411). L'arrêt poursuit en considérant qu'il incombe au législateur d'adopter sans délai un régime de protection contre les licenciements manifestement déraisonnables pour les travailleurs engagés dans les liens d'un contrat de travail à l'égard d'une autorité publique (B.7.2.). Pour conclure dans ces termes : « Dans l'attente de l'intervention du législateur, il appartient aux juridictions, en application du droit commun des obligations, de garantir sans discrimination les droits de tous les travailleurs du secteur public, en cas de licenciement manifestement déraisonnable, en s'inspirant, le cas échéant, de la convention collective de travail n° 109 ». En d'autres termes, les juridictions du travail sont invitées on ne sait trop comment à pallier la lacune résultant du constat d'inconstitutionnalité.

(409) Art. 38 de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que les mesures d'accompagnement.

(410) C. const., 18 décembre 2014, n° 187/2014.

(411) C. const., 30 juin 2016, n° 101/2016.



Dans un tel contexte, les juridictions du travail pouvaient difficilement réagir de manière uniforme. Là où certains estiment prudemment ne pas pouvoir combler une lacune extrinsèque (412), d'autres n'hésitent pas à se prononcer pour une application de la convention collective de travail n° 109 étendue aux travailleurs contractuels de la fonction publique (413).

Chapitre 10 — La résolution pour motif grave

76. Forme de la notification (414). Lorsque la notification du congé s'effectue par courrier recommandé à la poste, elle doit se faire au domicile du destinataire. La loi ne précise pas s'il s'agit exclusivement du domicile légal. La Cour de cassation a jugé que la loi n'exclut pas le domicile élu de sorte que si une travailleuse a invité son employeur à désormais ne plus communiquer avec elle qu'à l'adresse de son avocat et à ne plus l'importuner, la notification du congé pour motif grave au cabinet de celui-ci est régulière (415).

77. Notion de motif grave. Le motif grave suppose à la fois une faute grave et une impossibilité, découlant de celle-ci, de poursuivre la relation de travail. Le juge apprécie souverainement tant la gravité de la faute que son incidence sur la possibilité de poursuivre la relation professionnelle. Dans l'exercice de ce pouvoir, peut-il procéder à un contrôle de proportionnalité entre la faute grave et la sanction qu'elle entraîne ? Ce contrôle de proportionnalité a été soutenu par une partie de la doctrine et adopté par certains juges du fond (416). D'autres, à l'inverse, estimaient que, une fois admise l'impossibilité de poursuivre la relation contractuelle en raison de la faute grave, le juge ne pouvait décider, au nom du principe de proportionnalité, que le motif grave n'en

(412) C. trav. Mons, 28 mars 2017, inédit, R.G. 2016/AM/92, consultable sur le site www.terralaboris.be; C. trav. Mons, 9 avril 2019, R.G. 2018/AM/125.

(413) Trib. trav. fr. Bruxelles, 20 juin 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 49, note S. GILSON et F. LAMBINET, « La motivation (formelle et substantielle) du licenciement des contractuels du secteur public ». À mi-chemin, voy. C. trav. Liège, 22 janvier 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 669, note R. LINGUELET, « La navigation en eaux troubles du licenciement des agents contractuels ».

(414) L'on a vu plus haut (n° 73-75), et l'on n'y reviendra pas, les modalités particulières entourant le licenciement d'un agent contractuel d'un service public.

(415) Cass., 12 mai 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 313 et obs. Ph. GOSSERIES.

(416) V. VANNES, « Motif grave — Conditions de légalité — Principe de proportionnalité — Office du juge », note sous Cass., 8 novembre 1999, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 263 et s.; V. VANNES, *La rupture du contrat de travail pour motif grave*, t. 1, Limal, Anthemis, 2019, pp. 85 et s.; C. trav. Bruxelles, 13 mai 1998, *J.T.T.*, 1998, p. 380.



est pas un car la rupture sans préavis est une conséquence trop lourde pour le travailleur(417). Par un arrêt du 6 juin 2016(418), la Cour de cassation a opté pour le second courant. Selon la cour du travail, la salariée avait « assurément commis une faute grave », à savoir un détournement de points bonus destinés à la clientèle à concurrence d'une somme modique, mais cette faute, isolée au cours d'une longue carrière sans reproche, ne se trouvait pas « dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec la sanction que constitue la perte de son emploi sans préavis ni indemnité ».

L'arrêt est censuré pour avoir tenu compte, pour déterminer la répercussion de la faute sur la possibilité de poursuivre le rapport de travail, d'un critère qui ne relève pas de la notion de motif grave, à savoir la disproportion entre la faute commise et la sanction qui découle de la qualification de motif grave. C'est principalement en raison de la façon dont l'arrêt attaqué était motivé qu'il a été cassé. Mais, en réalité, la cour du travail aurait pu arriver au même résultat par une motivation différente, en considérant que la faute n'est pas suffisamment grave ou encore qu'elle n'a pas rendu immédiatement et définitivement impossible la poursuite de l'exécution du contrat. En d'autres termes, la Cour de cassation ne retire pas au juge son pouvoir d'appréciation souverain de la gravité du motif de rupture, mais c'est au stade de la qualification de la faute et de son effet sur la possibilité de poursuivre le contrat que s'exerce son pouvoir d'appréciation. En d'autres termes, une longue ancienneté sans reproche peut continuer à être prise en considération à ce stade du raisonnement et conduire le juge à décider que la faute n'est pas de nature à rendre impossible la poursuite de la relation de travail et que le comportement reproché à la travailleuse n'est pas un motif grave(419) ou à juger l'inverse(420).

78. Notion de motif grave. Faits antérieurs. De manière constante, la Cour de cassation énonce que le fait qui justifie le congé sans préavis est le manquement accompagné de toutes les circonstances de nature à lui conférer le caractère d'un motif grave. Des faits antérieurs peuvent préciser le grief qui est invoqué

(417) C. trav. Bruxelles, 27 décembre 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 142; C. trav. Mons, 16 avril 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 94; C. trav. Bruxelles, 25 juin 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 359.

(418) Cass., 6 juin 2016, *Pas.*, 2016, p. 1321 et conclusions du ministère public; *J.T.T.*, 2016, p. 351 et note C.W.

(419) Dans le même sens, note C.W. sous l'arrêt, *J.T.T.*, 2016, pp. 352-353.

(420) Par exemple, C. trav. Mons, 15 décembre 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 283.



comme motif grave. Deux arrêts de la Cour sont revenus sur cette thématique. Dans le premier, les faits antérieurs n'avaient pas été visés dans la lettre de notification des motifs. La Cour rappelle que le juge peut y avoir égard s'ils sont de nature à éclairer la gravité des motifs allégués ; il peut même tenir compte de faits qui n'ont rien à voir avec ce motif et qui ne sont pas mentionnés dans la lettre de congé, s'ils peuvent préciser le caractère de gravité du motif invoqué (421).

Dans le second, les faits antérieurs avaient été visés dans la lettre de notification des motifs mais la cour du travail avait refusé d'y avoir égard au motif que les faits commis moins de trois jours précédant le congé n'étaient pas suffisamment graves pour justifier un licenciement sans préavis. La Cour de cassation a cassé la décision au motif que la cour du travail avait méconnu la notion de motif grave : le refus de la cour du travail ne s'explique pas par le motif que les faits établis sont non fautifs mais par leur trop faible gravité pour justifier un licenciement pour motif grave (422). Le raisonnement de la cour du travail était évidemment critiquable. Si des faits antérieurs sont allégués au titre de circonstances aggravantes, c'est précisément parce que c'est de leur rapprochement avec les faits commis dans le délai de trois jours précédant le congé que ceux-ci peuvent être tenus pour un motif grave. Il va de soi qu'il n'est pas requis que les faits invoqués en tant que motifs graves constituent déjà en soi un manquement grave et que cette qualification soit le préalable requis pour avoir égard aux faits antérieurs.

79. Point de départ du délai de trois jours. Connaissance suffisante des faits. Dans un arrêt du 15 juin 2015 (423), la Cour rappelle que le fait servant de fondement au congé pour motif grave est connu de l'employeur lorsqu'il a une certitude suffisante, c'est-à-dire « une certitude suffisante à sa propre conviction et aussi à l'égard de la partie licenciée et de la justice, pour pouvoir prendre en connaissance de cause une décision quant à l'existence de ce fait et des circonstances qui en font un motif grave de licenciement immédiat ». Le juge du fond ne peut pas reprocher à l'employeur de ne pas s'être empressé de recueillir la déclaration du témoin des faits et décider que le délai de trois jours pour notifier

(421) Cass., 12 février 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 265.

(422) Cass., 16 avril 2018, *Pas.*, 2018, p. 819.

(423) Cass., 15 juin 2015, *Pas.*, 2015, p. 1559.

le congé immédiat commence à courir au moment où l'employeur aurait pu ou aurait dû connaître le fait.

80. Point de départ du délai de trois jours. Manquement continu. En dépit d'une jurisprudence fournie de la Cour sur le point de départ du délai de trois jours lorsque le manquement reproché est continu, cette question continue de faire difficulté. Deux arrêts ont été prononcés par la Cour au cours de la période étudiée. Le premier concerne la négation par le juge du fond de la qualification de manquement continu. Il est de jurisprudence constante que c'est le juge du fond qui apprécie en fait si le fait invoqué afin de justifier le licenciement pour motif grave constitue ou non un manquement continu et que le rôle de la Cour de cassation est limité à « vérifier si, de ses constatations, le juge ne déduit pas des conséquences qui ne seraient susceptibles, sur leur fondement, d'aucune justification ». Dans l'espèce tranchée par la Cour de cassation le 12 septembre 2016 (424), la cour du travail avait constaté que les faits reprochés consistaient à avoir entamé une activité concurrente à celle de l'employeur à travers une entreprise dont le travailleur était à la fois le fondateur et le gérant, et ce alors qu'il était toujours dans les liens de son contrat de travail. Le juge du fond avait néanmoins estimé que le manquement reproché au travailleur n'était pas un manquement continu. La Cour de cassation a estimé que la cour du travail n'avait pas pu décider cela sur la base des constatations ainsi effectuées.

Dans le second arrêt, du 27 mai 2019, la cour du travail avait considéré que le délai de trois jours commençait à courir à partir du moment où l'une des personnes habilitées à licencier avait connaissance des faits. La Cour de cassation, se conformant à sa jurisprudence antérieure (425), a cassé la décision en énonçant que le congé immédiat, donné dans les trois jours ouvrables suivant la cessation des manquements continus, est régulier, quand bien même, de l'avis des juges du fond, l'employeur aurait pu invoquer plus tôt ces manquements au titre de motif grave (426).

(424) Cass., 12 septembre 2016, *Pas.*, 2016, p. 1662.

(425) Cass., 21 novembre 1983, *Pas.*, 1984, p. 313.

(426) « (...) terwijl het ontslag op staande voet, gegeven binnen drie werkdagen na het ophouden van de in aanmerking genomen voortdurende tekortkomingen, regelmatig is, ook al had de werkgever, naar het oordeel van de rechter, die tekortkomingen reeds tevoren als dringende reden kunnen aanvoeren » (Cass., 27 mai 2019, S.18.0025.N).



Chapitre 11 — Les protections particulières contre le licenciement

I. — GÉNÉRALITÉS

81. Étendue du contrôle de la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle a été saisie d'une double question préjudicielle portant sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de la différence de traitement établie par la loi entre les délégués et candidats délégués au comité pour la prévention et la protection au travail et le délégué syndical ou le conseiller en prévention. De l'arrêt rendu par la Cour, on retiendra ici essentiellement la motivation qui fixe l'étendue du contrôle opéré par la juridiction constitutionnelle (427). En premier lieu, l'arrêt considère que ces catégories de travailleurs sont comparables au regard de l'objectif poursuivi par la loi (B.3.2.). Ensuite, il relève que le législateur exerce son pouvoir d'appréciation lorsqu'il détermine l'étendue de la protection qu'il octroie à une catégorie déterminée de travailleurs. «Toutefois, poursuit l'arrêt, lorsqu'une protection particulière contre le licenciement est accordée à une catégorie déterminée de travailleurs, il relève de la compétence de la Cour de vérifier si cette protection n'est pas refusée sans justification raisonnable à une catégorie comparable de travailleurs» (B.4.). Aux deux questions qui lui étaient adressées, la Cour répondra que les différences de traitement n'apparaissent pas comme dépourvues de toute justification raisonnable.

Dans un arrêt postérieur, la Cour indique qu'il relève de sa compétence «de vérifier si cette protection n'est pas accordée dans des conditions qui ne sont pas raisonnablement justifiées ou disproportionnées eu égard aux conséquences qu'elle entraîne» (428). L'arrêt statue sur deux questions préjudicielles concernant la protection contre le licenciement des membres de la délégation syndicale qui exerce les missions du comité pour la prévention et la protection au travail en l'absence de ce comité (art. 52 de la loi du 4 août 1996).

(427) C. const., 10 octobre 2012, n° 115/2002.

(428) C. const., 14 février 2019, n° 20/2019, *J.T.T.*, 2020, p. 80.



II. — LA PROTECTION CONTRE LA VIOLENCE
ET LE HARCÈLEMENT MORAL OU SEXUEL AU TRAVAIL

82. Début de la protection. Dans les occurrences qu'elle énumère, la loi établit une protection particulière contre le licenciement(429). Au cours de la période sous revue, le moment du départ de cette protection a donné lieu à une jurisprudence fournie(430). Le point discuté était de savoir si la protection s'enclenche avant que l'employeur n'en soit informé. Ce point est désormais réglé par les modifications opérées par les lois des 10 janvier 2007 et 28 février 2014. Le texte prévoit dorénavant que la protection est acquise au travailleur à partir du moment où la demande d'intervention psychosociale formelle «est réceptionnée à la condition qu'elle ait été acceptée» (art. 32*terdecies*, § 6). L'employeur est certes informé par le conseiller en prévention de la demande d'intervention formelle acceptée et donc du fait que la protection a pris cours. Cela n'exclut pas l'apparition d'un décalage entre le moment où la protection s'est enclenchée et le moment où l'information est donnée à l'employeur. La loi crée donc une période «occulte» au cours de laquelle le travailleur est protégé sans que son employeur ne le sache.

Sur la base du texte antérieur à la modification opérée par la loi du 28 février 2014, il fut jugé qu'il incombe au travailleur de rapporter la preuve que la plainte, devenue la demande d'intervention formelle, est antérieure au licenciement(431). Cette décision nous paraît conserver sa pertinence.

83. Étendue de la protection. La notion de motif étranger. La loi n'établit pas une interdiction complète de licencier. Est régulier le licenciement donné «pour des motifs étrangers à la demande d'intervention psychosociale formelle (...) à la plainte, à l'action en justice ou au témoignage» (art. 32*terdecies*, § 1^{er}, al. 1^{er}).

Le licenciement sera assurément tenu pour régulier s'il est motivé par des raisons économiques ou d'organisation du travail

(429) Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, art. 32*terdecies*, modifié successivement par les lois des 10 janvier 2007 et 28 février 2014.

(430) Voy. W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social. Droit du travail '19-'20, op. cit.*, t. 2, n° 2373.

(431) C. trav. Liège, 6 juin 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1733, note R. LINGUELET.



et que la décision, ou le processus de décision, est antérieur(e) au congédiement (432).

On relève la présence d'une controverse sur le sens à donner à la notion de motif étranger. Faut-il retenir une interprétation restrictive selon laquelle le licenciement sera licite s'il est étranger au fait de déposer une demande d'intervention formelle, d'introduire une action ou de faire un témoignage (433) ? Au contraire, s'impose-t-il de privilégier une interprétation extensive selon laquelle le licenciement, pour être régulier, doit non seulement être étranger au dépôt de la demande d'intervention formelle mais également au contenu de celle-ci, en manière telle que le licenciement sera irrégulier s'il apparaît un lien entre les motifs avancés pour justifier le licenciement et les faits relatés dans la plainte (434) ? Suivant cette thèse, le licenciement ne pourra guère être donné que pour des raisons économiques ou relevant de l'organisation du travail ; en effet il y a gros à parier que tout motif tenant au comportement ou l'aptitude du travailleur — par hypothèse considéré comme inapproprié ou insuffisant par l'employeur — sera en lien avec la plainte du travailleur. Les partisans de l'un ou l'autre point de vue invoquent tour à tour en faveur de leurs thèses la lettre de la loi, les travaux préparatoires et aussi le but et l'économie de celle-ci. Les deux lectures sont juridiquement défendables ; toutefois, l'interprétation restrictive nous paraît plus conforme au but de la protection contre le licenciement, à savoir abriter le travailleur des représailles de l'employeur pour avoir brisé « le cercle de la peur » (435). Le contenu de la plainte, c'est-à-dire le harcèlement ou la violence s'ils sont établis, ouvre le droit à l'indemnisation, le cas échéant forfaitaire, prévue par une autre disposition légale (art. 32*decies*, § 1/1).

(432) C. trav. Bruxelles, 30 juin 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 203 ; C. trav. Bruxelles, 8 juin 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1778 ; C. trav. Liège, 17 mars 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1276, note R. LINGUELET ; C. trav. Liège, 16 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1270.

(433) C. trav. Bruxelles, 18 janvier 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 272 ; C. trav. Bruxelles, 12 novembre 2013, *Chron. D.S.*, 2017, p. 100 ; C. trav. Bruxelles, 29 juin 2012, *Chron. D.S.*, 2017, p. 89 ; H. FUNCK, « La protection en raison du dépôt d'une plainte pour harcèlement », *Chron. D.S.*, 2017, p. 81.

(434) M. SIMON, « Harcèlement et protection contre le licenciement : *quid* des motifs étrangers ? », *J.L.M.B.*, 2018, p. 1854 ; C.E., 12 mars 2013, n° 222.815, *Chron. D.S.*, 2017, p. 85 ; C. trav. Mons, 26 janvier 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1847 ; C. trav. Liège, 9 août 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 744 ; C. trav. Bruxelles, 21 septembre 2011, *Chron. D.S.*, 2017, p. 87.

(435) *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1583/005, p. 34.



La Cour de cassation a mis fin à la controverse en retenant l'interprétation restrictive (436). Elle considère que la loi « n'exclut pas que le licenciement puisse être justifié par des motifs déduits de faits invoqués dans cette plainte ». L'arrêt ne donne pas d'autre motivation.

84. Cumul des indemnités. En cas de licenciement irrégulier, ou de mesure préjudiciable, la loi prévoit la faculté pour le travailleur d'exiger le paiement d'une indemnité forfaitaire correspondant à la rémunération brute de six mois (art. 32*terdecies*, § 4). Globalement, la jurisprudence, suivant la doctrine, considère qu'en l'absence de règle expresse interdisant le cumul de cette indemnité avec d'autres indemnités, ce cumul est autorisé pourvu que les indemnités réparent des préjudices distincts (437).

III. — LA PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT
DES DÉLÉGUÉS DU PERSONNEL AUX CONSEILS D'ENTREPRISE
ET COMITÉS POUR LA PRÉVENTION ET LA PROTECTION
AU TRAVAIL AINSI QUE LES CANDIDATS

85. Les notions de fermeture et de division de l'entreprise. L'employeur qui envisage un licenciement pour des raisons d'ordre économique ou technique doit saisir préalablement l'organe paritaire (art. 3, § 1^{er}, de la loi du 19 mars 1991). Aucune disposition ne limite le pouvoir d'appréciation de l'organe paritaire: celui-ci peut retenir toutes les raisons d'ordre économique ou technique quelles qu'elles soient pour autoriser le licenciement. En revanche, en l'absence de décision de l'organe paritaire dans le délai de deux mois, le licenciement n'est autorisé que pour l'un des trois motifs énumérés par la loi: la fermeture de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise et en cas de licenciement d'une catégorie déterminée du personnel (art. 3, § 1^{er}, al. 3).

Les notions légales de division d'entreprise et de fermeture ont été quelque peu précisées par l'arrêt du 3 décembre 2012 de la Cour de cassation (438).

(436) Cass., 20 janvier 2020, S.19.0019.F, avec les conclusions du ministère public disponibles sur www.juridat.be.

(437) C. trav. Mons, 26 janvier 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1847, qui refuse le cumul avec une indemnité pour licenciement abusif pour identité de préjudice mais l'accorde pour l'indemnité réparant la perte de chance résultant de l'absence d'audition préalable; C. trav. Bruxelles, 25 avril 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 11 (cumul avec une indemnité pour licenciement abusif).

(438) Cass., 3 décembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2393.



Reproduisant à très peu de choses près un arrêt plus ancien (439), l'arrêt énonce que « Une division d'une entreprise est (...) une partie de l'entreprise qui présente une certaine cohésion et se distingue du reste de l'entreprise par une autonomie technique, une activité distincte et durable et un personnel propre ». C'est le caractère distinct qui est au centre de l'arrêt. Les travailleurs, demandeurs en cassation, soutenaient que l'existence d'une division suppose une activité distincte de l'activité principale. Occupés dans un service de maintenance d'un hôtel, ils faisaient grief à la décision attaquée d'avoir conclu à l'existence d'une division de l'entreprise sans faire le constat que cette activité pouvait être détachée de l'exploitation de l'hôtel. Cette interprétation restrictive n'a pas été retenue par la Cour de cassation. Suivant cette dernière, le juge du fond a pu légalement décider qu'il était indifférent que les activités du service de maintenance étaient liées aux activités de l'entreprise.

Quant au concept de fermeture, la loi énonce qu'il faut entendre « toute cessation définitive de l'activité principale de l'entreprise ou d'une division de celle-ci » (art. 1^{er}, § 2, 6^o). Ce serait ajouter aux termes de la loi de soutenir que la fermeture requiert une disparition de l'activité. Dans l'espèce soumise à la Cour, le juge du fond avait constaté que l'activité accomplie par les travailleurs licenciés avait été confiée à une série d'entrepreneurs spécialisés. Pour la Cour de cassation, cette considération n'empêche pas de conclure légalement à l'existence d'une fermeture.

86. Contrôle juridictionnel de la décision de la commission paritaire. En 1993, la Cour d'arbitrage avait estimé que l'absence de recours juridictionnel contre la décision de l'organe paritaire — reconnaissant ou ne reconnaissant pas les raisons d'ordre économique et technique invoquées par l'employeur — porte atteinte de manière discriminatoire au droit de toute personne à ce qu'une décision déterminant ses droits civils puisse être soumise à un juge (440). Il résulte de cet arrêt que tant l'employeur que le travailleur ont la faculté de soumettre la décision à un juge (441).

(439) Cass., 4 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 473, à propos de la notion de division d'entreprise au sens de l'ancienne loi du 28 juin 1966 relative à la fermeture d'entreprises.

(440) C.A., 8 juillet 1993, n° 57/93, *J.T.T.*, 1993, p. 426, B.13; Examen 1996, p. 572, n° 75.

(441) Cass., 12 mars 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 293.



Quel juge ? En 1996, le Conseil d'État s'était déclaré incompétent pour connaître d'un recours en annulation de la décision de la commission paritaire au motif qu'il résulte de l'arrêt de la Cour d'arbitrage que le recours est ouvert auprès des juridictions du travail (442). En revanche, la compétence des juridictions du travail pour connaître d'un contrôle incident de la légalité de la décision de la commission paritaire ne paraît pas faire de difficulté. Les juridictions du travail seront ainsi saisies par une action du travailleur en paiement de l'indemnité de protection fondée sur un licenciement irrégulier en raison d'une décision de la commission paritaire dont la légalité est contestée (443).

Quelle est l'étendue du contrôle judiciaire ? C'est, pour la Cour de cassation, un contrôle de pleine juridiction sur l'existence des raisons d'ordre économique ou technique. Contrôle évidemment de légalité (444) et non d'opportunité ; il n'implique pas « d'apprécier l'opportunité des mesures prises par l'employeur en vue de tenir compte des raisons économiques ou techniques invoquées » (445). En outre, l'arrêt règle une question controversée : en l'absence de décision de la commission paritaire, on l'a vu (*supra*, n° 85), le juge ne peut lever la protection et admettre le licenciement qu'en cas de fermeture de l'entreprise, d'une division de celle-ci ou encore en cas de licenciement d'une catégorie déterminée du personnel ; en va-t-il de même lorsqu'il intervient comme organe de recours contre la décision de la commission paritaire ?

Non, décide la Cour de cassation : « Dans ces circonstances, les raisons à apprécier ne doivent pas se limiter au cas de la fermeture de l'entreprise ou d'une division de celle-ci ou à celui du licenciement d'une catégorie déterminée du personnel ». En d'autres mots, le juge a un pouvoir d'appréciation aussi étendu que celui de l'organe paritaire dont il contrôle la légalité de la décision. Le juge sera ainsi conduit à vérifier l'exactitude matérielle du ou des motifs avancés, si ceux-ci correspondent à la notion légale de raison d'ordre économique ou technique (qui n'est pas limitée

(442) C.E., 3 juin 1996, n° 59.841, *J.T.T.*, 1996, p. 438. *Contra* : C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 208.

(443) C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2014, précité ; C. trav. Anvers, 20 novembre 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 497.

(444) Plusieurs décisions considèrent que la commission paritaire est une autorité administrative (C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2014, précité) en sorte que sa décision doit être motivée conformément aux exigences de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs (C. trav. Anvers, 20 novembre 2013, précité).

(445) Cass., 12 mars 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 293.



au cas de la fermeture ou à celui de licenciement d'une catégorie déterminée) et encore, le cas échéant, le lien de causalité entre ces raisons et le licenciement.

87. Réintégration. L'appareil sanctionnateur mis en place par la loi de 1991 en cas de licenciement irrégulier inclut une procédure de réintégration. Lorsque la demande de réintégration est acceptée par l'employeur dans le délai prescrit, aucune indemnité de rupture n'est due.

La demande de réintégration est formulée par « le travailleur ou l'organisation qui a présenté sa candidature » (art. 14). S'alignant sur l'opinion dominante, la cour du travail d'Anvers a considéré que l'organisation ne pouvait demander la réintégration de son affilié qu'avec l'accord de ce dernier. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, la cour a estimé qu'en s'abstenant de contester en temps utile la demande de réintégration faite en son nom sans son accord, le travailleur avait tacitement mais certainement ratifié l'acte accompli sans pouvoir (446).

Il ressort d'un arrêt du 9 mars 2015 de la Cour de cassation que la demande de réintégration ne doit pas nécessairement être adressée à l'entité juridique qui est l'employeur du travailleur licencié (447). En l'espèce, la demande avait été adressée par l'organisation syndicale à l'unité technique d'exploitation dont faisait partie la société employeur, auteur du licenciement. La Cour casse l'arrêt attaqué; celui-ci avait considéré la demande de réintégration comme non valable au motif qu'elle n'avait pas été adressée à l'employeur (448).

La jurisprudence est bien établie en ce sens que la demande de réintégration est acceptée, au sens de la loi, lorsque l'employeur s'engage inconditionnellement dans le délai requis à occuper à nouveau le travailleur aux mêmes conditions que précédemment (449). Si une contestation surgit sur ce point, il incombe à l'employeur de faire la preuve qu'il a accepté la réintégration. Aucune forme particulière n'est requise pour accepter la demande de réintégration. Cette preuve est donc administrée par toutes

(446) C. trav. Anvers, 7 octobre 2013, *R.A.B.G.*, 2014, p. 171, note D. VAN STRIJTHEM et M. VAN INGELGEM, « Werknemersorganisatie en personeelsafgevaardigden: één strijd? ».

(447) Cass., 9 mars 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 364; *R.A.B.G.*, 2015, p. 933, note J. HERMAN, « Verzoek tot herplaatsing van een ontslagen werknemersvertegenwoordiger ».

(448) C. trav., Bruxelles, 29 avril 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 406.

(449) Voy. e.a. Cass., 1^{er} décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 375; Cass., 8 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 531.



voies de droit (450). L'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 18 juin 2012 de la Cour de cassation lui a fourni l'occasion de préciser que la notification de l'acceptation de la demande de réintégration ne doit pas nécessairement être adressée au travailleur licencié ; elle est valablement transmise à l'organisation syndicale qui a formulé la demande de réintégration. En l'espèce, l'acceptation par l'employeur de la demande de réintégration avait pris la forme d'un procès-verbal du conseil d'entreprise, communiqué au secrétaire de l'organisation syndicale qui avait présenté la candidature du travailleur.

88. L'indemnité de protection. Le cumul avec d'autres indemnités. Deux arrêts prononcés au cours de l'année 2012 tranchent la question du cumul de l'indemnité de protection, prévue par la loi de 1991 en cas de licenciement irrégulier, avec d'autres indemnités (451). Ces deux arrêts relèvent que les articles 14 et suivants de la loi de 1991 n'interdisent pas le cumul de l'indemnité de protection avec une autre indemnité due en vertu d'une convention collective de travail. La motivation du premier des deux arrêts est plus étoffée. Dans l'espèce soumise à la Cour, il s'agissait du cumul de l'indemnité de protection avec l'indemnité de stabilité d'emploi prévue par une convention collective sectorielle. La décision attaquée avait autorisé le cumul en relevant que les deux indemnités poursuivent des objectifs distincts, qu'elles avaient des causes distinctes — dans un cas le licenciement irrégulier et dans l'autre le non-respect des formalités préalables au licenciement — et qu'elles réparent des préjudices distincts. Le moyen invoqué à l'appui du pourvoi soutenait, entre autres, que les deux indemnités sont allouées en raison du licenciement et réparent de manière forfaitaire le même préjudice. La Cour de cassation dit que le moyen manque en droit. Après avoir relevé que la loi de 1991 n'interdit pas le cumul, la Cour identifie la finalité des deux dispositifs de protection : d'une part, celui de la convention collective sectorielle ayant pour but d'assurer la sécurité de l'emploi et protégeant ainsi un intérêt privé, d'autre

(450) Cass., 18 juin 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 326 ; après renvoi, C. trav. Anvers, 10 septembre 2013, *R.A.B.G.*, 2014, p. 125, obs I. VAN HIEL, « De dunne lijn tussen de aanvaarding en de weigering van de re-integratie ».

(451) Cass., 20 février 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 210 ; Cass., 3 décembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 187 (en l'espèce, on devine qu'il s'agissait d'avantages prévus par une convention collective d'entreprise portant un plan social). Comp. C. trav. Anvers, 20 novembre 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 496, qui s'oppose au cumul en raison d'une clause interdisant le cumul prévue par le plan social.



part, celui de la loi de 1991 qui garantit, dans l'intérêt général, le bon fonctionnement des organes de concertation sociale. Elle conclut : « ces deux indemnités peuvent être cumulées lorsque les conditions d'octroi de chacune d'elles sont réunies et leur cumul ne constitue pas un avantage prohibé par l'article 2, § 4, de la loi du 19 mars 1991 » (qui dispose que la protection contre le licenciement ne peut entraîner ni préjudices ni avantages spéciaux pour le travailleur). L'arrêt ne dit rien de l'identité ou de la spécificité des préjudices réparés laissant ainsi les chroniqueurs sur un point d'interrogation. Il serait en effet hasardeux de déduire de l'arrêt que, dans tous les cas, l'identité ou la différence des préjudices est sans pertinence.

89. Suite. Au départ de ces deux décisions de la Cour, il est permis d'esquisser une ligne de conduite générale pour trancher les questions de cumul des indemnités dues en raison ou à l'occasion du licenciement (452). En premier lieu, il convient de vérifier, d'abord, si les conditions d'octroi de chacune des indemnités sont remplies, ensuite, si les dispositions en cause interdisent, directement ou indirectement, le cumul des indemnités qu'elles prévoient. En ce qui concerne la loi de 1991, le juge du fond pourrait trouver dans l'article 2, § 4, une cause indirecte d'interdiction du cumul. En second lieu, si le cumul n'est pas prohibé par les textes applicables, l'attention se portera sur le but poursuivi par les dispositifs concernés et, le cas échéant, sur l'existence de dommages distincts.

Lorsqu'au moins une des deux indemnités, conformément au droit commun de la responsabilité contractuelle, répare le préjudice réel, il nous paraît que le juge doit constater, avant d'autoriser le cumul, l'existence de préjudices distincts. C'est en tout cas la position jusqu'ici constante de la Cour de cassation en ce qui concerne l'indemnité pour licenciement abusif : elle ne peut réparer qu'un préjudice autre que le dommage matériel et moral résultant de la perte du travail et réparé forfaitairement par l'indemnité de préavis (453). La solution est sans doute différente lorsque les indemnités dont le cumul est demandé ont un caractère forfaitaire. Dans ce cas, il est malaisé d'identifier les contours

(452) La question du cumul des indemnités dues en raison ou à l'occasion de la dissolution du contrat est abordée dans cet examen également aux n^{os} 22, 84 et 91.

(453) Cass., 9 novembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2557 ; Cass., 26 septembre 2005, *Bull.*, 2005, p. 1745 ; Cass., 19 février 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 622. Voy. aussi les références citées *supra*, n^o 22.

du dommage que l'indemnité est censée réparer. « En réalité, écrivait M^{me} Jamoulle, la fonction de réparation, certes présente mais diffuse, cède le pas devant la finalité sanctionnatrice » (454). Cette analyse conduit à admettre le principe du cumul des indemnités forfaitaires en vue d'atteindre le but poursuivi par chacune des règles dont la méconnaissance est sanctionnée par l'obligation de payer une indemnité forfaitaire. Il est vrai, nous avons vu plus haut les cours de Bruxelles et Mons refuser le cumul entre deux indemnités forfaitaires de protection, l'une prévue en faveur de la travailleuse enceinte par l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail et l'autre par l'article 23, § 2, 2^o, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes (455). Mais, dans les deux cas, les deux forfaits indemnitaires sanctionnent une finalité identique ce qui justifie que leur cumul ne soit pas permis.

Chapitre 12 — La convention collective de travail n° 109

La réforme du droit du licenciement commencée par la loi du 26 décembre 2013 instaurant des délais de préavis uniformes pour les employés et les ouvriers s'est poursuivie par un contrôle de la motivation du licenciement. Le dispositif, commun aux employés et aux ouvriers, a été mis en place par l'instrument d'une convention collective de travail interprofessionnelle, rendue obligatoire par arrêté royal (456). Nous avons déjà examiné plus haut (457) la situation spécifique des travailleurs contractuels de la fonction publique et leurs employeurs, auxquels la convention collective n'est pas, à tout le moins formellement, applicable.

Compte tenu des très nombreux commentaires (458) et en l'absence de jurisprudence de la Cour de cassation, nous avons choisi de n'aborder que deux aspects de ce thème.

(454) M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. 2, *op. cit.*, n° 304; K. VAN DEN LANGENBERGH et J. HERMAN, « Ontslagbescherming en schorsing van de arbeidsovereenkomst », *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, vol. 8, Anvers, Intersentia, 2010, p. 483, n° 59.

(455) *Supra*, n° 22.

(456) Convention collective de travail n° 109 concernant la motivation du licenciement, conclue le 12 février 2014 au sein du Conseil national du travail, rendue obligatoire par arrêté royal du 9 mars 2014.

(457) N^{os} 73-75.

(458) Voy. e.a. L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014 », *J.T.*, 2014, pp. 377-389; H. DECKERS et P. JOASSART, « Le droit à la motivation du licenciement : règles de formes et cumul d'indemnités », in M. BAUKENS et F. ROZENBERG (coord.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 271-296; W. VAN EECKHOUTTE, « Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering



90. La notion de licenciement manifestement déraisonnable. Les très nombreux commentaires de la convention collective n° 109 ont relevé l'étroite filiation entre la notion de licenciement manifestement déraisonnable retenue par les interlocuteurs sociaux et la notion de licenciement abusif au sens de l'ancien article 63 de la loi du 3 juillet 1978 telle qu'elle se dégage de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis son infléchissement en 2010 (459). Aussi, n'est-il pas sans intérêt de rendre compte des arrêts prononcés par la Cour à propos de cette disposition désormais abrogée, au cours de la période sous revue.

La conduite du travailleur est un motif admissible de licenciement. Il n'est toutefois pas requis que cette conduite soit fautive. La décision attaquée avait tenu le licenciement pour manifestement déraisonnable au motif qu'il n'était pas établi que les faits justifiant le licenciement soient principalement imputables à une faute du travailleur. La décision est cassée pour avoir lié l'appréciation du caractère manifestement déraisonnable du licenciement à l'exigence d'une faute, ou plus précisément l'absence d'une faute, dans la conduite du travailleur (460).

Il n'est pas davantage requis pour justifier le licenciement que les faits en lien avec la conduite du travailleur soient survenus dans le cours de l'exécution de la relation de travail à laquelle le licenciement a mis fin. Pour la Cour, l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ne limite pas au cadre strict des relations contractuelles les motifs de nature à exclure le caractère abusif du licenciement. On devine que dans l'espèce soumise à la censure de la Cour le juge du fond avait estimé abusif le licenciement motivé par des faits antérieurs au début de l'exécution du contrat (461).

van zijn ontslag», *R.D.S.*, 2015, pp. 653-767; S. GILSON, «Licenciement abusif et/ou manifestement déraisonnable: le point sur la question», in S. GILSON et P. VANHAVERBEKE (dir.), *La rupture du contrat de travail: entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 117-126; C. ENGELS, «Hoe kennelijk onredelijk waren de ontslagbeslissingen van werkgevers sinds 1 april 2014?», *J.T.T.*, 2017, pp. 433-442 et 449-460; A.-F. BRASSELE, E. CARLIER et S. LACOMBE, *Le droit de la rupture du contrat de travail*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 159-183; A. FRY, «La CCT n° 109: amende civile et indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable», *Actualités et innovations en droit social*, CUP, vol. 182, Liège, Anthemis, 2018, pp. 7 et s.; J. HERMAN, «Cao nr. 109 betreffende de motivering van het ontslag. Een kortsluiting bij een uitsluiting», *R.A.B.G.*, 2020, pp. 162-166.

(459) Sur cet infléchissement de la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. Examen 2012, p. 327, n° 82.

(460) Cass., 15 octobre 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 309, avec les conclusions du ministère public consultables sur juridat; dans le même sens et du même jour, Cass., 15 octobre 2018, *Chron. D.S.*, 2020, p. 10.

(461) Cass., 22 octobre 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 427; *Chron. D.S.*, 2014, p. 150, note L. DEAR.



Le critère de l'aptitude du travailleur, particulièrement en cas d'absence prolongée de celui-ci, paraît être manié de manière différente par la Cour suprême et les juridictions de fond comme en atteste une affaire ayant donné lieu à une double cassation. Le juge du fond avait constaté les absences nombreuses certes de la travailleuse mais il avait relevé que l'employeur ne démontrait pas qu'elles avaient désorganisé l'entreprise; partant, il avait conclu au caractère abusif du licenciement. Après une première cassation(462), le juge de renvoi a adopté une position identique à la décision cassée. Sur le nouveau pourvoi de l'employeur, la Cour, statuant chambres réunies, a elle aussi maintenu sa position: «le juge ne peut déduire le caractère abusif du licenciement de la circonstance que l'inaptitude du travailleur n'a pas affecté le fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service»(463). La position prise par la Cour pourrait paraître sévère, voire en retrait par rapport à l'infléchissement de sa jurisprudence à partir de 2010. À notre estime, elle est justifiée au regard de la règle. Celle-ci reconnaît trois motifs admissibles de licenciement: l'aptitude, la conduite ou les nécessités du fonctionnement de l'entreprise; l'un de ces motifs suffit pour que le licenciement soit régulier. En exigeant que les absences prolongées du travailleur en raison d'incapacité de travail affectent de manière péjorative le fonctionnement de l'entreprise, le juge exige en réalité la conjonction des critères de l'aptitude et du fonctionnement de l'entreprise.

Le juge du fond apprécie si le licenciement est manifestement déraisonnable sous le contrôle de la Cour de cassation laquelle vérifie si l'appréciation du juge du fond ne méconnaît pas la notion de licenciement abusif, devenue le licenciement manifestement déraisonnable(464). Le contrôle du juge du fond est de légalité et non d'opportunité. À ce titre, le juge du fond ne peut substituer ses propres critères d'organisation et de fonctionnement à ceux de l'employeur. Deux arrêts de la Cour suprême illustrent la difficulté de cerner l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge du fond. Dans les deux cas, les décisions attaquées avaient considéré le licenciement comme abusif. Dans une espèce, la décision attaquée est cassée — le juge du fond reprochait à l'employeur de n'avoir pas pris les mesures

(462) Cass., 18 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 464; Examen 2012, p. 327, n° 82.

(463) Cass., 14 décembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2907, avec les conclusions du ministère public.

(464) Cass., 15 octobre 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 309, précité.



adéquates en vue de pallier les absences du travailleur(465); dans l'autre espèce — l'employeur avait invoqué des raisons économiques sans convaincre — le pourvoi a été rejeté(466).

91. Le cumul de l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable avec une réparation de l'abus du droit de licencier. Le licenciement manifestement déraisonnable est sanctionné par l'obligation de payer une indemnité, semi-forfaitaire, comprise dans une fourchette, laissée à l'appréciation du juge, allant de 3 à 17 semaines de rémunération. L'indemnité, dispose la convention collective, ne peut être cumulée « avec toute indemnité qui est due par l'employeur à l'occasion de la fin du contrat de travail » à l'exception des indemnités énumérées par la règle (art. 9, § 3). Cependant, la jurisprudence et la doctrine majoritaires se sont prononcées en faveur du cumul de l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable avec la réparation du dommage causé par un abus du droit de licencier. À l'appui de ce cumul, deux arguments sont invoqués. D'une part, les deux indemnités ont des fondements juridiques distincts, pour l'une la convention collective interprofessionnelle et pour l'autre le principe d'exécution de bonne foi des contrats (art. 1134, al. 3, C. civ.) qui interdit à l'employeur d'abuser du droit de licencier qu'il retire du contrat de travail. D'autre part, les deux indemnités ont des fonctions distinctes et elles réparent des préjudices différents: l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable sanctionne l'employeur en raison d'une absence de motif pertinent pour justifier sa décision alors que l'indemnité pour licenciement abusif répare le préjudice résultant des circonstances dans lesquelles le congé a été donné(467). Cette thèse est inconciliable

(465) Cass., 16 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 196.

(466) Cass., 15 octobre 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 310.

(467) C. trav. Liège, 8 février 2007, *J.T.T.*, 2017, p. 153, *J.L.M.B.*, 2017, p. 761, obs. A. MORTIER; C. trav. Liège, 17 avril 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 431; C. trav., Liège, 23 avril 2019, inédit, R.G. 2017/AN/218; *contra* C. trav. Liège, 26 février 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 253. Quant à la doctrine, se prononcent notamment en faveur du cumul: H. DECKERS et P. JOASSART, « Le droit à la motivation du licenciement: règles de formes et cumul d'indemnités », *op. cit.*, n° 49; L. DEAR, S. GHISLAIN et A. LHOSTE, « L'indemnité pour licenciement abusif en droit commun et l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable au sens de la CCT n° 109: controverse entre interdiction et autorisation du cumul », *Le licenciement abusif et/ou déraisonnable*, Limal, Anthemis, 2020, p. 181. *Contra* W. VAN EECKHOUTTE, « Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering van zijn ontslag », *op. cit.*, n° 142; A.-V. MICHAUX, S. GERARD et S. SOTTIAUX, « Motivation du licenciement et sanction du licenciement manifestement déraisonnable (CCT n° 109). Analyse critique d'une jurisprudence naissante », *R.D.S.*, 2018, p. 389; A. MORTIER, « La problématique du cumul de l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable et des dommages et intérêts pour abus du droit de licencier », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 764-770.



avec la lettre de la règle qui prohibe un tel cumul. Il appartient à la Cour de cassation de mettre fin à la controverse en choisissant entre une interprétation littérale de la règle et une interprétation téléologique déduite de l'intention supposée des auteurs de la norme. À cet égard, deux points de repère sont à relever. D'une part, en ce qui concerne la possibilité pour l'ouvrier d'agir sur la base de l'ancien article 63 et la théorie générale de l'abus de droit, la Cour semble avoir admis une application alternative mais non cumulative de ces deux fondements (468). D'autre part, à propos du cumul de deux autres indemnités dues en raison de la fin du contrat, la Cour de cassation a décidé que le cumul était autorisé si les conditions d'octroi de chacune de ces indemnités sont réunies et s'il n'est pas interdit par une autre disposition (469).

Chapitre 13 — Les clauses de non-concurrence

92. Qualification de la clause. La clause régie par la loi relative aux contrats de travail est celle par laquelle le travailleur s'interdit, lors de son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires, «soit en exploitant une entreprise personnelle, soit en s'engageant chez un employeur concurrent, ayant ainsi la possibilité de porter préjudice à l'entreprise qu'il a quittée en utilisant pour lui-même ou au profit d'un concurrent, les connaissances particulières à l'entreprise qu'il a acquises dans celle-ci, en matière industrielle ou commerciale» (art. 65).

Au cours de la période étudiée, deux décisions reviennent sur la qualification à donner à une clause moins précise que ce que la loi prescrit, en utilisant les ressorts de l'interprétation des conventions fournis par le Code civil. Ainsi, un employeur tentait de faire déclarer nulle une clause par laquelle le salarié s'interdisait d'entrer au service d'un employeur pour exercer une activité similaire à celle de l'entreprise, sans que soit précisé que le nouvel employeur visé est un concurrent ; estimant que la phrase devait être replacée dans son contexte, le juge ne s'est pas arrêté à la lettre de la clause et a considéré que la volonté des parties était d'empêcher l'exercice d'activités pour un concurrent de l'employeur de sorte qu'elle pouvait être qualifiée de clause de non-concurrence (470).

(468) Examen 2012, p. 330, n° 83.

(469) *Supra*, n° 88.

(470) C. trav. Bruxelles, 25 octobre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 108.



Un second arrêt, prononcé le 19 mars 2018 par la Cour de cassation, admet également une interprétation souple de la notion de clause de non-concurrence. Pour qu'elle puisse être qualifiée comme telle, il faut, entre autres conditions, que le travailleur s'interdise, « lors de son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires ». La particularité de l'espèce tient au fait que la clause litigieuse était libellée de manière très laconique : sous l'intitulé « clause de non-concurrence », elle faisait interdiction au salarié de « poser un acte de concurrence illicite ou y participer », sans autre précision. L'arrêt attaqué avait estimé que les obligations édictées par cette clause produisaient des effets lors du départ du travailleur de l'entreprise. La Cour de cassation a estimé que, ce faisant, l'arrêt attaqué n'a pas donné à la clause une interprétation inconciliable avec ses termes et n'a dès lors pas violé la foi due aux actes (471).

93. L'écrit. Parmi les conditions auxquelles la loi subordonne la validité d'une clause de non-concurrence figure l'exigence que la clause soit constatée par écrit. À la différence de ce qui est prévu pour le contrat conclu pour une durée déterminée, la loi n'exige pas que l'écrit soit individuel. Il est néanmoins généralement admis que le règlement de travail ne constitue pas l'écrit visé par l'article 65 (472). Il en a pourtant été jugé autrement lorsque le travailleur reconnaît dans le contrat de travail individuel accepter les dispositions du règlement (473).

94. L'étendue de la nullité. Les 23 janvier et 25 juin 2015, la Cour de cassation a prononcé deux décisions autorisant le juge à limiter la nullité d'une clause de non-concurrence, dont le territoire ou la durée sont excessifs, à une partie seulement de la clause de sorte que celle-ci produise quand même une partie de ses effets. Les clauses litigieuses étaient contenues dans des conventions régies par le régime prétorien de droit commun ; l'une de ces conventions réalisait la cession d'une partie d'un fonds de commerce et l'autre une cession d'actions. Ces arrêts constituent un revirement complet de jurisprudence (474), puisque, depuis

(471) Cass., 19 mars 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 177.

(472) C. WANTIEZ, *Les clauses de non-concurrence et le contrat de travail*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 37, n° 30.

(473) C. trav. Gand (sect. Gand), 8 avril 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 333.

(474) P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », *R.C.J.B.*, 2016, pp. 387-433 ; F. PEERAERS, « Naar een nietigheid op maat : de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie », *R.W.*, 2015-16, pp. 1188-1193.



un arrêt du 3 février 1971, la nullité-réduction était exclue(475). La question s'est vite posée de savoir si, s'agissant d'une clause inscrite dans un contrat de travail et dont le territoire ou la durée excèderait les limites légales, le juge pourrait ramener les effets de la clause à ces limites ou s'il doit au contraire, comme par le passé, prononcer la nullité de toute la clause. Parce que la seconde solution rencontre mieux l'objectif poursuivi par le législateur — protection de la partie faible au contrat de travail et de sa liberté de travailler — l'on est poussé à penser que les arrêts de 2015 ne s'étendent pas aux clauses régies par la loi du 3 juillet 1978 (476).

95. Circonstances d'efficacité. Si la clause remplit toutes les conditions de validité, elle ne produit pas toujours d'effet.

Tout d'abord, il se peut que l'employeur renonce à la clause de non-concurrence. Dans un tel cas, le travailleur retrouve son entière liberté (sous réserve de ne pas commettre d'acte de concurrence déloyale) mais ne perçoit pas l'indemnité prévue par la clause. La loi ne prévoit pas de forme particulière pour cette renonciation, sinon qu'elle doit intervenir au plus tard dans un délai de quinze jours après la fin du contrat (art. 65, § 2, al. 5, 4^o). Elle peut ainsi intervenir avant cette date(477), et être inscrite, par exemple, dans la convention que les parties concluent en vue de régler les modalités de la fin de leur collaboration(478). La renonciation peut aussi être implicite. Ainsi, renonce implicitement mais certainement à l'application d'une clause de non-concurrence, l'employeur qui conclut une convention contenant un abandon de recours, et visant à solder définitivement et irrévocablement la relation de travail(479). Toutefois, il a été jugé, à juste titre, qu'il ne peut se déduire du non-paiement par l'employeur de l'indemnité compensatoire dans le délai de quinze jours qu'il aurait renoncé, à ce moment, à l'application effective de la clause(480).

Ensuite, la clause ne peut sortir ses effets que si le travailleur a acquis auprès de l'employeur qu'il quitte des connaissances en

(475) Cass., 3 février 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 511.

(476) En ce sens, Q. CORDIER, «La nullité-réduction des clauses de non-concurrence: perspectives en droit du travail», *R.D.S.*, 2016, pp. 385-414; P. WÉRY, «Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite», *op. cit.*, pp. 423-424.

(477) Cass., 20 octobre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 327; Cass., 15 mars 1999, *Pas.*, 1999, p. 389.

(478) C. trav. Mons, 25 avril 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 427.

(479) C. trav. Bruxelles, 27 juin 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 429.

(480) C. trav. Mons, 25 avril 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 427.



matière industrielle ou commerciale, particulières à l'entreprise. Il suffit, énonce la Cour de cassation, qu'à l'expiration du contrat de travail, le travailleur ait la possibilité de porter préjudice à son ancien employeur, en utilisant les connaissances acquises pour lui-même ou au profit d'un concurrent (481). Les circonstances de l'espèce ne ressortent pas explicitement de l'arrêt, mais l'on devine que le travailleur revendiquait l'application de la clause et donc le paiement de l'indemnité conventionnelle. Les juges d'appel avaient décidé que la clause ne pouvait sortir ses effets, parce qu'à l'expiration de son contrat de travail, l'ancien travailleur avait commencé à travailler pour une entreprise non concurrente au sein de laquelle il ne pouvait utiliser les connaissances acquises auprès de son ancien employeur, et, en conséquence, n'avait pas la possibilité de porter préjudice à celui-ci. Sur le pourvoi du travailleur, la Cour a cassé, estimant que les juges d'appel ne justifiaient pas légalement leur décision. En effet, le raisonnement de la cour du travail consistait à priver le travailleur du bénéfice de l'indemnité pour la raison qu'en se conformant à la clause — travailler pour une entreprise non concurrente — il se trouvait en dehors des conditions d'efficacité de celle-ci.

Si, dans le même esprit, la loi énonce que la clause est dépourvue d'effet s'il est mis fin au contrat « durant les six premiers mois à partir du début du contrat », elle ne se prononce pas explicitement sur l'hypothèse où le salarié met fin au contrat avant même que celui-ci ait reçu un début d'exécution. L'hypothèse a été soumise à la cour du travail de Gand, qui a déclaré la clause inefficace dans ce cas de figure : les engagements du travailleur sont pris pour le moment qui suit son départ de l'entreprise, circonstance inexistante en l'espèce. En outre, l'exigence que l'employeur puisse subir un préjudice, parce que le travailleur utilise les connaissances qu'il a acquises au sein de l'entreprise, n'est pas satisfaite dans une telle circonstance (482).

Enfin, la loi prive la clause d'efficacité s'il est mis fin au contrat par l'employeur sans motif grave ou par le travailleur pour motif grave. *A contrario*, il a été décidé que la clause produit ses effets lorsque le contrat de travail est rompu par la force majeure, constituée par l'incapacité définitive de travail du salarié (483).

(481) Cass., 5 mai 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 396; *Pas.*, 2014, p. 1050.

(482) C. trav. Gand (sect. Bruges), 19 avril 2013, *T.G.R.*, 2013/4, p. 292.

(483) C. trav. Gand (sect. Gand), 8 avril 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 333.



96. Indemnité compensatoire. En contrepartie de l'atteinte à la liberté du travailleur, l'employeur lui est redevable d'une indemnité calculée par référence à la rémunération brute du travailleur (art. 65, § 2, al. 6). Faut-il inclure dans l'assiette de calcul les avantages acquis en vertu du contrat, à l'instar de ce qui est prévu par l'article 39 pour l'indemnité compensatoire de préavis ? Telle est en tout cas l'opinion de la cour du travail de Bruxelles (484).

97. Présomption d'apport de clientèle. Un deuxième enseignement se dégage de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 2018. L'article 105 créé au bénéfice du représentant de commerce lié par une clause de non-concurrence une présomption simple d'apport de clientèle, ce qui lui facilite le bénéfice de l'indemnité d'éviction. La Cour de cassation a décidé que la circonstance que la clause litigieuse ne satisfasse pas aux conditions légales de validité concernant la durée de son application et les activités qu'elle prohibe ne porte pas atteinte à la présomption d'apport de clientèle. Ce faisant, la Cour confirme la solution admise de longue date par les juges du fond (485).

Chapitre 14 — La prescription

98. L'action en répétition de l'indu — Longtemps, on a considéré que l'action de l'employeur en remboursement de rémunérations indument versées était soumise aux courts délais de prescription de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978. Deux arrêts de la Cour de cassation des 11 et 18 décembre 2006 difficilement conciliables n'avaient pas apporté toute la lumière nécessaire au débat : le premier optait pour l'interprétation traditionnelle tandis que le second, très laconique, estimait que l'action était soumise au délai de prescription de droit commun, solution que nous avons approuvée (486). Par un arrêt tout aussi laconique du 10 octobre 2016, la Cour est revenue sur la question. Elle confirme l'enseignement de l'arrêt du 18 décembre 2006, à savoir qu'une telle action « ne constitue pas une action naissant du contrat de travail. Cette

(484) C. trav. Bruxelles, 21 juin 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 359 ; C. trav. Bruxelles, 25 octobre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 108.

(485) Cass., 19 mars 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 177. Voy. déjà C. trav. Liège, 11 mai 1998, *J.T.T.*, 1998, p. 418.

(486) Examen 2012, p. 343, n° 92.



demande est soumise au délai de prescription général»(487); et la Cour de casser l'arrêt attaqué, qui avait déclaré l'action prescrite en application de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978. Très brève, la décision recèle un second enseignement. La Cour tranche en effet implicitement une question abordée dans les conclusions du ministère public(488) et qui était, elle aussi, controversée. L'arrêt de 2006 concernait un paiement postérieur à la cessation du contrat, tandis que dans l'affaire jugée en 2016, le paiement indu était intervenu durant l'exécution de celui-ci; la Cour fait de cette circonstance un élément indifférent(489).

99. Le point de départ du délai de prescription. Les actions nées après la fin du contrat. On sait que, à la suite d'une longue controverse, la Cour de cassation a fini par rallier l'opinion de ceux qui pensaient que lorsqu'une action naît après la fin des relations contractuelles, telle l'action en paiement d'une indemnité complémentaire de prépension, ou en réparation du préjudice causé par la violation de l'obligation de discrétion ou d'une clause de non-concurrence, le délai de prescription est non pas le délai décennal prescrit par le Code civil mais le délai annal de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978; le point de départ n'est toutefois pas constitué par la cessation du contrat de travail mais est reporté à l'échéance de l'obligation(490).

Dans une espèce concernant une majoration de l'indemnité complémentaire de prépension, une travailleuse affirmait que le délai annal commençait à courir non pas à partir du moment où les conditions — déterminées par la convention collective de travail applicable à son cas — étaient réunies mais à partir du moment où elle avait connaissance du fait que ces conditions étaient réunies. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi: l'action en paiement est née au jour où l'obligation de l'employeur devait être exécutée et se prescrit à partir de ce moment(491).

(487) Cass., 10 octobre 2016, *Pas.*, 2016, p. 1930, *R.A.B.G.*, 2017, p. 960 et note J. HERMAN. Dans le même sens, C. trav. Bruxelles, 12 mars 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 296; C. trav. Bruxelles, 6 novembre 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 73; C. trav. Bruxelles, 12 juin 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 495.

(488) *R.A.B.G.*, 2017, p. 961.

(489) La Cour se rallie ainsi à la thèse soutenue par L. Eliaerts (L. ELIAERTS, «Arbeidsovereenkomst, onverschuldigde betalingen en verjaring», *R.W.*, 2008-2009, pp. 957 et s., n^{os} 4 et s.), mais combattue par W. Rauws (W. RAUWS, «De verjaring in het arbeidsrecht», *De verjaring*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 13).

(490) Examen 2012, pp. 347-349, n^o 99.

(491) Cass., 14 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1095.

100. L'interruption de la prescription par la voie d'une mise en demeure spéciale. Le délai de prescription peut être interrompu suivant les modes prévus à l'article 2244 du Code civil. Parmi ceux-ci figure la lettre de mise en demeure émanant d'un avocat, d'un huissier de justice ou de toute personne pouvant ester en justice au nom du créancier en vertu de l'article 728, § 3, du Code judiciaire, pour autant qu'elle soit conforme aux conditions énumérées à l'article 2244, § 2.

Un certain nombre de mentions doivent figurer «de façon complète et explicite» dans la lettre de mise en demeure pour qu'elle produise un effet interruptif. Parmi celles-ci, l'article 2244, § 2, 3^o, énonce «la description de l'obligation qui a fait naître la créance». Cette disposition peut être interprétée de manière plus ou moins rigoureuse. Pour certains, elle doit être précise mais peut être sommaire, pourvu que le débiteur «ne puisse douter de l'obligation qui lui est imputée»(492); d'autres attachent plus d'importance aux termes «complète et explicite». Ainsi la cour du travail de Bruxelles juge insuffisamment complète et explicite au regard de l'article 2244, § 2, 3^o, la lettre de l'organisation syndicale de la travailleuse mettant en demeure l'employeur de payer différents montants à l'intéressée au titre de pécule de vacances, d'indemnité d'éviction, d'indemnité de rupture et d'éco-chèques(493). En l'espèce, la mise en demeure avait été précédée de plusieurs courriers plus explicites, notamment au sujet de la date de la rupture du contrat de travail et mentionnaient la base légale de la réclamation d'une indemnité d'éviction. La cour du travail a jugé que le Code civil «impose un formalise précis et rigoureux» et que les éléments succincts repris dans la mise en demeure elle-même ne permettaient pas au débiteur de comprendre à quel titre les montants lui étaient réclamés.

101. L'interruption de la prescription par la voie d'une requête. Selon l'article 2244 du Code civil, la «citation» interrompt la prescription, terme qui désigne tout acte introductif d'instance. Le tribunal du travail peut être saisi par la voie d'une requête contradictoire (art. 704, § 1^{er}, du Code judiciaire). Celle-ci peut être soit envoyée par courrier recommandé soit déposée au greffe (art. 1034^{quinquies} du Code judiciaire). Dans le premier cas,

(492) M. MARCHANDISE, *La prescription*, coll. De Page Traité de droit civil belge, t. 6, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 181.

(493) Voy. par exemple C. trav. Bruxelles, 5 juin 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 497.



l'interruption se produit au jour du dépôt à la poste ; dans le second cas, l'interruption a lieu le jour où le greffier reçoit la requête, qui atteste la date par le cachet apposé sur la requête (494). L'envoi de la requête au greffe par pli simple suit le même régime que le dépôt. À juste titre la cour du travail de Bruxelles a-t-elle déclaré prescrite une action introduite par une requête envoyée par courrier ordinaire le 16 septembre 2014 mais enregistrée au greffe le 6 octobre 2014, alors que le contrat de travail était dissous depuis le 23 septembre 2013 (495).

102. L'acte introductif d'instance et les moyens invoqués. La citation en justice n'interrompt pas le cours de la prescription pour les demandes qu'elle n'introduit pas. Une travailleuse toujours en service avait assigné son employeur en paiement de la différence entre la rémunération due et la rémunération effectivement payée. En degré d'appel, elle avait invoqué pour la première fois la loi du 3 juillet 1978 comme fondement de sa demande et ce par des conclusions déposées plus de cinq ans après le fait ayant donné naissance à l'action. L'employeur avait allégué que cette demande n'avait pas été introduite comme telle dans l'acte introductif d'instance et que, par voie de conséquence, sa prescription n'avait pas été interrompue par la requête introductive d'instance. La cour du travail lui avait donné tort car « les moyens de droit invoqués à l'appui de la demande ne s'incorporent pas à l'objet de la demande » et que « l'objet de la demande [...] est inchangé ». Saisie d'un pourvoi de l'employeur, la Cour de cassation a, sans surprise, jugé l'arrêt attaqué légalement justifié et a donc rejeté le pourvoi (496).

103. La demande virtuellement comprise dans la demande initiale. La citation en justice produit un effet interruptif de prescription des demandes qu'elle introduit ainsi que de celles qui y sont virtuellement comprises. De manière constante, la jurisprudence se montre exigeante quant à la notion de demande virtuellement comprise dans la demande initiale (497). Durant la période examinée, il a été jugé que la demande de dommages et intérêts en vue de réparer le préjudice résultant de la délivrance tardive des documents sociaux n'est pas virtuellement comprise

(494) M. MARCHANDISE, *La prescription*, *op. cit.*, p. 137 et réf. citées.

(495) C. trav. Bruxelles, 11 juin 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 435.

(496) Cass., 27 mars 2017, *Pas.*, 2017, p. 744.

(497) Examen 1996, p. 583, n° 84 et Examen 2003, pp. 254 et 255, n° 93 ; Examen 2012, pp. 351-354, n° 103.



dans la demande originaire portant sur la délivrance de ces documents sociaux, bien que les deux demandes aient la même cause, à savoir la rupture du contrat de travail (498); la demande originaire n'a donc pas interrompu la prescription de la demande nouvelle. Il a de même été décidé qu'une demande d'indemnité compensatoire de préavis n'est pas virtuellement comprise dans la demande d'indemnité pour licenciement abusif, quand bien même les deux demandes sont fondées sur la même cause, à savoir la rupture du contrat de travail (499). En revanche, il a été admis que la demande tendant au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, introduite plus d'un an après la rupture du contrat de travail, était virtuellement comprise dans la demande initiale portant sur l'octroi de l'indemnité de protection prévue par la CCT n° 5 du 24 mai 1971 (500).

La cour du travail de Liège a eu à connaître d'une espèce originale. La partie défenderesse n'avait fait valoir que très tard le fait qu'elle n'était pas l'employeur, et ce délai avait été considéré comme fautif; entre-temps, l'action à diriger contre le véritable employeur en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et une prime de fin d'année était prescrite. L'attitude procédurale fautive de la défenderesse ayant privé le salarié d'une chance d'introduire son action en temps utile, le salarié disposait d'une action en responsabilité extracontractuelle, soumise au délai de prescription de droit commun (cinq ans, en vertu de l'article 2262*bis* du Code civil) commençant à courir à partir du moment où, par la voie de ses conclusions, la partie citée avait allégué ne pas être l'employeur. La cour du travail a dû constater que la citation introductive d'instance portant sur l'octroi d'une indemnité compensatoire de préavis et une prime de fin d'année n'avait pas eu d'effet interruptif de la prescription de cette action en responsabilité extracontractuelle, la seconde demande n'étant pas virtuellement comprise dans la première (501).

(498) C. trav. Bruxelles, 8 juin 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 353. De manière surprenante, la cour du travail a considéré que la seconde demande était soumise à l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 alors que, s'agissant d'une infraction réprimée par l'article 226, 1^o, a), du Code pénal social, la cour eût dû considérer que le délai de prescription est le délai quinquennal de l'article 2262*bis* du Code civil (voy. Examen 2012, pp. 332 et s.).

(499) C. trav. Bruxelles, 17 mars 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 311.

(500) C. trav. Mons, 6 février 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 121 (somm.).

(501) C. trav. Liège, 13 février 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1861.

