

LE LICENCIEMENT ABUSIF DE L'OUVRIER : LES CONSEQUENCES ABSURDES DE L'APPLICATION MECANIQUE DE L'ARTICLE 63 ET LE RECOURS A LA THEORIE CIVILISTE DE L'ABUS DE DROIT

Laurent DEAR

Avocat au barreau de Nivelles
Dear & Krzewinski
Assistant à l'U.L.B.

Après avoir rappelé quelques principes fondamentaux de la théorie civiliste de l'abus de droit et cerné les critères qui confèrent au congé de l'employé un caractère abusif, nous nous pencherons sur le licenciement de l'ouvrier. Dans un premier temps nous examinerons la finalité poursuivie par le législateur en adoptant l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 et dénoncerons les dérives qu'une application littérale et dépourvue de bons sens confère à cette disposition. Ensuite, nous examinerons les situations visées par l'article 63 de la loi pour, enfin, examiner la notion de licenciement abusif de l'ouvrier¹.

Chapitre 1 - La théorie générale de l'abus de droit

1. - L'exercice d'un droit n'est admis que s'il est dicté par un intérêt légitime. Celui qui, en usant de son droit, s'inspire d'autres motifs abuse de son droit². Cet abus ne résulte pas de la violation d'une disposition légale, auquel cas il y a faute, mais des effets de l'exercice du droit dans ses relations à autrui. C'est parce qu'il porte inutilement atteinte aux droits d'autrui qu'il devient abusif.

La théorie de l'abus de droit condamne l'usage du droit qui revêt un exercice anormal. Selon l'expression du professeur P.-A. FORIERS, « le propre de la théorie de l'abus de droit est de tenir en échec un droit dans la mesure où il est exercé de manière abusive »³.

2. -

En 1927, déjà, dans son ouvrage, « *De l'esprit des lois et de leur relativité* », le professeur L. JOSSERAND relevait les excès qui peuvent découler d'un système de droit positif, appliqué de manière rigide, dans lequel le juge est tenu d'« *appliquer la loi et strictement la loi* ». Critiquant la conception selon laquelle les droits subjectifs seraient des droits absolus autorisant les citoyens à les exercer, même de manière égoïste et au mépris des droits d'autrui, il écrit à juste titre qu'« *un droit porté trop loin devient une injustice* »⁴.

¹ Sur l'ensemble de ces questions voyez : V. VANNES et L. DEAR, « La rupture du contrat de travail au regard de la théorie de l'abus de droit », Bruylant, Bruxelles, 2008, à paraître.

² V. VANNES, « Questions approfondies de droit du travail », volume 4, 2^{ème} éd., 1997-1998, Presses Universitaires de Bruxelles, p. 53.

³ P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.* 1996, p.189.

⁴ L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927, p. 5.

Il convient de n'user de ses prérogatives que conformément au but que la loi a poursuivi en les accordant. Non seulement, il existe une limite à l'exercice du droit qui repose sur le respect du droit d'autrui, mais le droit n'est accordé qu'en respectant certaines fins. Lorsque l'exercice du droit par son titulaire entraîne une rupture d'équilibre des intérêts sociaux en présence, l'exercice du droit est fautif⁵.

Le fondement juridique de l'abus de droit, en matière extracontractuelle, est la faute visée par l'article 1382 du code Civil et, en matière contractuelle, celle visée par l'article 1134 du même code.

3. -

Dans un arrêt du 19 septembre 1983, la Cour de cassation a relevé que l'exercice d'un droit peut être constitutif d'abus lorsqu'une partie l'exerce dans son seul intérêt et en retire un avantage disproportionné à la charge corrélatrice de l'autre partie.

Elle a souligné que : « *Si le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134 du code civil, interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci, pareil abus suppose que lorsque cette partie use, dans son seul intérêt, d'un droit qu'elle puise dans la convention, elle en retire un avantage disproportionné à la charge corrélatrice de l'autre* »⁶.

Conclusion

4. - La théorie de l'abus de droit repose sur la circonstance qu'un droit a été donné à une personne et que cette dernière a commis une faute en l'exerçant. En conséquence, si le licenciement d'un travailleur est un droit dans le chef de l'employeur et que la démission⁷ est un droit dans le chef du travailleur, les modalités d'exercices de ces droits peuvent être abusives.

* * *
*

⁵ H. DE PAGE, « Traité élémentaire de droit civil », 3ème éd., 1962, tome I, p. 168.

⁶ Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 282 et l'étude de J.-L.Fagnart, "L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion", *R.C.J.B.*, 1986, pp. 282 et suiv. ; Dans le même sens : Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, et note P.-A. FORIERS, "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle", p. 185.

⁷ A propos de la démission, voyez L. DEAR et S. GILSON, « Le droit de démission : quelques questions controversées », Anthémis, 2008, à paraître.

Chapitre 2 - Le licenciement au regard des instruments internationaux

5. - La recommandation n° 119 de l'O.I.T. sur la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur pose le principe de l'interdiction d'un licenciement ne comportant pas de « motif valable »⁸.

La recommandation n° 119 ne contient aucun caractère obligatoire à l'égard des Etats membres. Elle est, comme son nom l'indique, une « recommandation », ou un simple vœu que les Etats membres insèrent dans leur droit national⁹.

De même, l'article 4 de la Convention n° 158 dispose qu' « *Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ».

En raison des dissensions entre les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, la convention n° 158 n'a pas été ratifiée par la Belgique, bien qu'elle ait été approuvée par les quatre délégués belges. Elle n'a donc pas force obligatoire en droit-interne.

Elle s'est traduite par l'insertion de l'article 63 dans la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, et par les différentes législations qui assurent une protection spécifique à certains travailleurs en raison de leur état personnel ou des fonctions exercées dans l'entreprise.

* * *

*

⁸ V. VANNES, "Questions approfondies de droit du travail", volume 4, 2^{ième} éd., 1997-1998, Presses Universitaires de Bruxelles, pp. 8 et 9.

⁹ Doc. parl., Sén., sess. ord. 1977-1978, n° 258/2, p. 129. Voir E. YEMIN, "La sécurité d'emploi. Influence des normes de l'O.I.T. et tendances récentes", *Rev. int. trav.*, 1976, pp. 17-34.

Chapitre 3 - Le licenciement abusif de l'employé

Section 1 - Le droit de rompre le contrat de travail est d'ordre public

6. - Le licenciement est l'exercice d'un droit dans le chef de l'employeur tout comme la démission est un droit dans le chef du travailleur. Le droit pour l'employeur et le travailleur de mettre unilatéralement fin au contrat de travail est fixé par l'article 32, 3° de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

Selon cet article :

- « ... les engagements résultant des contrats régis par la présente loi prennent fin :
...
3° par la volonté de l'une des parties lorsque le contrat a été conclu pour une durée indéterminée ou qu'il existe un motif grave de rupture ».

En vertu de cette disposition, le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu par la volonté unilatérale des parties ; Cette volonté unilatérale se manifeste par la notification du congé qui peut connaître certaines modalités : le préavis, le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, ou le constat de motif grave. Aucune autre condition ne subordonne la validité du droit de rompre.

Le droit des parties de rompre le contrat de travail est d'ordre public¹⁰. Il en est ainsi parce que l'article 1780 du Code civil prohibe tout engagement à vie.

Section 2 - L'absence d'obligation de motiver le congé

7. - La rupture unilatérale du contrat de travail ne doit pas être motivée, sauf les exceptions prévues par la loi, dont la plus connue est le motif grave¹¹. Le congé dépend ainsi de la seule volonté de son auteur, sans que cette volonté ne soit soumise à des conditions subordonnant sa validité à l'existence de causes valables de licenciement liées ou non au comportement du travailleur¹². En ce sens, F. ROBERT relève que : « *Le droit de licencier - ou de démissionner - présente dans une large mesure, un caractère absolu et discrétionnaire qui ne nécessite, a priori, aucune motivation* »¹³.

La circonstance que le congé ne doit pas être motivé n'exclut pas que le juge puisse le sanctionner lorsqu'il intervient dans des conditions déraisonnables. Dans cette approche, il convient de garder à l'esprit la finalité du droit de licencier, à savoir l'instauration d'un

¹⁰ C. Trav. Bruxelles, 12 juin 2002, *Chr. D.S.*, 2003, p. 74.

¹¹ Voyez l'ensemble des contributions publiées in « Motivation et motifs du congé », Actes de l'après midi d'étude réalisée par l'Université Catholique de Louvain-la-Neuve le 27 mai 2005, *Etudes pratiques de droit social*, Kluwer, 2006 ; La Belgique est du reste le seul pays de l'Union Européenne avec la Grèce et l'Autriche à ne pas connaître une telle obligation légale.

¹² V. VANNES, *Le contrat de travail : Aspects théoriques et pratiques*, 2^{ème} éd., Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 699 ; S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? », *Orientations*, 2006, p. 8.

¹³ F. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 345.

pouvoir de rupture des contrats à durée indéterminée dans l'intérêt de l'entreprise¹⁴. Dans l'appréciation du caractère proportionné du congé, il convient de tenir compte de l'essence de la loi : la protection de la partie la plus faible.

Section 3 – Le choix discrétionnaire de l'employeur quant au travailleur à licencier

8. - Le choix de l'employeur de garder à son service tel travailleur plutôt que tel autre relève de son pouvoir discrétionnaire. Il est seul habilité à apprécier l'aptitude ou la productivité de son personnel. Ainsi, des divergences d'opinion peuvent autoriser le congé alors même que la qualité du travail effectué n'est pas mise en cause. De même, un travailleur peut être licencié au motif qu'il ne s'entend pas avec ses collègues ou son employeur¹⁵.

Section 4 - Le licenciement abusif de l'employé

9. - Aucun droit, fût-il fondamental, aucune liberté, fût-elle constitutionnelle ou supra constitutionnelle, ne sont absolus ni susceptibles d'un usage abusif¹⁶. Le droit de résiliation unilatérale ne peut être exercé que pour un motif légitime. Discrétionnaire, dans l'état actuel du droit belge, il ne peut être exercé de façon arbitraire voire abusive¹⁷.

Aucun texte ne régleme de manière spécifique la notion de licenciement abusif de l'employé. L'appréciation du caractère abusif du congé est déterminée par la théorie générale de l'abus de droit. Ce sont les modalités de l'exercice du droit de rompre le contrat de travail qui peuvent se révéler fautives.

Dans un arrêt du 20 février 1992, la Cour de cassation a relevé que l'exercice du droit de rupture, comme celui de tout autre droit, est limité par le principe général de droit portant interdiction d'abuser de son droit et, en matière contractuelle, par le principe de l'exécution de bonne foi des conventions consacré par l'article 1134 du code civil qui impose aux parties un devoir de modération dans l'exercice des droit qui en découlent¹⁸.

Dans un arrêt du 12 décembre 2005, elle a souligné que : « *l'abus de droit entachant le licenciement d'un employé peut, lors même que ce licenciement serait fondé sur des motifs liés au comportement, fût-il non fautif, de l'employé ou aux nécessités du travail, résulter de l'exercice du droit de licenciement d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal que ferait de ce droit un employeur prudent et diligent* »¹⁹.

La Cour a relevé, en des termes dépourvus d'équivoques, que l'abus de droit peut résulter de l'exercice du droit de licencier d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit que ferait un employeur prudent et diligent.

¹⁴ V. VANNES, « Questions approfondies de droit du travail », Volume 4, 2^{ème} éd., 1997-1998, Presses Universitaires de Bruxelles, p. 6.

¹⁵ Cette question mériterait d'être approfondie au regard de la loi du 10 mai 2007 tentant à lutter contre certaines formes de discrimination.

¹⁶ Civ. Namur (réf.), 24 juin 2006, *J.T.*, 2007, p. 173.

¹⁷ B. NYSSSEN, « Motiver le congé ? Une évolution pleine de risques ! », in *Motivation et motifs du congé*, op. cit.

¹⁸ Cass., 20 février 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 454.

¹⁹ Cass., 12 décembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 155 et *Chr. D.S.*, 2007, p. 38 et note H. FUNCK.

Les juridictions de fond considèrent que le licenciement est abusif lorsque : « *L'acte juridique qu'est la rupture est concrètement constitutif d'abus de droit, soit qu'il est totalement disproportionné par rapport à l'intérêt servi, soit qu'il est révélateur d'une intention de nuire, soit qu'il détourne le droit de sa fonction sociale, soit encore qu'il révèle un comportement anormal, et qu'il est par ailleurs générateur d'un préjudice distinct de celui que répare forfaitairement l'indemnité compensatoire* »²⁰.

10. -

La faute commise par l'employeur à l'occasion du licenciement découle :

- de l'intention de nuire ou des mesures de représailles,
- du détournement de la finalité économique et sociale du droit,
- du dépassement de l'exercice normal du droit de licencier,
- de la légèreté blâmable,
- des circonstances qui entourent le licenciement,
- de la rupture du principe de proportionnalité.

En revanche, l'absence de motif ou l'inexactitude du motif invoqué ne rend pas le licenciement abusif. Ainsi, il a été jugé que: « *C'est donc par erreur, peut-être liée à l'absence de directives claires, que le licenciement a été décidé ; qu'une erreur ne peut cependant constituer une faute ouvrant le droit à une indemnité pour licenciement abusif* »²¹.

§ 1 - Les éléments constitutifs de l'abus de droit

11. - L'abus de droit résulte de la faute commise par l'employeur en exerçant son droit de mettre fin au contrat²². En application de l'article 1382 du Code civil, le travailleur pourra prétendre à être indemnisé de cette faute s'il établit les trois éléments suivants :

- l'existence d'une faute,
- l'existence d'un dommage,
- l'existence du lien de causalité entre la faute et le dommage.

Toute rupture d'un contrat, quel qu'il soit, entraîne dans le chef de celui qui la subit un dommage matériel et moral. Ce dommage est propre à la perte de l'emploi ; il est inhérent à la rupture du contrat et est indemnisé de manière forfaitaire par l'indemnité de préavis. Dans différents arrêts, la Cour de cassation a ainsi énoncé que : « *l'indemnité de préavis couvre de manière forfaitaire tout le dommage, matériel et moral, qui découle de la rupture irrégulière du contrat, tandis que l'indemnité pour abus de droit couvre le dommage extraordinaire qui n'est pas causé par le congé lui-même* »²³.

²⁰ C. Trav. Mons, 21 avril 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1409.

²¹ C. Trav. Liège, 18 octobre 1999, *Chr. D.S.*, 2000, p. 286.

²² La faute doit être distincte du non-respect des règles relatives à la rupture du contrat de travail (T. Trav. Verviers 19 décembre 1973, *J.T.T.* 1974, p. 108 ; C. Trav. Liège, 27 février 2008, R.G., n° 3.959/07).

²³ Cass., 26 septembre 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 494 ; Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 410 et obs., C. WANTIEZ ; Cass., 19 février 1975, *Pas.*, I, 622.

Le préjudice matériel peut notamment résulter de l'interdiction professionnelle qui accompagne le congé par la publicité qui en est faite.

Le préjudice moral résulte, généralement, de l'atteinte portée à l'honneur du travailleur ou à sa réputation²⁴. Ainsi, un licenciement décidé, à tort, du chef de vol ou à titre de représailles à de justes revendications occasionne un préjudice moral non réparé par l'indemnité de rupture²⁵. Ce préjudice n'est pas aisément identifiable. Il est alors fixé *ex aequo et bono*.

En revanche, le préjudice moral découlant du caractère immédiat du licenciement, de l'absence de motivation du congé, du sentiment d'humiliation ou d'inutilité du congé ressenti par un travailleur ayant une importante ancienneté sans reproche est réparé forfaitairement par l'indemnité de préavis. De même, les difficultés de reclassement liées par exemple à la grande spécialisation de l'employé et au petit nombre d'entreprises susceptibles de l'engager sont couvertes par le préavis et ne justifient pas la reconnaissance d'un abus de droit²⁶.

12. - Le montant des dommages et intérêts alloués par les juridictions est fonction du préjudice effectivement subi suite au caractère abusif du licenciement et ne dépend pas de la gravité de la faute commise au titre d'abus de droit²⁷.

§ 2 – Quelques critères de l'abus de droit

A - L'intention de nuire et les motifs assimilés

13. - Emettre une opinion ou dénoncer un abus manifeste ne peut être sanctionné par le licenciement²⁸. Le licenciement notifié par mesure de représailles à l'égard d'une revendication légitime – ou du refus légitime d'une modification illégitime – est le domaine de prédilection de l'abus de droit.

Il peut se caractériser par le fait qu'il intervient rapidement après que le travailleur :

- ait demandé une augmentation salariale ou a bénéficié d'un congé parental,
- se soit opposé au refus de l'employeur de rémunérer les prestations supplémentaires²⁹,
- se soit opposé à la reconduction de sa période d'essai³⁰,
- se soit opposé au retrait de son véhicule de société³¹,
- se soit plaint de harcèlement³².

²⁴ C. Trav. Liège, 14 juillet 2003, R.G. n° 7.057/2001.

²⁵ V. VANNES et M. LECLERCQ, « L'abus de droit de licenciement dans le contrat de travail d'employé », in Permanence du droit civil en droit du travail, U.L.B., 1983, p. 342 et 343.

²⁶ C. Trav. Liège, 14 février 2002, R.G. n° 6.521/99.

²⁷ Pour un aperçu de la diversité des montants alloués voyez H. FUNCK, « Qui dit plus ? Quelques décisions au sujet de l'évaluation des dommages et intérêts alloués à un employé en raison de l'abus de droit de rupture par l'employeur », note sous C. Trav. Mons, 14 mai 1992, *Chr. D.S.*, 1993, p. 72 ; Ch.-E. CLESSE, « Le licenciement abusif », *Etudes pratiques de droit social*, Kluwer, 2005, pp. 193 à 199.

²⁸ P. HUMBLET, « De la liberté d'expression des travailleurs salariés », *Chr. D.S.*, 2003, pp. 157 à 165.

²⁹ C. Trav. Liège, 7 janvier 1997, R.G. n° 5.342/95.

³⁰ C. Trav. Liège, 24 décembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 186.

³¹ T. Trav. Gand, 14 octobre 2005, *Chr. D.S.*, 2007, p. 233.

B - Les circonstances entourant le licenciement

14. - Le droit de licencier peut revêtir un caractère abusif en raison de la manière dont l'employeur utilise son droit de rupture. Ce sont les circonstances accompagnant inutilement ou fautivement le congé qui justifient qu'il soit qualifié d'abusif³³.

Le congé est abusif si les circonstances qui l'entourent sont de nature à laisser planer un doute sur l'honnêteté ou la moralité du travailleur ou si le licenciement est accompagné de mesures vexatoires ou portant inutilement atteinte à l'honneur du travailleur, à sa respectabilité, à sa réputation, à sa probité. Le congé procède alors d'une faute due à la légèreté ou à l'imprévoyance de l'employeur.

Les mesures de publicité entourant le licenciement sont de nature à laisser planer un doute sur l'honorabilité du travailleur ou sur ses capacités professionnelles. Elles peuvent conférer au congé un caractère abusif.

15. - Certains employeurs, peu respectueux des droits et des obligations des parties, rompent le contrat de travail pour un motif grave inexistant, croyant échapper au paiement de l'indemnité compensatoire de préavis. Ce faisant, ils occasionnent un préjudice au travailleur qui se retrouve sans ressources et confronté à un risque de difficultés accrues avec les services de l'O.N.Em. Ils s'exposent, outre au paiement de l'indemnité de préavis, à des dommages et intérêts pour licenciement abusif.

Est abusif :

- le congé pour motif grave sans pouvoir produire en justice le moindre élément qui permette de le rendre plausible³⁴,
- le congé pour motif grave accompagné d'accusations de vol portées à la légère³⁵.

16. - Il n'est pas rare qu'un employeur tente d'obtenir la démission d'un travailleur en agitant le spectre d'un licenciement pour motif grave. Il commet une faute constitutive d'abus de droit si les faits manquent totalement de consistance et qu'il use de violence ou de dol dans le seul but de contraindre le travailleur à signer pour éviter le paiement de l'indemnité de préavis³⁶. Il ne commet pas de faute si le choix laissé au travailleur est légitime.

* * *

*

³² T. Trav. Bruxelles, 28 septembre 2004, *Chr. D.S.*, 2005, p. 479 ; C. Trav. Mons, 7 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1277 et *Chr. D.S.*, 2005, p. 495 (somm.).

³³ C. WANTIEZ, Observations sous Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 410 ; Cass., 26 septembre 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 494.

³⁴ C. Trav. Bruxelles, 21 septembre 2004, *Chr. D.S.*, 2006, p. 82 ; C. Trav. Liège, 7 mai 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 476.

³⁵ C. Trav. Liège, 16 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1625.

³⁶ C. Trav. Liège, 8 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 377 ; C. Trav. Liège, 16 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1625 ; C. Trav. Mons, 9 mars 1995, *Chr. D.S.*, 1998, p. 65 ; T. Trav. Tournai, 8 novembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 809.

Chapitre 4 - Le licenciement abusif de l'ouvrier

Section 1 – L'inégalité entre employés et ouvriers et l'adoption de l'article 63

17. - La distinction employé – ouvrier, si elle pouvait se justifier à l'époque où les dispositions en cause ont été adoptées³⁷, apparaît de plus en plus contestable aujourd'hui.

Afin de compenser la faible durée des préavis des ouvriers par rapport à celle dont bénéficient les employés et de leur accorder, ainsi, une meilleure stabilité d'emploi, l'article 63 a introduit dans la loi du 3 juillet 1978 une limitation du droit de l'employeur de licencier les ouvriers³⁸.

Cet article énonce que :

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

Il résulte de ce texte que le droit de l'employeur de mettre fin au contrat de travail d'un ouvrier engagé pour une durée indéterminée est subordonné à l'existence de motifs de licenciement limitativement énoncés : sa conduite, son aptitude ou les nécessités de l'entreprise.

18. - Aucune disposition similaire n'étant prévue en faveur des employés, la question de la constitutionnalité de la différence de traitement entre ces deux catégories de travailleurs a été soumise à la Cour constitutionnelle.

Dans un arrêt du 8 juillet 1993 la Cour a relevé qu'il serait injustifié d'instituer aujourd'hui une telle distinction. Elle a toutefois considéré qu'il n'existait aucune discrimination, les ouvriers pouvant bénéficier de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, lequel leur octroie une plus grande stabilité d'emploi. Elle a confirmé cette approche dans un arrêt du 21 juin 2001 en relevant que l'employé, qui ne peut bénéficier de l'article 63, ne subit aucune discrimination car il bénéficie de délais de préavis plus longs³⁹.

La Cour constitutionnelle admet ainsi qu'il existe une différence de traitement entre l'ouvrier et l'employé mais qu'elle n'est pas discriminatoire : l'un des buts poursuivis par l'article 63 étant de résorber les différences importantes existantes entre les deux catégories quant à la durée des délais de préavis à observer en cas de licenciement⁴⁰.

³⁷ Articles 2 et 3 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

³⁸ Conclusions Avocat Général Génicot, sous Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117 ; V. VANNES, "Questions approfondies de droit du travail", volume 4, 2^{ème} éd., 1997-1998, Presses Universitaires de Bruxelles, pp. 15 et 16.

³⁹ C.A., 8 juillet 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 389 et Obs. X. HEYDEN ; X. HEYDEN, « Le critère de distinction entre ouvriers et employés dans la loi du 3 juillet 1978 », *J.T.T.*, 1993, pp. 17 à 24 ; C.A., 21 juin 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 405.

⁴⁰ A ce sujet, voyez : J. CLESSE et F. KEFER, « Examen de jurisprudence : 1995 à 2001 Contrat de travail », *R.C.J.B.*, 2003, p. 236.

Ce faisant, la Cour justifie une inégalité par une autre. Or, et comme l'a souligné à juste titre J. JACQMAIN, « une discrimination ne peut en justifier une autre »⁴¹.

Le poids de l'histoire ne suffit plus à justifier la discrimination dénoncée. Il doit, un moment s'estomper et laisser la place à la réalité de notre quotidien. L'histoire peut nous permettre de comprendre le passé mais elle ne peut justifier une inertie du présent⁴². La doctrine plaide donc pour le traitement identique de ces deux catégories de travailleurs⁴³.

Section 2 – L'interdiction de licencier instaurée par l'article 63

19. - A notre avis, et contrairement au libellé du texte, l'article 63 instaure une interdiction de licencier et non une présomption de licenciement abusif.

J. CLESSE fait en effet observer, à propos des interdictions de licencier construites sur l'exigence d'un motif étranger aux circonstances qui ont justifiés la protection, que le licenciement est irrégulier s'il est motivé par la circonstance envisagée par la loi⁴⁴.

Or, le droit de licencier un ouvrier est soumis à un cadre légal contraignant⁴⁵. Pour décider si un licenciement est « abusif » - nous préférons le terme irrégulier - au sens de l'article 63, il faut se fonder exclusivement sur les conditions de cet article⁴⁶. Celui-ci instaure une présomption, négative, de licenciement abusif, mais limite son inapplication à trois hypothèses déterminées⁴⁷.

Dès lors, le licenciement qui a un lien avec la conduite, l'aptitude ou les nécessités de l'entreprise, n'est pas « abusif » au sens de cette disposition⁴⁸. En revanche, si l'employeur n'apporte pas la preuve qui lui incombe, à savoir la justification du licenciement par au moins un motif visé par l'article 63, celui-ci est considéré comme « abusif »⁴⁹. Dans cette approche, l'indemnité forfaitaire de l'article 63 sanctionne la seule transgression de l'interdiction érigée et l'ouvrier n'a pas à établir l'existence d'un motif illicite, telle une mesure de représailles⁵⁰.

⁴¹ J. JACQMAIN, Obs. sous, C.J.C.E., 11 mars 2003, *Chr. D.S.*, 2003, p. 465.

⁴² F. ROBERT, « Licenciement et motivation ou un argumentaire en faveur de la motivation », *le cahier du juriste*, octobre 2004.

⁴³ V. VANNES et L. DEAR, « La rupture du contrat de travail au regard de la théorie de l'abus de droit », Bruylant, Bruxelles, 2008, à paraître ; Th. CLAEYS, « Préavis à la carte ? », *J.T.T.*, 2008, p. 109.

⁴⁴ J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Fac. Dr. Liège, 1992, p. 159. L'auteur cite, à titre d'exemple, l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 relatif à la protection de la maternité, l'article 5 de la loi du 19 juillet 1976 relatif au congé politique, l'article 38, § 3, de la loi du 3 juillet 1978 relatif aux obligations militaires, l'article 136 de la loi du 4 août 1978 relatif à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, l'article 118 de la loi du 22 janvier 1985 relatif au congé-éducation payé ; voyez également : S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? », *Orientations*, avril 2006, p. 11.

⁴⁵ M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture », *Guide social permanent*, Partie I, Livre I, Titre V, Chapitre III, Suppl. 31 janvier 2005, p. 280.

⁴⁶ C. Trav. Bruxelles, 20 octobre 2003, *Chr. D.S.*, 2005, p. 354.

⁴⁷ C. Trav. Bruxelles, 2 mars 2004, *Chr. D.S.*, 2006, p. 85.

⁴⁸ Il peut toutefois l'être au regard des articles 1134 et 1382 du Code civil (Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117 et note P. JOASSART, « L'ouvrier et l'abus de droit de licencier »).

⁴⁹ A notre avis, ce motif doit être un motif valable (V. VANNES et L. DEAR, « La rupture du contrat de travail au regard de la théorie de l'abus de droit », Bruylant, Bruxelles, 2008, à paraître).

⁵⁰ A notre avis, l'indemnité allouée en application de l'article 63 doit être considérée comme de la rémunération (L. DEAR, « La nature de l'indemnité de licenciement abusif au sens de l'article 63 », note sous C. Trav. Bruxelles, 27 août 2007, *Chr. D.S.*, 2008, à paraître).

§ 1 - La conduite de l'ouvrier

20. - La Cour de cassation semble considérer que le congé de l'ouvrier est régulier dès qu'il contient un motif lié à sa conduite, et ce peu importe le degré de gravité de cette conduite.

Dans différents arrêts rendus ces dernières années, elle a énoncé de manière générale que, n'est pas abusif le licenciement effectué pour des motifs qui ont un lien avec la conduite de l'ouvrier, même non fautive ou critiquable, ou lorsqu'elle ne constitue pas un motif valable de licenciement⁵¹.

La jurisprudence actuelle, qualifiée d'anormalement servile envers un texte déficient, entend la notion de « conduite » du travailleur au sens large⁵². Elle vise toutes les circonstances liées au comportement, à la conduite, ou à la faute du travailleur. Elle conclut qu'il est totalement sans relevance pour l'application de l'article 63 que le comportement du travailleur ait ou non été légitime⁵³.

Or, en décidant que l'article 63 exige, uniquement, un lien entre la conduite et le congé du travailleur, la Cour fait une application littérale du texte de loi ; avec pour conséquence que la constatation d'un motif, quelqu'il soit, suffit à justifier le licenciement de l'ouvrier et donc à exclure la protection voulue par l'article 63.

A. Certains tribunaux adoptent l'interprétation donnée aux derniers arrêts de la Cour de cassation, laquelle conduit à des décisions particulièrement grotesques ne pouvant se justifier au regard de la finalité de l'article 63⁵⁴.

- « *L'employeur prouve que Monsieur E. a été impliqué dans une bagarre au travail (Monsieur E. a lui-même déclaré à la police qu'il s'était défendu). Il s'agit bien d'un fait lié à la conduite de l'ouvrier. Le licenciement s'est produit en raison de ce fait. Le licenciement n'est pas abusif* »⁵⁵.
- « *Si, à côté d'une mesure de rétorsion manifeste, le juge retient que le licenciement est effectivement lié avec les faits avérés qui relèvent de la conduite ..., il devra écarter la qualification de licenciement abusif au sens de l'article 63 ... Il est totalement sans relevance, pour l'appréciation du caractère abusif du licenciement ... que le refus de Monsieur L. d'aller passer l'examen de sécurité, soit légitime ou non ...* »⁵⁶.

⁵¹ Cass. 8 décembre 1986, *Pas.* 1987, I, 428 et *Chr. D.S.*, 1987, p. 217, obs. et *R.D.S.*, 1987, p. 273 ; Cass., 17 février 1992, *Bull.*, p. 535 ; *Pas.*, 1992, 535 et *J.T.T.*, 1992, p. 222 ; Cass., 6 juin 1994, *Pas.*, p. 562 ; Cass., 22 janvier 1996, *Bull.*, p. 109 ; *J.T.T.*, 1996, p. 236 ; *J.L.M.B.*, 1996, p. 541 ; *Chr. D.S.*, 1996, p. 336 ; Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 407 et note C. WANTIEZ.

⁵² T. Trav. Bruxelles, 3 février 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 181.

⁵³ C. Trav. Liège, 9 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 384 ; T. Trav. Nivelles, 21 décembre 2006, R.G., n° 1950/N/2004.

⁵⁴ H. FUNCK, « Licenciement abusif de l'ouvrier, abus de droit de licencier un employé et bonne foi contractuelle », note sous Cass., 12 décembre 2005, *Chr. D.S.*, 2007, p. 41.

⁵⁵ C. Trav. Bruxelles, 9 janvier 2006, R.G., n° 46.262.

⁵⁶ C. Trav. Liège, 9 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 384. En l'espèce l'examen était fixé pendant une semaine de chômage économique et l'employeur avait annoncé qu'il refuserait de rémunérer cette journée là.

B. D'autres tribunaux sont hésitants.

- « Dans les yeux de la Cour de céans, une modification du texte est hautement souhaitable, si on veut lui donner le sens initialement souhaité. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'intimé a refusé de prêter le 15.5.1998 des heures supplémentaires pour décharger des camions. Ce refus présente un lien avec le licenciement intervenu le 20.5.1998. L'article 63 de la loi sur les contrats de travail, dans sa version actuelle, ne permet pas de qualifier ce licenciement d'abusif, indépendamment de la question si l'intimé avait des raisons objectives (obligations familiales) pour ce refus comme il le prétend »⁵⁷.

C. Certains juges, plus audacieux, ou moins conformistes, écartent, à juste titre, l'interprétation donnée aux arrêts de la Cour de cassation en soulignant que :

- « S'il était admis que n'importe quel fait, même le plus banal, lié à la conduite du travailleur exclut automatiquement toute possibilité de réclamer une indemnité pour licenciement abusif, l'équilibre voulu par le législateur serait rompu. L'article 63 deviendrait non pas une disposition plus favorable, mais plus restrictive pour les ouvriers »⁵⁸.

21. - Avec raison, P. HUMBLET relève qu'une interprétation littérale du texte conduit à l'absurde et ouvre la porte à l'abus de droit, que le législateur a précisément voulu réprimer par l'article 63⁵⁹. L'application mécanique de l'article 63 enlevant tout pouvoir d'appréciation au juge ne se justifie pas. Elle ruine la finalité de la disposition légale et ainsi sa raison d'être⁶⁰.

Certaines décisions évitent les incohérences auxquelles aboutit une lecture restrictive de l'article 63 en fondant leur décision sur l'absence de lien entre la conduite et le licenciement⁶¹. En décidant que le lien n'existe pas en raison du caractère bénin de la conduite la décision n'est susceptible d'aucune censure en cassation et les conséquences absurdes d'une lecture restrictive se trouvent ainsi contournées sans que reproche ne puisse être formulé !

⁵⁷ C. Trav. Liège, 9 mai 2005, R.G., n° 7612/04 ; Confirmé par Cass., 26 juin 2006, R.G., n° S.05.0124.F.

⁵⁸ T. Trav. Nivelles, 9 janvier 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 422 ; Dans le même sens T. Trav. Nivelles, 7 février 2006, *Chr. D.S.*, 2008, à paraître ; C. Trav. Liège, 10 février 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 376 ; C. Trav. Bruxelles, 24 juin 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 122.

⁵⁹ P. HUMBLET, "(Willekeurig) ontslag, ontslagmacht en vakbondsvrijheid", note sous T. Trav. Gand, 9 janvier 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 886, cité in M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture », *Guide social permanent*, Partie I, Livre I, Titre V, Chapitre III, supplément du 31 janvier 2005, pp. 378 à 380 ; Dans le même sens voyez : B.-H. VINCENT, « Et l'indemnité de licenciement abusif de l'ouvrier ? », *Orientations*, 2002, pp. 106 à 123.

⁶⁰ L. DEAR, « L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 a-t'il encore une raison d'être », *Contrats de travail*, Kluwer, novembre 2003.

⁶¹ Dans un arrêt du 26 juin 2006, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'employeur au motif que : « l'arrêt a pu légalement décider que le licenciement du défendeur n'avait aucun lien avec sa conduite » (Cass., 26 juin 2006, S.05.0023.F., (som.) *Chr. D.S.*, 2007, p. 440) ; Dans ce sens, voyez : C. Trav. Bruxelles, 11 juin 2001, *Chr. D.S.*, 2003, p. 168.

§ 2 - L'aptitude de l'ouvrier

22. - L'inaptitude - totale ou partielle - peut être de nature physique ou de nature professionnelle.

Dans le premier cas, elle concerne l'état d'incapacité pour cause de maladie qui affecte le travailleur, on parlera alors d'inaptitude médicale ; dans le second cas, elle concerne l'état d'incapacité professionnelle, ce qui se ramène à vérifier si le travailleur dispose des capacités intellectuelles ou physiques à exercer le travail convenu, ou exécuté au moment de la rupture du contrat de travail. On parlera alors d'inaptitude professionnelle.

La Cour de cassation n'exige pas que l'aptitude ait une quelconque conséquence sur l'organisation du travail⁶². Or, il faut, selon nous, distinguer l'incapacité de travail normale ou occasionnelle et l'incapacité de travail répétée qui présente des conséquences néfastes sur l'organisation du travail. La première n'est pas une cause légitime de licenciement, la seconde peut l'être⁶³.

L'application de l'article 58 de la loi prive l'article 63 de ses effets normaux. En cas de congé après une période d'incapacité de travail de plus de six mois, le congé étant légalement autorisé, la stabilité d'emploi de l'ouvrier est inexistante et la discrimination, flagrante, avec l'employé ne peut plus être objectivement et raisonnablement justifiée⁶⁴.

L'inaptitude professionnelle doit être distinguée de l'incapacité de travail. Elle implique que le travailleur, n'est pas capable, nonobstant sa bonne santé, d'effectuer le travail convenu. L'inaptitude professionnelle d'un travailleur peut être une cause de licenciement lorsqu'elle porte sur les difficultés d'adaptation d'un ouvrier aux techniques ou aux instruments de travail ou sur l'incapacité d'exécuter le travail demandé. La capacité du travailleur doit être analysée au regard des moyens techniques mis à sa disposition ainsi que du nombre de personnes employées au sein de l'entreprise.

§ 3 - Les nécessités de l'entreprise

23. - Doctrine et jurisprudence considèrent que la notion de nécessités doit être entendue de manière large. Elle doit englober tout ce qui concerne la vie de l'entreprise. Ainsi, les motifs les plus divers ont été admis au rang des nécessités de l'entreprise : motifs d'ordre financiers, économiques, structurels ou motifs consistant en des difficultés organisationnelles affectant l'entreprise.

⁶² Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117 et note P. JOASSART, « L'ouvrier et l'abus de droit de licencier ».

⁶³ En ce sens : C. Trav. Mons, 9 janvier 2008, R.G., n° 20.321. L'arrêt de la Cour de cassation du 18 février 2008 qui autorise le licenciement d'un ouvrier fondé sur son aptitude, sans exiger de devoir vérifier que cette inaptitude entraîne des conséquences néfastes sur l'organisation du travail (Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117), est critiquable car il ruine l'article 63 de sa finalité et ôte à l'ouvrier la stabilité d'emploi, que l'adoption de cet article avait précisément pour objectif de lui octroyer.

⁶⁴ L'article 78 autorise également à licencier l'employé après une incapacité de plus de 6 mois. Toutefois, s'agissant d'un employé, il bénéficiera d'un délai de préavis plus confortable que l'ouvrier. Encore un exemple de la nécessité de supprimer la distinction (archaïque) entre employé et ouvrier.

Ces nécessités peuvent résulter:

- des difficultés financières de l'employeur qui le contraignent à licencier certains ouvriers de son entreprise,
- de la perte d'un marché, de la baisse du chiffre d'affaire, du manque de travail, de la restructuration ou de la fermeture de l'entreprise, etc,
- de l'introduction de nouvelles technologies et de l'impossibilité du travailleur de s'y adapter,
- de faits inhérents à la vie privée du travailleur qui ont des répercussions dans la vie de l'entreprise. Tel peut être le cas de la maladie du travailleur qui engendre des absences qui désorganisent le travail.

Section 4 - La charge de la preuve

24. - L'article 63, alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que:

- « *En cas de contestation, la charge de la preuve des motifs du licenciement invoqués incombe à l'employeur* ».

J. CLESSE souligne que l'article 63 met à charge de l'employeur la preuve des motifs invoqués, ce qui est fort différent de la preuve du caractère non abusif du licenciement⁶⁵.

Aucun délai n'est imposé à l'employeur pour satisfaire à son obligation de preuve du motif du congé. Ce n'est qu'au moment où le travailleur conteste la légitimité du licenciement qu'il doit fournir les raisons de sa décision et qu'il doit apporter, au plus tard devant le juge, ou en degré d'appel, la preuve des motifs qu'il invoque comme cause de rupture du contrat de travail⁶⁶. Pire, il peut faire valoir, au cours de la procédure, d'autres motifs que ceux qu'il a énoncés en donnant le congé⁶⁷.

A l'instar de l'article 35 relatif au motif grave, il nous semble requis que l'employeur soit invité à faire connaître la motivation de sa décision au moment du congé, ou, à tout le moins, à première demande de l'ouvrier. En effet, à défaut, le risque est grand que devant le juge d'autres motifs que ceux ayant réellement inspirés la décision soient avancés. En outre, faute d'être cité en justice, l'employeur récalcitrant pourra toujours refuser de communiquer les motifs de sa décision. Or, on sait aujourd'hui que l'accès aux prétoires est rendu plus onéreux au regard des nouvelles indemnités de procédure. L'employeur aura donc tout intérêt à se taire ... et compter sur la réticence de l'ouvrier à initier une procédure dont l'issue reste incertaine.

25. - Il appartient au juge de déterminer les causes réelles du licenciement, de rechercher l'exactitude des causes alléguées et de vérifier si la preuve requise est ou non apportée.

⁶⁵ J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Fac. Dr. Liège, 1992, p. 175.

⁶⁶ C. Trav. Bruxelles, 11 juin 2001, *Chr. D.S.*, 2003, p. 168 ; C. Trav. Gand, 5 mars 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 433.

⁶⁷ C. Trav. Mons, 9 janvier 2008, R.G., n° 20.321.

L'ouvrier se voit régulièrement confronté au refus du juge de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise⁶⁸. A notre avis, s'agissant du contrôle d'une interdiction de licencier, le juge doit exiger de l'employeur qu'il établisse, non la simple existence de faits liés à la conduite, à l'aptitude ou aux nécessités de l'entreprise, mais d'un motif, c'est à dire d'une relation causale entre ces faits et le licenciement⁶⁹.

Lorsque l'employeur n'apporte pas la preuve exigée par l'article 63, le licenciement est « abusif » au sens de cette disposition et donne lieu au paiement de l'indemnité forfaitaire. L'effet du renversement de la charge de la preuve consiste donc à faire profiter l'ouvrier du doute qui pourrait exister sur le motif exact du congé.

Section 5 – Le licenciement de l'ouvrier et la théorie civiliste de l'abus de droit

26. – Une opinion, largement répandue, considère que dès que l'ouvrier obtient satisfaction sur pied de l'article 63, le caractère « abusif » du congé est adéquatement sanctionné. En revanche, dans cette approche, dès que l'employeur établit le lien entre le congé et une des hypothèses visées à l'article 63, le congé n'est pas « abusif » même s'il traduit une mesure de représailles ou s'accompagne de modalités inutilement et fautivement dommageables⁷⁰.

Or, l'article 63 ne couvre pas les hypothèses dites « classiques » de l'abus de droit⁷¹. Il instaure une simple interdiction de licencier et n'interfère en rien sur la notion d'abus de droit au sens de la théorie civiliste qui reste entière et doit s'appliquer indifféremment à l'ouvrier ou à l'employé⁷².

Le licenciement d'un ouvrier pourra ne pas être « abusif », au sens de l'article 63 - parce que l'un des motifs énoncé est rencontré - alors même que les conditions ayant entourées le congé ou les circonstances dans lesquelles il est intervenu sont de nature lui à conférer un caractère abusif au regard de la notion civiliste de l'abus de droit⁷³.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que la protection instaurée par l'article 63 ne vise pas à sanctionner un licenciement abusif mais bien à conférer une meilleure stabilité d'emploi à l'ouvrier et donc à exiger la preuve d'un motif valable lié à la conduite, à l'aptitude ou aux nécessités de l'entreprise.

⁶⁸ C. Trav. Bruxelles, 18 avril 2006, *Chr. D.S.*, 2007, p. 25 ; C. Trav. Bruxelles, 18 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 339 ; C. Trav. Liège, 20 août 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 413 ; C. Trav. Bruxelles, 23 février 1999, *Chr. D.S.*, 2000, p. 36, note ; C. Trav. Mons, 29 juillet 1999, *J.T.T.*, 2001, p. 50 ; C. Trav. Bruxelles, 23 février 1999, *Chr. D.S.*, 2000, p. 36.

⁶⁹ Voyez à propos de l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 : C. Trav. Liège, 20 décembre 1999, *B.F.A.R.*, 2000, n° 223/224, p. 146 et note J. JACQMAIN ; C. Trav. Liège, 12 octobre 1995, *Chr. D.S.*, 1997, p. 483 et svtes ; C. Trav. Liège, 15 février 1999, *Chr. D.S.*, 1999, p. 400.

⁷⁰ C. Trav. Liège, 9 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 384.

⁷¹ M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture », *Guide social permanent*, Partie I, Livre I, Titre V, Chapitre III, Suppl. 31 janvier 2005, p. 298.

⁷² Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117 et note P. JOASSART, « L'ouvrier et l'abus de droit de licencier ».

⁷³ C. Trav. Anvers, 22 juin 2005, *Chr. D.S.*, 2006, p. 177 ; C. Trav. Bruxelles, 22 avril 2002, *Chr. D.S.*, 2005, p. 348 ; T. Trav. Nivelles, 20 juin 2003, *Chr. D.S.*, 2005, p. 361.

27. – Une certaine doctrine estime que l'ouvrier licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son aptitude peut renoncer à l'application de l'article 63 et demander au juge de régler son problème en se référant aux articles 1134 ou 1382 du code civil⁷⁴.

A notre avis, l'ouvrier n'est pas tenu de renoncer à l'application de l'article 63 et peut, à défaut de respect des exigences de cet article, cumuler le bénéfice de son application et des dispositions du Code civil lesquelles sanctionnent une situation distincte de celle visées par l'article 63⁷⁵.

Il en résulte qu'un ouvrier licencié dans des circonstances peu respectueuses de sa personne peut réclamer – outre, éventuellement, l'indemnité prévue par l'article 63, dans la mesure où les motifs énoncés par cet article ne sont pas valablement rencontrés – des dommages et intérêts de droit commun⁷⁶.

* * *

*

Conclusion

28. - Les absurdités qu'une application littérale de l'article 63 engendre sont vivement critiquées par la majorité de la doctrine. Ch.-E. CLESSE en appel à une intervention législative⁷⁷. Celle-ci pourrait consister à compléter l'article 63 en précisant qu'à défaut de motif « valable » lié à la conduite, à l'aptitude ou aux nécessités de l'entreprise, le licenciement est irrégulier.

En effet, lors des travaux préparatoires de la loi du 21 novembre 1969, la volonté du législateur a été clairement exprimée. Le congé doit être notifié pour un « motif valable » et ce motif est déterminé par l'intérêt de l'entreprise⁷⁸.

Dans cette attente, il nous est permis de fonder nos espoirs de recherche du juste sur le pouvoir créateur du juge, qui va puiser, dans les réalités sociales, le sens qu'il convient de donner aux lois⁷⁹.

⁷⁴ Ch.-E. CLESSE, « Le licenciement abusif », *Etudes pratiques de droit social*, Kluwer, 2005, p. 64 ; C. WANTIEZ, note sous Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 407 ; D. CUYPERS, "A Rechtsmisbruik in het arbeidsrecht", *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 5, 1997, n° 220, p. 103.

⁷⁵ L. DEAR, « Le licenciement de l'ouvrier au regard de la théorie civiliste de l'abus de droit », *Orientations*, 2007, pp. 17 à 23.

⁷⁶ Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117 et note P. JOASSART, « L'ouvrier et l'abus de droit de licencier » ; C. Trav. Bruxelles, 22 avril 2002, *Chr. D.S.*, 2005, p. 348 ; T. Trav. Anvers, 1^{er} février 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 260 ; T. Trav. Bruxelles, 21 mars 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 509.

⁷⁷ Ch.-E. CLESSE, « Le licenciement abusif », *Etudes pratiques de droit social*, Kluwer, 2005, p. 64.

⁷⁸ V. VANNES, "Questions approfondies de droit du travail", volume 4, 2^{ième} éd., 1997-1998, Presses Universitaires de Bruxelles, p. 53.

⁷⁹ Dans ce sens, M. GAUCHET, *La condition historique*, Paris, Stock, 2003, cité in P. MARTENS, « Le Droit peut-il se passer de Dieu ? », *Travaux de la faculté de droit de Namur*, Presses Universitaires de Namur, 2007, p. 47.