

Ceci confirme le constat de discrimination (quant au fait de ne pas inviter *Laura* à la formation préalable) posé par le premier juge, sur la base de l'avis rendu par le médecin E. ;

À partir du moment où *Laura* a satisfait à ladite formation, aucun motif ne justifiait de ne pas procéder à la désignation de *Laura* dans sa nouvelle fonction.

(...)

Dispositif conforme aux motifs.

Siég. : Mme **M.-N. Borlée**, MM. **J.-L. Dehossay** et **E. Di Panfilo**.

Greffier : Mme **M. Schumacher**.

Plaid. : M<sup>es</sup> **V. Devyver** (*loco I. Tasset*) et **Cl. Cornez** (*loco V. Delfosse*).

J.L.M.B. 23/064

## Observations

### **L'autonomie des volontés et la liberté contractuelle confrontées au principe d'égalité et de non-discrimination dans la formation de la relation de travail**

1. Le principe de l'autonomie des volontés individuelles signifie que le contrat est l'œuvre exclusive de la volonté souveraine des parties. Ainsi, « par la force de sa volonté toute-puissante, l'individu serait tenu *parce qu'il l'a voulu, par ce qu'il a voulu et comme il l'a voulu* »<sup>1</sup>. Ce principe domine le droit des contrats avec plusieurs autres, notamment la liberté contractuelle et le consensualisme.

En vertu de la liberté contractuelle, toute personne est libre de choisir de contracter ou de ne pas contracter<sup>2</sup>. Cette liberté garantit également aux parties le libre choix de la personne du cocontractant ainsi que le choix du contrat et de son contenu<sup>3</sup>.

Le principe du consensualisme implique quant à lui qu'un contrat naît du seul échange des consentements des parties, sans qu'elles aient à respecter le moindre formalisme<sup>4</sup>. Pour M. Jamoulle, le consentement, élément constitutif de tout contrat, « constitue l'exigence primordiale, la pierre angulaire du système »<sup>5</sup>.

2. La plupart des dispositions du droit du travail revêtent un caractère impératif, de sorte que le principe de l'autonomie des volontés, ainsi que ses diverses composantes, y occupe une moins grande place qu'en droit civil<sup>6</sup>. L'impérativité est nourrie non seulement des lois, mais aussi des nombreuses conventions collectives de travail qui lient impérativement un employeur. Dans bien des cas, la volonté collective prime sur celle des parties à la relation de travail<sup>7</sup>. Ainsi, la disposition d'une convention collective de travail, eu égard à son rang hiérarchiquement supérieur, viendra se substituer à la clause du contrat de travail individuel qui lui serait contraire<sup>8</sup>. Le champ d'action du principe de l'autonomie des volontés individuelles est alors restreint.

<sup>1</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 127.

<sup>2</sup> P. BAZIER, *L'intuitus personae dans le contrat*, Liège, Wolters Kluwer, 2020, p. 131.

<sup>3</sup> P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 133 et 134.

<sup>4</sup> P. WÉRY, *op. cit.*, p. 136.

<sup>5</sup> M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. 1, Liège, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1982, p. 273.

<sup>6</sup> M. JAMOULLE, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, pp. 14 et 15.

<sup>7</sup> A. YERNAUX, « L'autonomie de la volonté, la hiérarchie des normes et l'"ordre public social" », *Les mécanismes civilistes dans la relation de travail*, S. Gilson et Chr. Bedoret (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 315.

<sup>8</sup> Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, article 11 ; J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 109 et 260.

De nombreuses restrictions de ce type existent au stade de la formation du contrat. Le législateur social s'imisce en effet occasionnellement dans la liberté de contracter de l'employeur, en particulier dans sa faculté de s'en abstenir. L'on pense notamment aux différentes obligations d'embauche<sup>9</sup>. Cependant, dans ce cas, la doctrine s'accorde à considérer que la liberté de choix du cocontractant est sauvegardée puisque le consentement sur l'identité particulière du travailleur est intact<sup>10</sup>.

Le libre choix du contrat se voit également entravé. En effet, le législateur a établi des présomptions légales afin de qualifier certaines relations de travail. Par exemple, la loi présume de manière irréfragable que le contrat par lequel se lie un travailleur à une entreprise de travail intérimaire est un contrat de travail<sup>11</sup>. De plus, lorsqu'un travailleur exerce des prestations de services complémentaires en vertu d'un contrat d'entreprise similaires à celles visées par son contrat de travail, ces prestations sont toujours présumées être effectuées dans le cadre du contrat de travail s'il les accomplit au bénéfice de son employeur<sup>12</sup>. Dans ces circonstances, la qualification du contrat donnée par les parties est sans effet.

Quant au contenu, la loi impose plusieurs obligations générales dont celle pour l'employeur de veiller en bon père de famille à ce que le travail soit accompli dans des conditions convenables du point de vue de la sécurité et de la santé du travailleur<sup>13</sup>. Il existe des obligations plus spécifiques comme l'interdiction de prévoir que la durée hebdomadaire de travail des travailleurs à temps partiel soit, sauf exceptions<sup>14</sup>, inférieure au tiers de la durée hebdomadaire de travail des travailleurs à temps plein de la même catégorie dans l'entreprise<sup>15</sup>. Les multiples conventions collectives de travail ajoutent encore des restrictions à l'autonomie des volontés individuelles.

Le droit du travail présente encore une particularité dans sa manière d'aborder la nullité des clauses qui seraient contraires aux lois impératives. En effet, souvent, à la place d'appliquer le droit commun des obligations et de proclamer nul l'ensemble de la convention, le législateur social choisit de modérer le jeu de la nullité. La plupart du temps, elle est limitée à la seule clause entachée du vice. Ainsi, la relation de travail est préservée autant que possible ; ceci permet d'éviter la disparition du rapport contractuel qui priverait le travailleur de la protection que lui confère la loi et ainsi de se dispenser du procédé, inadapté lorsqu'il s'agit d'un contrat à prestations successives, de restitution des prestations déjà accomplies. Dans ce cas, il est indifférent de savoir si la clause est nécessaire à l'équilibre contractuel. Le droit du travail « n'hésite donc pas à imposer aux parties un contrat remodelé, ne correspondant pas à leur volonté »<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> Par exemple, en vertu de la loi du 24 décembre 1999 en vue de la promotion de l'emploi, une obligation est faite aux entreprises d'une certaine taille d'engager des jeunes demandeurs d'emploi dans une proportion variant en fonction de la catégorie à laquelle appartient l'entreprise. Les administrations publiques et organismes d'intérêt public, notamment ceux dépendant de la Région wallonne, doivent également occuper un certain nombre de travailleurs handicapés en vertu de l'arrêté du gouvernement wallon du 4 mars 1999 pris en exécution de l'article 42, alinéa 6, de la loi sur les C.P.A.S. ; J. CLESSE et F. KÉFER, *op. cit.*, p. 232 ; J. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit de la santé et du bien-être au travail*, Limal, Anthemis, 2022, p. 187.

<sup>10</sup> M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit.*, p. 287 ; J. CLESSE et F. KÉFER, *op. cit.*, p. 232.

<sup>11</sup> Loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, article 8 ; J. CLESSE et F. KÉFER, *op. cit.*, p. 196.

<sup>12</sup> Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 5bis.

<sup>13</sup> Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 20, 2°.

<sup>14</sup> Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 11bis, alinéas 6 et 7 ; arrêté royal du 21 décembre 1992 déterminant les dérogations à la durée hebdomadaire minimale de travail des travailleurs à temps partiel fixée à l'article 11bis de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ; loi du 20 juillet 2001 visant à favoriser le développement des services et d'emplois de proximité, article 7octies ; arrêté royal du 12 décembre 2001 concernant les titres-services.

<sup>15</sup> Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 11bis, alinéa 5.

<sup>16</sup> J. CLESSE et F. KÉFER, *op. cit.*, p. 259.

Des dérogations propres au droit du travail existent également à l'égard du principe du consensualisme, en particulier lorsqu'il ne s'agit pas de la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein. L'on peut, entre autres, citer l'exigence de l'écrit à la formation du contrat de travail à temps partiel<sup>17</sup> et du contrat conclu pour une durée déterminée ou pour un travail nettement défini<sup>18</sup>.

3. Le droit de la non-discrimination apporte lui aussi des limites aux principes de l'autonomie des volontés dans la formation de la relation de travail et du libre choix du contractant, sans les supprimer totalement. C'est ce qu'illustrent les deux arrêts annotés.

En droit européen, le principe du libre choix du cocontractant est compris dans la liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>19</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne a affirmé à plusieurs reprises que cette liberté n'est pas absolue<sup>20</sup>. Elle le répète dans son arrêt du 12 janvier 2023, à propos d'une loi nationale transposant la directive 2000/78<sup>21</sup> qui exclut de son champ d'application le refus de contracter fondé sur l'orientation sexuelle du cocontractant<sup>22</sup>. Dans cette affaire était en cause une entreprise polonaise exploitant une chaîne de télévision publique qui avait refusé de renouveler son contrat de collaboration avec un travailleur indépendant après la publication par ce dernier d'une vidéo de son compagnon et lui visant à promouvoir la tolérance envers les couples homosexuels. Selon le travailleur, ce refus de conclure reposait sur le partage de cette vidéo et était donc constitutif d'une discrimination directe fondée sur son orientation sexuelle. Le tribunal saisi du litige avait des doutes sur la comptabilité de la législation polonaise avec le droit de l'Union. Et pour cause : la loi nationale transposant la directive 2000/78 en droit polonais exclut de son champ d'application le libre choix du cocontractant sauf si ce refus est fondé sur le sexe, la race, l'origine ethnique et la nationalité. En clair, il n'est pas permis de refuser de contracter si ce refus est basé, par exemple, sur le fait que le cocontractant soit une femme ou soit trop âgé ; en revanche, le refus de contracter fondé sur l'orientation sexuelle du cocontractant, critère pourtant visé par l'article 1<sup>er</sup> de la directive, n'est pas prohibé par la loi polonaise. Le législateur polonais lui-même conçoit donc que la liberté de choisir son cocontractant puisse être source de discrimination injustifiée mais n'a pas prévu d'exception à cette liberté pour tous les critères protégés par la directive<sup>23</sup>. Saisie à titre préjudiciel, la Cour est arrivée à la conclusion que la directive européenne devait s'interpréter comme s'opposant à cette législation nationale. Les dispositions protégeant contre la discrimination limitent donc le libre choix du contractant.

4. Si le droit de la lutte contre les discriminations pose des embûches sur le chemin que parcourt l'autonomie des volontés individuelles dans le domaine des relations

<sup>17</sup> Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 11bis, alinéa 1<sup>er</sup>.

<sup>18</sup> Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 9.

<sup>19</sup> Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, cette liberté était déjà protégée en tant que principe général de droit ; voy. C.J.C.E., arrêt *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, 14 mai 1974, aff. n° 4/73 ; cons. Th. LÉONARD et J. SALTEUR, « Article 16. Liberté d'entreprise », *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, F. Picod et alii (dir.), 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 402.

<sup>20</sup> C.J.U.E. (Gde ch.), arrêt *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, 22 janvier 2013, C-383/11, points 43 à 45 ; C.J.U.E. (Gde ch.), arrêt *Bank Mellat c. Telekom Deutschland GmbH*, 21 décembre 2021, C-124/20, points 78 à 80. Cons. Th. LÉONARD et J. SALTEUR, *op. cit.*, p. 405.

<sup>21</sup> Directive (UE) 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.U.E.*, L 303, 2 décembre 2000.

<sup>22</sup> C.J.U.E., arrêt *J.K. c. T.P. S.A.*, 12 janvier 2023, C-356/21.

<sup>23</sup> Av. gén. T. CÁPETA, concl. préc. C.J.U.E., arrêt *J.K. c. T.P. S.A.*, 12 janvier 2023, C-356/21, point 111.

de travail, ce principe n'est toutefois pas réduit à néant. L'arrêt de la cour du travail de Liège du 26 septembre 2022 rappelle, dans la ligne de la doctrine et de la jurisprudence<sup>24</sup>, que le juge saisi d'une action en cessation de discrimination ne peut imposer à l'employeur le choix du personnel qu'il entend engager, car cela irait à l'encontre de la liberté de contracter et de son corollaire, la liberté de choix du co-contractant.

*Laura* était atteinte d'une malformation d'une de ses deux mains depuis la naissance. Elle a postulé un emploi au S.P.F. Finances, à exercer à l'aéroport de (...), pour lequel la désignation à la fonction était conditionnée au suivi d'une formation. Cependant, elle s'est vu refuser l'accès à cette formation en raison de son handicap. *Laura* a alors introduit une action en cessation devant le président du tribunal du travail de Liège. Le tribunal a estimé que le comportement adopté par l'État belge était constitutif d'une discrimination directe fondée sur le handicap de *Laura*. Pour qu'il soit mis fin à cette discrimination, le tribunal a ordonné à l'État belge de fournir à l'intéressée une formation adaptée mais aussi de la désigner à la fonction à laquelle elle était candidate. Pour la cour, cette dernière injonction va directement à l'encontre du principe de l'autonomie des volontés ; elle heurte également le principe de la séparation des pouvoirs, compte tenu de la qualité d'employeur public que revêt l'État belge. Par conséquent, la cour réforme l'ordonnance sur ce point.

La solution retenue est compatible avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, cette dernière a jugé que la directive 76/207 – qui précédait les directives actuelles en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes – n'imposait pas qu'une discrimination fondée sur le sexe lors de l'accès à l'emploi soit sanctionnée par l'obligation imposée à l'employeur, auteur de la discrimination, de conclure un contrat de travail avec le candidat discriminé<sup>25</sup>.

5. Certes, le principe de l'autonomie des volontés n'est pas omniprésent en droit du travail belge. Ceci est notamment dû au caractère impératif de nombreuses dispositions qui régissent la matière. En outre, il doit s'accommoder au droit de l'égalité et de la non-discrimination. Si ce dernier empêche que la liberté contractuelle puisse justifier certaines discriminations, il ne va pas jusqu'à contraindre un employeur à engager un travailleur déterminé. Ainsi, l'arrêt de la cour d'appel de Liège et celui de la Cour de justice de l'Union européenne illustrent le nécessaire compromis entre égalité et liberté.

Alice JANOT  
Assistante à l'ULiège

<sup>24</sup> P. Taelman, « De stakingsvordering in de antidiscriminatiewet. Een maat voor niets ? », *N.j.W.*, 2004, p. 508 ; S. et J.-Fr. van Drooghenbroeck, « L'action en cessation de discrimination », *Les actions en cessation*, J.-Fr. van Drooghenbroeck (coord.), Bruxelles, Larcier, coll. CUP, n° 87, 2006, p. 390 ; G. Closset-Marchal et J.-Fr. van Drooghenbroeck, « L'action en cessation en matière de discriminations », *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. Bayart et alii, La Chartre, 2008, p. 372 ; F. Bouquelle et A. Fry, « Les actions en cessation en droit social », *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, I. Ficher et alii, Limal, Anthemis, 2012, p. 108 ; F. Bouquelle, « L'action en cessation de discrimination en droit social », *Quinze années d'application des lois anti-discrimination*, D. Castiaux (coord.), Limal, Anthemis, 2022, p. 44 ; en matière d'emploi spécialement, voy. not. C. trav. Liège, sect. Namur (12<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2001, *J.T.T.*, 2002/15, p. 253 ; C. trav. Bruxelles (2<sup>e</sup> ch.), 26 juillet 2013, *Rev. Dr. Santé*, 2014, p. 202 ; Trib. trav. Bruxelles (prés.), 24 décembre 2012, *Chron. D.S.*, 2014, p. 308.

<sup>25</sup> C.J.U.E., arrêt *Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, 10 avril 1984, C-14/83. Dans l'arrêt annoté du 12 janvier 2023, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si le juge pouvait ou non contraindre l'employeur à contracter avec le travailleur ; cette question ne faisait pas, en effet, l'objet du recours.