

Les trente ans de la loi du 3 juillet 1978

Le rôle créateur du juge

Jean-François FUNCK

Juge au Tribunal du travail de Nivelles

La loi du 3 juillet 1978 constitue un ensemble cohérent de règles précises qui organisent les relations de travail. Comment et pourquoi les juges ont-ils élaboré d'autres règles en vue de compléter cet arsenal législatif? Le présent article tente dans un premier temps de répondre à cette interrogation. Dans un second temps l'on examine comment et pourquoi les juges se sont abstenus d'élaborer des règles nouvelles alors que le besoin pouvait exister. Enfin, l'on dégagera quelques pistes nouvelles sur lesquelles les juges pourraient s'engager à l'avenir.

I. Le juge a-t-il un rôle créateur?

En principe, le juge n'est pas créateur de normes. Il les applique. L'article 6 du Code judiciaire lui interdit de statuer par règlement. La réalité est cependant plus nuancée. Certes, contrairement au législateur, le juge ne statue pas par des décisions qui s'imposent à une généralité de destinataires. Néanmoins, il est producteur de règles de droit.

Cette production n'est ni individuelle ni instantanée. Elle émane non pas d'un juge, mais d'une communauté de juges. Elle s'élabore dans la durée. Par un dialogue à distance entre juges, alimenté par les plaideurs, par la doctrine et, surtout, par la confrontation aux réalités sociales nouvelles.

1. Le juge et les lacunes de la loi

On sait que la conception du juge comme « bouche de la loi » est aujourd'hui abandonnée. Selon les conceptions actuelles de l'interprétation, le rôle du juge ne se réduit pas à celui d'exécutant d'une « volonté » du législateur. Il n'est pas un automate qui produirait des décisions toutes faites. Son pouvoir d'interprétation l'amène, non seulement, à dire comment comprendre la règle édictée, mais aussi à construire des règles nouvelles.

Le juge est tenu de trancher le litige qui lui est soumis. Les cas dans lesquels la loi lui offre une solution évidente sont finalement assez rares. S'il y a litige, c'est que précisément, la loi offre un espace d'interprétation. Parfois l'arsenal législatif ne contient pas de règles susceptibles de régler le litige. Dans ce cas, le Code civil¹ invite le juge à créer la règle qu'il va appliquer: il doit combler les lacunes de la loi.

Mais la seule constatation de lacunes ne va pas de soi. Elle procède déjà d'un travail d'interprétation. Le grand spécialiste de l'argumentation, Chaïm Perelman, a montré qu'à ce stade déjà, le juge fait œuvre créatrice. Les lacunes, explique-t-il, sont de divers ordres. Celles auxquelles on pense immédiatement sont les oublis du législateur (lacunes *intra legem*): le législateur ne peut tout prévoir. Le juge est donc saisi de

situations auxquelles les rédacteurs de la loi n'avaient pas pensé.

Mais ces hypothèses sont relativement rares. « Dans la plupart des cas », note Perelman, « les lacunes sont créées par les interprètes qui pour l'une ou l'autre raison, prétendent que tel domaine devrait être régi par une disposition normative alors qu'il ne l'est pas expressément (lacune *praeter legem*) ».

« Enfin, les cas les plus flagrants sont ceux où les interprètes, désirant éviter l'application de la loi, dans une espèce donnée, en restreignent la portée par l'introduction d'un principe général qui la limite, et créent ainsi une lacune *contra legem*, qui va à l'encontre des dispositions expresses de la loi »².

L'on voit ainsi, que, dans le premier cas, la lacune résulte d'un oubli du législateur, tandis que dans les deux derniers cas, la lacune est le résultat d'un travail de l'interprète lui-même qui ne voit pas, dans la loi, une solution adéquate au litige qu'il doit trancher. En d'autres termes, l'interprète doit créer le vide juridique avant de le combler par l'invention d'une règle nouvelle.

2. Trois exigences

Ce qui précède ne signifie pas, pour autant, que l'interprétation est laissée à l'arbitraire du juge, qui pourrait se constituer ses propres règles au gré de ses souhaits, de ses sympathies ou de ses émotions.

Le texte légal conserve bien évidemment un fort pouvoir d'injonction. Mais le juge qui l'applique tient compte des réalités dans lesquelles ce texte doit s'inscrire.

Si les approches purement textuelles ou exégétiques de l'interprétation sont aujourd'hui abandonnées, c'est qu'elles aboutissaient à une impasse. Elles contraignaient le juge à prononcer des jugements, soit inadaptés aux réalités concrètes, soit injustes: « L'application du droit ne saurait se borner à une pure déduction, car le contenu d'un grand nombre de concepts se définit par rapport aux valeurs admises dans la société »³. Dès lors, le juge applique la loi en naviguant entre

¹ Art. 4 C. Civ.

² Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, Dalloz, 1979, p. 47-48.

³ *Idem*, p. 167.

deux exigences: « l'élaboration d'un ordre juridique cohérent » et « la recherche de solutions acceptables par le milieu »⁴.

Ces deux exigences montrent que, si le juge est invité à s'adapter aux valeurs de son temps, il ne décide pas selon son bon vouloir: « Le texte lui-même est porteur de significations que le juge ne saurait purement et simplement écarter (...) Le travail du juge est encadré et le juge ne saurait faire dire au texte n'importe quoi. (...) Le juge ne fait donc que participer à la production de la norme, dans le cadre tracé par l'auteur du texte et en usant de la marge, variable, de liberté que la formulation du texte autorise »⁵.

F. Ost ajoute un troisième impératif que le juge doit respecter. Le jugement ne se limite pas à régler au mieux la situation singulière dont le juge est saisi. Il doit aussi pouvoir « faire jurisprudence ». Il a ainsi un « effet pédagogique ». En ce sens, il est un message adressé aux justiciables, par la formulation d'une règle générale et abstraite qui pourrait virtuellement s'appliquer à toutes les hypothèses semblables⁶.

II. Créations jurisprudentielles

1. Le droit de grève

La reconnaissance du droit de grève constitue probablement la manifestation la plus éclatante du rôle du juge comme créateur de normes dans le domaine des relations de travail. On n'en fera pas ici l'historique⁷, mais plutôt une brève analyse du processus créateur.

Le droit de grève est consacré par un arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1981⁸. Il n'est, à ce moment, inscrit dans aucun texte légal directement applicable. Pourtant, depuis longtemps, il est largement pratiqué dans les entreprises.

A défaut d'accord politique sur les modalités de ce droit, ni le pouvoir législatif ni le pouvoir exécutif n'ont pris l'initiative de le reconnaître. De même, les partenaires sociaux n'ont pas trouvé de solution négociée et n'ont donc pas utilisé le pouvoir réglementaire dont ils disposent. Comme dans d'autres domaines de la vie sociale, lorsque les responsables politiques ne parviennent pas à trancher un débat de valeurs, c'est la solution du vide qui l'emporte. Dans le cas du droit de grève, les divers législateurs potentiels ont pris le parti du silence. Un silence volontaire.

⁴ Idem, p. 173.

⁵ J. CHEVALIER, « L'interprétation des lois », in G. FAURE et G. KOUBI, *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 136.

⁶ F. OST « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? » in « *Le rôle du juge dans la cité* », Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, n°1, p. 40.

⁷ Lire à ce sujet : M. JAMOULLE « Le droit de la grève et son évolution » in *Seize leçons sur le droit du travail*, Faculté de droit de Liège, 1994, p. 249 et ss.

⁸ Cass. 21 déc. 1981, *Chron. D.S.*, 1982, p. 157, note M. RIGAUX.

Et lorsque le législateur renonce ainsi à l'exercice de ses pouvoirs, il revient au juge – contraint, lui, de trancher le litige qui lui est soumis – de combler le vide.

La reconnaissance jurisprudentielle du droit de grève illustre cette fonction de l'interprétation décrite par Ch. Perelman: **trouver une solution équitable qui reste dans les limites de ce que le droit autorise**. Avec une certaine perfidie, Perelman relève que l'équilibre entre ces deux exigences conduit parfois à des argumentations quelque peu bancales: « Quand une solution se présente comme étant la seule admissible, pour des raisons de bon sens, d'équité ou d'intérêt général, c'est elle qui tend à s'imposer en droit, même si on est obligé de recourir à une argumentation spécieuse pour montrer sa conformité avec les règles légales en vigueur »⁹. Bref, le raisonnement juridique ne se prive pas de ce que le même auteur appelle des « *subterfuges* ».

En matière de grève, la Cour de cassation a délibérément créé le vide juridique¹⁰ qui lui permettait d'insérer un nouveau droit dans les interstices ainsi dégagés: pour éviter l'application textuelle de la loi, elle en a restreint la portée par l'introduction d'un principe général qui la limite. En effet, l'application normale des règles du droit civil, particulièrement de la responsabilité contractuelle, aurait dû amener la Cour de cassation à considérer que la grève constituait une faute puisque le travailleur gréviste n'exécute pas délibérément les obligations convenues. Ce caractère fautif était en outre confirmé par la loi du 3 juillet 1978 puisque la grève n'est pas mentionnée dans la liste des causes de suspension du contrat de travail.

Un tel raisonnement n'était plus socialement acceptable. Il fallait cependant accrocher la solution à une disposition légale. Les règles du droit commun des obligations et du contrat de travail ont été écartées par l'introduction d'un autre principe: s'appuyant sur la loi du 9 août 1948 relative aux prestations d'intérêt public en temps de paix, la Cour constate que seules les prestations visées par cette loi doivent être assurées. Raisonnant *a contrario*, la Cour introduit la règle nouvelle: si le travail convenu ne relève pas de ces prestations, il peut être suspendu en cas de grève.

Mme Jamoulle jugera « *la démarche périlleuse* » et relèvera le « *peu de solidité de ce fondement* »¹¹.

Les critiques quant à la pertinence de l'argumentation juridique seront néanmoins de peu de poids. En réalité, l'arrêt de la Cour de cassation constituait la simple constatation d'un droit, certes non écrit, mais déjà largement reconnu dans le corps social.

2. Le pouvoir de rompre

La portée donnée par la jurisprudence au pouvoir de rompre le contrat de travail offre une autre illustration d'un processus comparable d'interprétation: l'énonciation et la

⁹ Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, Dalloz, 1979, p. 140.

¹⁰ « Lacune *contra legem* ».

¹¹ M. JAMOULLE « Le droit de la grève et son évolution » in *Seize leçons sur le droit du travail*, Faculté de droit de Liège, 1994, p. 255.

construction d'un principe de droit à ce point fort qu'il est susceptible d'écarter une disposition légale expresse.

Rappelons ce principe: chacune des parties a la faculté de mettre fin à tout moment au contrat de travail sans même devoir motiver sa décision. Ce pouvoir est assorti de conditions, dont le respect n'est sanctionné que par une indemnisation financière. Le manquement aux dispositions légales qui encadrent le droit de rompre ne limite donc pas l'efficacité de ce droit. Même en présence d'irrégularités, les effets voulus par l'auteur de la rupture se produisent: le contrat est rompu.

Les juridictions du travail ont reconnu à ce pouvoir un caractère absolu. A ce point absolu, qu'elles aboutissent à des solutions juridiquement peu cohérentes. L'on en trouve des illustrations dans différents domaines: les protections contre le licenciement, les conséquences de la nullité du congé et la problématique de l'exécution en nature¹².

a) Protections contre le licenciement

La loi énonce des interdictions de licenciement. Dans certains cas, une procédure de réintégration est organisée; dans d'autres, seule une indemnisation est prévue.

Dans cette seconde hypothèse, pourquoi le travailleur licencié ne pourrait-il s'adresser au juge, non pas pour réclamer l'indemnisation résultant d'une rupture fautive, mais pour donner efficacité à cette interdiction de licencier. En d'autres termes, l'interdiction de licencier constitue-t-elle une réelle interdiction? Ou faut-il la lire uniquement en concordance avec sa sanction et conclure que la loi offre un choix à l'employeur: ne pas licencier ou indemniser¹³.

La jurisprudence opte pour la seconde solution et sa réponse s'appuie sur le principe du pouvoir absolu de licencier¹⁴. D'où le paradoxe: alors que la loi interdit expressément le licenciement, le juge reconnaît néanmoins que ce licenciement sort ses effets.

b) Nullité du congé

Plusieurs dispositions légales sanctionnent de nullité absolue le manquement à certaines conditions de validité du congé: notification par lettre recommandée (ou par acte d'huissier) du licenciement moyennant préavis et respect de la législation sur l'emploi des langues. La nullité est prononcée par le juge. Dans ce cas, le juge doit en principe faire « comme si » l'acte annulé n'avait jamais existé. Une application rationnelle de ces règles devrait amener le juge à autoriser la réintégra-

tion du travailleur puisque, soit le congé lui-même, soit sa notification sont sans effet¹⁵.

On sait les hésitations de la jurisprudence sur ce point.

Les solutions généralement dégagées sont déduites de considérations pratiques ou d'équité. Il est le plus souvent difficile d'imaginer la réintégration d'un travailleur alors que, au moment où le juge statue, plusieurs mois ou années se sont écoulés depuis la rupture. A l'inverse, il serait injuste d'imputer la rupture au travailleur, qui, s'appuyant sur la lettre de congé, n'est plus venu travailler.

Ces considérations l'emportent généralement sur la rationalité juridique stricte. Sous couvert de constructions juridiques parfois un peu floues, l'efficacité du congé est conservée. Là où la loi sanctionnait l'irrégularité par la nullité de l'acte, le juge en fait fi et convertit cette sanction en une indemnisation.

c) Exécution en nature

L'application des principes du droit civil permet également de s'interroger sur la possibilité pour le travailleur licencié irrégulièrement de demander l'exécution en nature des obligations de l'employeur, c'est-à-dire sa réintégration et donc la poursuite du contrat.

La Cour de cassation énonce le principe de la primauté de l'exécution en nature: « l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de celles de ne pas faire »¹⁶. M. Wéry tient cette règle pour fondamentale: « hommage rendu au principe de la convention-loi...; c'est la seule manière pour l'obligation de se réaliser pleinement et donc de tenir en échec la défaillance du débiteur »¹⁷.

La jurisprudence de la Cour de cassation règle de la sorte la discussion sur l'article 1142 du Code civil¹⁸ dont la rédaction soulevait quelque confusion. M. Wéry analyse cette disposition de la manière suivante: le créancier a le droit d'obtenir la condamnation du débiteur d'exécuter l'obligation en nature dans un certain délai; subsidiairement, et en cas d'inexécution à l'expiration de ce délai, le débiteur devra payer des dommages-intérêts.

Les principes civilistes ainsi rappelés, M. Wéry les assortit néanmoins d'une exception: « Dans certains contrats, le juge est sans pouvoir pour ordonner l'exécution en nature, même si l'attitude du débiteur s'avère fautive. Il en va ainsi pour toutes les hypothèses de rupture irrégulière du contrat de travail; (...) maintenir le principe de l'exécution en nature en ce cas revient

¹² K. SALOMEZ, « De rechtspositie van de ontslagmacht », in M. RIGAUX, P. HUMBLET et G. VAN LIMBERGHEN, *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Intersentia, p. 321 et du même auteur « Ontslagmacht : een absoluut recht? », *Chron. D.S.*, 1999, p. 211.

¹³ K. SALOMEZ, « Ontslagmacht: een absoluut recht? », *Chron. D.S.*, 1999, p. 214.

¹⁴ Trib. trav. Anvers, 23 oct. 1997, *Chron. D.S.*, 1999, p. 244.

¹⁵ K. SALOMEZ, « De rechtspositie van de ontslagmacht », *op. cit.*, p. 332-336.

¹⁶ Cass. 13 mars 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 136. Cass. 14 avr. 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 370.

¹⁷ P. WÉRY, « L'exécution en nature des obligations contractuelles », in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 346.

¹⁸ L'article 1142 du Code civil est ainsi rédigé : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

droit à violer le principe général de la liberté individuelle, qui répugne aux engagements perpétuels »¹⁹.

La jurisprudence est en effet en ce sens. Comme l'a relevé le Tribunal du travail de Bruxelles, les fondements théoriques d'une telle exception sont cependant « peu convaincants »²⁰.

L'argument de l'interdiction des engagements à vie est régulièrement invoqué, mais à titre purement incantatoire, et sans analyse plus approfondie. Est-il vraiment pertinent?

Certes, l'article 7 de la loi du 3 juillet 1978 interdit les engagements à vie, mais cette disposition est essentiellement une règle protectrice du travailleur, et non de l'employeur²¹: un tel engagement constituerait en effet une forme de travail forcé. Cette disposition légale est dès lors prise en exécution de divers textes internationaux ratifiés par la Belgique concernant l'interdiction de l'esclavage ou du travail obligatoire²². Par ailleurs, même s'il était admis que l'interdiction protège les deux parties au contrat, l'exécution en nature ne s'oppose pas à une telle interdiction. En cas de licenciement irrégulier, l'obligation de l'employeur d'exécuter ses obligations en nature ne signifie pas que l'employeur s'engage à vie: il peut toujours ultérieurement licencier moyennant le respect des conditions et formes légales.

Les principes de la liberté individuelle et de la liberté du commerce n'offrent pas de base juridique plus solide. Tout d'abord, notre droit contient une quantité si abondante de restrictions à ces libertés qu'il est difficile d'ériger ces dernières en principe absolu. Par ailleurs, toute décision judiciaire qui contraint un contractant à exécuter ses obligations en nature constitue une limite à sa liberté individuelle. Ainsi, par exemple, le juge civil peut-il ordonner à un architecte de faire reconstruire un bâtiment défectueux²³ ou à un assureur de maintenir une garantie suspendue de manière déloyale²⁴. Pourquoi le juge social ne pourrait-il ordonner à un employeur de fournir du travail à un travailleur irrégulièrement licencié?

Le licenciement notifié en violation d'une clause de stabilité d'emploi offre une illustration du paradoxe auquel le principe aboutit. Le Tribunal du travail de Bruxelles a été saisi par un travailleur bénéficiant d'une garantie de reclassement au sein du groupe dont l'employeur relève et qui avait été néanmoins licencié moyennant préavis²⁵. Le tribunal a considéré que l'obligation de reclassement constituait une obligation de résultat. Il a ordonné à l'employeur de reclasser le travailleur dans le groupe avant la fin du contrat. Mais, par ailleurs, le tribunal s'est dit sans pouvoir pour annuler le congé et pour enjoindre à l'employeur de poursuivre l'exécution du contrat

¹⁹ P. WERY, *op. cit.*, p. 359.

²⁰ Trib. trav. Bruxelles (ref.), 2 avr. 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 46.

²¹ Trib. trav. Bruxelles (ref.), 2 avr. 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 46.

²² Notamment : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, art. 4 ; Charte sociale européenne, art. 1^{er}.

²³ Cass. fr. (civ.), 28 févr. 1969, *Bull. civ.*, 1969, III, p. 139.

²⁴ Mons, 17 nov. 1992, *J.L.M.B.*, 1994. Ces deux exemples sont tirés de P. WERY, *op. cit.*, p. 345.

²⁵ Trib. trav. Bruxelles, 4 déc. 2000, cité par Trib. trav. Bruxelles (ref.), 2 avr. 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 46.

après la date d'expiration du préavis. Le travailleur fut ensuite licencié avec effet immédiat, moyennant indemnité. Il a agi en référé, demandant la suspension des effets du licenciement. L'ordonnance admet la faiblesse théorique du pouvoir absolu de rupture de l'employeur mais estime que les tribunaux sont sans pouvoir pour suspendre les effets du congé²⁶.

Le paradoxe est le suivant: par la clause de stabilité d'emploi, l'employeur a exercé sa liberté contractuelle²⁷ et a limité délibérément son pouvoir de rompre. Or, c'est au nom de la liberté contractuelle (le pouvoir de rompre) que le juge fait obstacle à une clause elle-même librement consentie et refuse de lui donner une réelle effectivité²⁸.

d) Conclusion

Les quelques lignes qui précèdent n'entendent pas remettre en cause le principe du pouvoir de rompre. Il s'agit uniquement de constater que, sans que la loi l'énonce expressément, la jurisprudence a érigé le pouvoir de licencier en principe absolu. A ce point absolu qu'il prévaut sur des dispositions légales ou contractuelles contraires.

Ce caractère absolu est remis en question par la création récente d'actions en cessation. On examinera ce point ci-dessous.

3. L'acte équipollent à rupture

La théorie de l'acte équipollent à rupture est une création prétorienne pure. Aucune disposition légale n'énonce, comme mode de rupture du contrat de travail, la modification unilatérale d'un élément essentiel de ce contrat.

Le rattachement légal de cette théorie a été situé, non dans la loi du 3 juillet 1978, mais dans l'article 1134 du Code civil.

On peut cependant y voir une bizarrerie propre au droit du travail. Elle est vue, en effet, avec circonspection par les civilistes²⁹. C'est que, dans ce cas, la rupture n'opère pas par l'expression déclarée ou même implicite³⁰ d'une volonté de rompre. Elle est déduite d'un comportement: la modification des conditions du contrat. Elle peut être constatée par une partie contractante (et consacrée par le juge) contre la volonté de l'auteur de la modification. Même si ce dernier pro-

²⁶ Trib. trav. Bruxelles (ref.), 2 avr. 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 46.

²⁷ La clause de stabilité d'emploi avait été conclue par convention collective d'entreprise.

²⁸ Si le principe de l'exécution en nature était admis, il resterait, certes, une difficulté: l'impossibilité de prononcer une astreinte dans le cadre des relations de travail. Mais il s'agit là d'un problème distinct: celui de l'exécution forcée de la décision judiciaire faisant injonction au débiteur de l'obligation.

²⁹ C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat », in *La fin du contrat*, Formation permanente C.U.P., Vol. 51, p. 115 et ss.

³⁰ On ne traitera pas ici de l'autre formule d'acte équipollent à rupture: la rupture déduite d'une faute, si elle manifeste la volonté de rompre. Dans cette hypothèse, l'on peut considérer que l'acte équipollent à rupture est fondé sur un acte de volonté – implicite – de rompre.

clame qu'il n'avait pas l'intention de rompre, la modification elle-même qui lui est imputée constitue l'acte de rupture.

A nouveau, l'application stricte des règles du Code civil n'autorisait pas la création d'une telle théorie. On peut penser qu'elle s'est bâtie au départ de la constatation de ce que le droit commun des obligations ne permettait pas d'appréhender certaines spécificités du lien juridique constitué par la relation de travail³¹.

Sur le plan strictement contractuel, une partie ne peut imposer à l'autre, unilatéralement, une modification des conditions du contrat, quelles qu'elles soient. Une telle modification constitue, en droit civil, une faute contractuelle, ouvrant la voie à une action judiciaire, soit en résolution du contrat, soit en exécution forcée de l'obligation violée. Mais la modification comme telle des conditions contractuelles n'est pas, en droit commun, un acte de rupture.

La particularité du contrat de travail est que le travailleur se trouve sous l'autorité de son cocontractant. Cette autorité implique un pouvoir de décision unilatérale conféré à l'employeur, et donc, dans une certaine mesure, un pouvoir de modifier les conditions dans lesquelles les obligations sont exécutées. La théorie de l'acte équipollent à rupture a pour objet de tracer les frontières de ce pouvoir: résultant de la contradiction entre les principes du droit civil (immutabilité des conventions) et ceux du droit social (*ius variandi*), elle indique à partir d'où la dimension contractuelle des relations de travail doit prédominer sur l'autorité propre au contrat de travail.

4. Condition résolutoire

Les juridictions sociales ont élaboré au fil du temps des règles qui gouvernent la validité des clauses résolutoires inscrites dans les contrats de travail.

Selon l'article 32 de la loi du 3 juillet 1978, le contrat de travail peut être rompu selon les modes généraux d'extinction des obligations, et donc par la survenance d'une condition résolutoire. Cette disposition soulève la question des rapports entre droit civil et droit du travail.

Selon une interprétation textuelle, le contrat de travail pourrait prendre fin immédiatement par le jeu de n'importe quelle condition résolutoire convenue, si elle est conforme au droit civil, sous réserve de quelques exceptions légalement prévues. A première vue, la solution n'est pas critiquable: les seules clauses résolutoires expressément interdites sont celles qui sont visées par les articles 36 et 36bis de la loi du 3 juillet 1978 (mariage, naissance, âge de la pension, saisie sur salaire).

Une telle application de l'article 32 pose néanmoins le problème de la cohérence générale du droit du travail. Elle permettrait l'introduction de clauses contractuelles par lesquelles le contrat de travail serait rompu, sans préavis ni indemnité et sans contrôle judiciaire, par la survenance

³¹ Née du droit du travail, la théorie a cependant été transposée en droit civil, plus particulièrement en matière de concession exclusive de vente (Cass. 22 oct. 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 498).

d'événements tels que: une faute déterminée du travailleur, des faits liés à la gestion de l'entreprise (perte d'un client, non-obtention d'un marché ou d'une subvention) ou des modifications de la conjoncture économique (dégradation du contexte économique, exprimée par la modification de tel indice, de tel taux ou de telles parités monétaires, etc...).

Une telle clause ne soulèverait aucune difficulté en droit civil, dès lors qu'elle a été librement voulue par les parties. Mais l'impératif de cohérence du droit social justifie l'écartement des règles du droit commun. En effet, l'objet même des règles du droit du travail consiste à contredire l'illusoire égalité des parties qui fonde le droit commun des obligations. Le droit du travail prend acte de leur réelle inégalité économique et assure une protection à la partie « la plus faible ».

Compte tenu de ces fondements théoriques radicalement différents, l'application pure et simple des règles du droit civil pourrait aboutir à la « neutralisation des mécanismes de protection mis en place par la loi sociale »³².

L'écartement partiel des règles du droit commun a créé ainsi un vide juridique qu'il a fallu combler en raisonnant au départ des principes spécifiques du droit du travail.

La jurisprudence a dès lors été amenée à élaborer des règles de validité des clauses résolutoires, distinctes de celles du droit civil, et au-delà de celles qui sont expressément prévues par la loi du 3 juillet 1978³³.

Elle a dégagé les règles suivantes:

- 1° La clause prévoyant que le contrat est immédiatement rompu si le travailleur commet tel manquement (pacte comissoire exprès) est nulle car elle limite le pouvoir du juge dans l'appréciation du motif grave justifiant le licenciement immédiat. La primauté est donnée au mécanisme spécifique mis en place par l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978³⁴.
- 2° La condition résolutoire est nulle si son accomplissement dépend exclusivement de la volonté d'une des parties (conditions purement potestatives) et aboutit à la rupture du contrat sans respect des dispositions légales en matière de licenciement³⁵.
- 3° La condition résolutoire est valable si son accomplissement ne dépend que partiellement de la volonté d'une

³² M. JAMOULLE « Droit civil et contrat de travail: la problématique de l'interprétation » in *Seize leçons sur le droit du travail*, Faculté de droit de Liège, 1994, p. 104.

³³ Pour ce faire, Mme Jamoulle invitait à développer une méthode d'interprétation « systémique »: considérer l'ensemble du droit social comme un système cohérent et rechercher les modes d'articulation du droit civil à ce système (*op. cit.*, p. 104 et ss). L'auteur reconnaissait la difficulté de la méthode car le postulat théorique de la cohérence du système ne se vérifie pas nécessairement dans la réalité. La jurisprudence n'a que très partiellement suivi cette voie.

³⁴ Solution déjà admise avant la loi du 3 juillet 1978 (Cass. 4 nov. 1960, *Pas.* 1961, I, p. 242) et confirmée ensuite (C. trav. Liège, 22 févr. 2000, *Chron. D.S.*, 2001, p. 270; C. trav. Anvers, 23 avr. 1980, *R.W.*, 1981-1982, col. 2513).

³⁵ Cass. 27 mai 1991, *Chron. D.S.*, 1992, p. 28.

des parties (condition simplement potestative et condition mixte)³⁶.

Ainsi, l'impératif de cohérence justifie-t-il la primauté du droit social en ce qui concerne la rupture immédiate pour faute. Par contre, les protections accordées au travailleur en cas de licenciement sans faute cèdent le pas au profit de l'autonomie de la volonté: la clause résolutoire est valable même si elle a pour effet d'empêcher l'application des dispositions en matière de préavis ou d'indemnité compensatoire. Les raisons de cette différence de régime n'apparaissent pas clairement. La Cour de cassation ne s'en est pas expliquée.

Or, une approche de nature « téléologique » dégagerait probablement une autre solution. Dans l'état actuel de la jurisprudence, les clauses résolutoires liées à des difficultés économiques de l'employeur sont licites³⁷. Pourtant, tout le droit du travail est bâti sur le principe selon lequel l'employeur assume le risque économique de l'entreprise. Ce risque comprend la probabilité de devoir accorder un préavis ou une indemnité au travailleur en cas de licenciement pour motif économique. Les clauses résolutoires de ce type pourraient donc être considérées comme constituant un détournement de la finalité propre aux règles relatives au préavis.

5. Concept de « même employeur »

L'application stricte des règles de droit peut révéler leur inadaptation à l'évolution de la société et des relations sociales. Le juge doit alors écarter ces règles et substituer à celles-ci un concept nouveau. Sans doute ce concept n'est-il pas expressément prévu par la loi. Mais il présente une rationalité suffisante pour être reçu comme concept juridique, c'est-à-dire comme concept produisant des effets de droit.

L'élaboration par la jurisprudence du concept de « même employeur » en est une illustration.

En principe, les seuls sujets que le droit connaisse sont des personnes (physiques ou morales), titulaires de droits et d'obligations. La relation de travail se noue donc entre deux personnes juridiques, le travailleur et l'employeur. L'employeur est une entité juridique, distincte de toute autre entité. Ce modèle est cependant loin de correspondre aux réalités économiques et sociales actuelles. Avec la globalisation de l'économie et la concentration des entreprises, l'entité juridique au sein de laquelle le travailleur effectue son travail n'est pas nécessairement pertinente pour être qualifiée d'employeur. Ainsi, cette entité peut être totalement dépendante d'une autre entité juridique, qui exerce le pouvoir réel de décision, et donc l'autorité patronale. Ou bien, dans un grand groupe économique, un travailleur peut être

³⁶ Cass. 18 janv. 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 141, *Chron.D.S.*, 1993, p. 232, *R.C.J.B.*, 1995, p. 39; C. trav. Anvers, 25 avr. 2002, cité dans *La rupture du contrat de travail – Chronique de jurisprudence, 2002-2005*, Cabinet Claeys & Engels, Larcier, p. 32.

³⁷ J. CLESSE, « La dissolution du contrat de travail par le jeu de la condition résolutoire », note sous Cass. 18 janv. 1993, *R.C.J.B.*, 1995, p. 42.

amené à travailler successivement pour plusieurs entités, juridiquement distinctes, mais économiquement liées ou dépendantes. Ou encore, il se peut que l'employeur ait constitué plusieurs entités et fasse passer certains travailleurs de l'une à l'autre sans que l'autorité patronale soit effectivement modifiée.

Le droit classique a quelque mal à appréhender ces réalités. Or, les questions relatives à l'ancienneté, à la rémunération, à la succession de contrats à durée déterminée ou à la validité d'une clause d'essai seront analysées différemment selon que les entités juridiques au sein desquelles le travail a été exercé sont distinguées ou reliées.

La législation du travail ignore la notion d'entreprise³⁸. Seules certaines lois ou réglementations particulières y ont recours: en matière d'élections sociales ou de fermeture d'entreprise, la loi utilise un concept très proche, celui d'unité technique d'exploitation; les cessions d'entreprise sont réglementées sur la base de l'idée selon laquelle l'entreprise est maintenue, malgré le changement de propriétaire de l'entité-employeur.

En dehors de ces hypothèses légales, la jurisprudence a créé des règles spécifiques permettant la prise en considération commune de plusieurs entités. Pour la détermination de l'ancienneté (au sens de l'article 82 de la loi du 3 juillet 1978), la Cour de cassation a décidé que les termes « même employeur » visent l'unité économique d'exploitation que constitue l'entreprise, même si celle-ci est composée de personnes distinctes et sans que doive exister un lien de droit entre celles-ci³⁹. Cette règle est assortie d'une condition: il faut une continuité entre les entités juridiques qui ont agi en qualité d'employeur. Divers indices de cette continuité ont été énoncés: même lieu de travail, mêmes fonctions du travailleur, constitution du capital révélant des intérêts similaires, organes de directions semblables⁴⁰, unité sociale,... En définitive, les critères de l'« activité » exercée par les entités juridiques et du but économique poursuivi se sont avérés déterminants⁴¹: l'employeur est le même si, au travers des modifications juridiques, les activités sont restées identiques, similaires, ou complémentaires.

Ce concept de « même employeur » introduit ainsi la notion d'entreprise là où le texte légal l'ignorait.

³⁸ Voir J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, Ed. Faculté de droit de Liège, p. 1993 et ss.

³⁹ Cass., 9 mars 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 219.

⁴⁰ Le fait que des sociétés appartiennent à un même groupe ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'un même employeur. La concentration de société n'empêche pas que ces sociétés puissent être autonomes et qu'elles aient des finalités distinctes (voy. C. trav. Bruxelles, 19 mars 1997, *Chron. D.S.*, 1998, p. 503).

⁴¹ C. trav. Liège, 6 mars 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 319; C. trav. Liège, 14 déc. 2000, www.juridat.be; Trib. trav. Bruxelles, 12 juin 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 434; Trib. trav. Bruxelles, 24 oct. 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 53.

6. Nouvelles formes de rémunération

Les nouvelles formes de rémunération offrent un exemple, non seulement du pouvoir créateur, mais surtout de la créativité des juridictions du travail. Il s'agit, pour le juge, d'intégrer des pratiques nouvelles (l'attribution d'options sur actions) dans une notion ancienne, mais inadaptée à ces pratiques (la rémunération en cours et les avantages acquis en vertu du contrat pour le calcul de l'indemnité de rupture).

Mais la joyeuse anarchie qui règne sur ce point dans la jurisprudence illustre l'insécurité juridique qui peut naître lorsque les juges sont laissés sans indication législative précise. Malgré un arrêt de la Cour de cassation⁴², les positions les plus diverses ont été prises⁴³:

- impossibilité d'évaluer un avantage futur;
- montant incertain au moment du licenciement;
- avantage inexistant après la rupture;
- prise en considération de l'évaluation fiscale;
- évaluation précise de la valeur de l'action.

En d'autres termes, **sur des questions nouvelles qui présentent un haut degré de technicité, le pouvoir créateur du juge ne peut s'exercer de manière adéquate.** Une intervention législative s'impose en vue de fixer les bases et modalités de calcul⁴⁴.

III. Limites et auto-restrictions du juge

S'il fait preuve à l'occasion d'étonnantes audaces, le juge social peut aussi manifester son refus d'intervenir dans des domaines qu'il n'estime pas relever de son pouvoir juridictionnel. Peut-être cette auto-limitation constitue-t-elle parfois un excès de prudence...

1. Effacement devant la tradition sociale

Dans un pays où la tradition de concertation sociale est forte, il arrive que le juge estime devoir faire preuve de retenue et laisser aux partenaires sociaux le soin de dégager une solution négociée.

Tel fut le cas lorsque la Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle) fut saisie de la problématique de l'éventuelle discrimination entre ouvriers et employés⁴⁵. La Cour ne pouvait ignorer la considérable différence de traitement dans le régime du licenciement de ces deux catégories de travailleurs: là où l'ouvrier doit se contenter de 28 ou 56 jours de préavis (à l'époque), l'employé peut espérer un

⁴² Cass., 4 févr. 2002, *Chron. D.S.*, 2002, p. 319; *J.T.T.*, 2002, p. 145.

⁴³ M. GOLDFAYS, « Options sur actions et indemnité de congé: évolution de la jurisprudence depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2002 », *Chron. D.S.*, 2006, p. 57 et ss.

⁴⁴ M. GOLDFAYS, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁵ C.A., 8 juillet 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 389, note X. HEYDEN.

préavis allant de trois mois à un, voire deux ans, en fonction de son ancienneté.

La Cour reconnaît, entre les lignes, qu'une telle distinction est discriminatoire. Mais elle la justifie par le poids de l'histoire: la distinction a eu une justification dans le passé et les relations sociales se sont construites autour d'elle. Petit à petit, des mesures sont prises pour la supprimer. En définitive, la Cour refuse de sanctionner la différence de traitement. Mais elle ne prend pas appui sur ses critères traditionnels, à savoir la justification raisonnable et la proportionnalité. Elle refuse de franchir le pas, inquiétée par les conséquences d'un bouleversement soudain de l'ordonnement des relations sociales, hérité de la tradition: « *Le fait qu'il serait injustifié d'instituer aujourd'hui une telle distinction ne suffit pas pour justifier sa brusque abolition* ». C'est donc progressivement que la discrimination, quoique reconnue, sera amenée à disparaître. La Cour affirme sa confiance dans le législateur, tout en avertissant: « *Sans doute ne pourrait-on admettre que le législateur tarde à faire cesser une discrimination lorsque les principes en cause touchent à la substance même d'un droit fondamental* ». Depuis cet arrêt, quinze ans ont passé...

Si la sagesse de la Cour peut être saluée, l'on pourrait rétorquer, à l'inverse, que la décision judiciaire, même brusque, peut être l'élément déclencheur amenant le législateur à supprimer la discrimination. Tel fut le cas, par exemple, lorsque la Cour de Justice des Communautés européennes sanctionna l'inégalité entre hommes et femmes dans le domaine des pensions de retraite. La Cour admit ensuite que le processus législatif de suppression de cette discrimination soit étalé dans le temps.

2. Suprématie du principe de la convention-loi

L'effacement du juge face à la convention, loi des parties, s'est manifesté avec éclat dans le traitement de l'incapacité définitive de travail. On sait que par des arrêts successifs, la Cour de cassation a jugé que l'incapacité définitive d'accomplir le travail convenu constituait un événement de force majeure, sans que l'employeur ait à envisager une réaffectation dans des fonctions pour lesquelles le travailleur serait apte⁴⁶.

L'analyse jurisprudentielle se focalisa sur « le travail convenu »: dès lors que l'exécution du travail convenu est impossible, le contrat n'a plus d'objet; il prend fin. Si le médecin du travail recommande l'affectation à d'autres fonctions plus adaptées, l'employeur n'est pas tenu d'y donner suite. Il peut constater la rupture. Néanmoins, une obligation post-contractuelle naît. Soit l'employeur réengage: un nouveau contrat de travail prend cours, qui porte sur un autre travail; il a donc un autre objet. Soit l'employeur ne réengage pas: il commet éventuellement un manquement à cette obligation; le travailleur peut obtenir réparation, mais il doit établir son dommage.

⁴⁶ Cass., 5 janv. 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 474; Cass., 15 févr. 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 743; Cass., 8 oct. 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 186.

Dans ce raisonnement, le « travail » n'est conçu que comme « objet du contrat », autour duquel peuvent se bâtir les constructions juridiques du droit civil.

Or, une toute autre voie était possible. Diverses dispositions légales propres au droit social permettaient de dégager des solutions dérogoires au droit commun des obligations:

- l'article 31 de la loi du 3 juillet 1978 qui énonce expressément que l'incapacité de travail a pour effet de suspendre l'exécution du contrat⁴⁷;
- les dispositions du R.G.P.T. (à l'époque) qui permettaient au médecin du travail de recommander une réaffectation dans d'autres fonctions.

Une autre construction juridique aurait été dès lors tout aussi cohérente. Les juges avaient à leur disposition tous les instruments juridiques pour justifier une obligation de réaffectation du travailleur devenu inapte à la fonction: il eût été possible de dire que le contrat ne prenait pas fin par la survenance d'une cause de force majeure puisqu'en application de l'article 31 de la loi du 3 juillet 1978, il ne pouvait être que suspendu. Dès lors que le raisonnement ne se focalisait plus sur le travail convenu, mais prenait en considération, de manière plus large, la relation de travail, la recommandation émanant du médecin du travail aurait permis aux juges de créer une obligation de réaffectation, non pas postérieure mais interne à l'exécution du contrat. Dans la continuité de ce raisonnement, les juges auraient pu imposer une exécution en nature de cette obligation.

Il ne s'agit pas ici de revenir sur ce débat, probablement dépassé par l'entrée en vigueur de nouvelles législations⁴⁸. Mais de constater que lorsque la jurisprudence peut opter entre plusieurs constructions juridiques possibles, les motifs du choix en faveur de l'une d'elles n'apparaissent pas toujours avec clarté. L'option en faveur de la force majeure est-elle le résultat des habitudes de juristes, façonnés dans le raisonnement de type civiliste? Ou procède-t-elle d'un choix préalable d'opportunité, habillé ensuite sous une forme juridique? Difficile de trancher ...

On notera enfin, qu'en la matière, le processus de création des normes s'est opéré dans le sens inverse de celui qui est généralement adopté. Il arrive souvent que la jurisprudence dégage une solution qui est ensuite consacrée dans un texte de loi. Ici, le législateur a récemment imposé une règle nouvelle qui s'inscrit délibérément « contre » la jurisprudence. Le nouvel article 34 de la loi du 3 juillet 1978⁴⁹, qui prévoit que l'incapacité définitive de travail ne met pas fin par elle-même au contrat entend annihiler la jurisprudence de la Cour de cassation.

⁴⁷ Telle était d'ailleurs la jurisprudence de cassation avant l'arrêt du 5 janvier 1981.

⁴⁸ Voy. J-F. NEVEN, « Dissolution du contrat de travail pour cause d'incapacité définitive : vers une obligation préalable de reclassement » in *Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 167.

⁴⁹ Loi du 27 avril 2007 portant des dispositions diverses. On peut certes s'interroger sur la « volonté » du législateur, s'agissant d'un texte voté subrepticement, au milieu d'une loi « fourre-tout ». A ce jour, le texte n'est pas encore en vigueur.

3. Effacement devant le pouvoir de gestion de l'employeur

Le juge n'exerce pas un contrôle d'opportunité sur les choix de gestion opérés par l'employeur⁵⁰. En soi, le principe est admis.

Le contentieux du licenciement abusif est donc dit « marginal » au sens où il se limite à la vérification de l'existence et de la licéité des motifs du licenciement⁵¹. L'étendue de ce contrôle reste néanmoins discutée.

Dans le contentieux de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, plus particulièrement celui du licenciement lié au comportement de l'ouvrier, la jurisprudence récente a fait œuvre restrictive plutôt que créatrice. On sait que par l'effet d'arrêts successifs de la Cour de cassation⁵², la jurisprudence tend à considérer que le licenciement n'est pas abusif s'il est en lien avec le comportement, quel qu'il soit, du travailleur. Il n'appartiendrait dès lors pas au juge de procéder à un contrôle de proportionnalité. Il suffirait de constater la réalité du comportement et le lien avec le licenciement pour conclure à un licenciement non abusif.

Sur ce point, l'apport de la jurisprudence des juridictions sociales laisse interrogateur. On sait en effet que la théorie de l'abus de droit est une création de la jurisprudence, influencée par d'importantes contributions doctrinales: l'abus de droit, c'est l'exercice d'un droit qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente. La détermination de cet « exercice normal » et de ses limites implique nécessairement un contrôle de proportionnalité. La loi du 3 juillet 1978 a consacré cette théorie dans un domaine particulier, le contrat de travail d'ouvrier. Or, pour appliquer cette disposition légale, la jurisprudence écarte les critères généralement admis de l'abus de droit, renonce au pouvoir d'appréciation que cette théorie implique et s'en tient à un contrôle purement factuel.

IV. Créativités à venir

L'on pointerait ci-dessous différents domaines dans lesquels, le juge va, à l'avenir, être amené à exercer un pouvoir novateur, voire créateur. Ces perspectives sont alimentées par l'entrée en vigueur de législations nouvelles, qui bousculent quelque peu des idées bien établies.

1. Le licenciement et la loi sur la discrimination

La loi sur la discrimination remet-elle en cause le principe selon lequel le contrôle des motifs du licenciement ne s'étend

⁵⁰ Cass., 19 avril 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 305.

⁵¹ M. JOURDAN « L'abus de droit de rupture », *Guide social permanent - Droit du travail*, T. V, ch. III, 2, n° 9130 et ss.

⁵² Cass., 8 déc. 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 428, *Chron.D.S.*, 1987, p. 217; Cass., 17 févr. 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 535, *J.T.T.*, 1992, p. 222; Cass., 6 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 562; Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 407, obs. C. WANTIEZ.

pas à l'examen des choix économiques et stratégiques opérés par l'employeur?

La question se pose notamment concernant les licenciements fondés sur l'état de santé du travailleur.

Dans le contentieux du licenciement abusif des ouvriers, les juridictions de fond estiment généralement que l'incapacité de travail ou la maladie n'est pas en soi un motif légitime de rupture, mais que, par contre, le licenciement est licite si l'état de santé déficient du travailleur affecte le bon fonctionnement de l'entreprise⁵³. La Cour de cassation, quant à elle, a récemment donné une portée beaucoup plus restrictive à la notion de licenciement abusif, à tout le moins au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978⁵⁴: le licenciement ne serait pas abusif dès l'instant où il est en lien avec l'aptitude du travailleur, sans qu'il faille s'interroger sur les conséquences pour le fonctionnement de l'entreprise.

Selon la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, une discrimination est interdite si elle est fondée sur le handicap. En matière de relations sociales (en ce compris le licenciement) la distinction fondée sur le handicap⁵⁵ peut uniquement être justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes⁵⁶. Ces exigences sont essentielles et déterminantes si elles résultent de la nature des activités professionnelles ou de leur contexte. Elles doivent reposer sur un objectif légitime et être proportionnées à celui-ci. Par ailleurs, une discrimination est également interdite si elle se fonde sur l'état de santé actuel ou futur. La possibilité de justification de cette discrimination est plus large: il s'agit du critère classique du « but légitime » (critère de rationalité) et du caractère « adapté » des moyens utilisés (critère de proportionnalité).

Il a été admis que le licenciement est abusif s'il constitue une discrimination interdite⁵⁷.

Qu'en est-il du travailleur licencié en raison de son état de santé déficient?

Si le juge doit examiner la licéité du licenciement lié au handicap ou à l'état de santé au regard du principe de discrimination, il contrôlera la justification de ce licenciement. Il vérifiera si la décision de rompre est motivée par des « exigences professionnelles essentielles et déterminantes » (handicap) ou si elle est justifiée par un but légitime et

⁵³ M. JOURDAN « L'abus du droit de rupture », *Guide social permanent – Droit du travail*, T. V, ch. III, 2, n° 5430 et ss.

⁵⁴ Cass., 18 févr. 2008, *J.J.T.*, 2008, p. 117, note P. JOASSART.

⁵⁵ Interprétant la directive 2000/78 que la loi du 10 mai 2007 met en œuvre, la Cour de Justice CE a indiqué, dans son arrêt *Chacon Nava* du 11 juillet 2006 que celle-ci ne protégeait pas le travailleur « dès qu'une maladie quelconque se manifeste ». Elle vise uniquement le handicap. La Cour définit le handicap comme une « limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle ». La limitation doit dès lors être probablement « de longue durée ». La loi belge est cependant plus large, puisqu'elle inclut également l'état de santé.

⁵⁶ Art. 8.

⁵⁷ En ce sens : Trib. trav. Bruxelles, 2 déc. 2005, *Chron.D.S.*, 2008, p. 48.

constitue un moyen adapté (état de santé): le licenciement est-il fondé sur un objectif rationnel, à savoir, le bon fonctionnement de l'entreprise? S'agit-il d'une décision proportionnée à cet objectif? Cet examen de proportionnalité impliquera que le juge vérifie :

- l'existence d'une atteinte effective et concrète au bon fonctionnement de l'entreprise;
- l'existence d'autres solutions pouvant raisonnablement être mises en œuvre.

L'examen des alternatives possibles est encore renforcé par la règle contenue également dans la loi sur la discrimination⁵⁸, selon laquelle l'employeur est tenu d'envisager les aménagements raisonnables en faveur du travailleur handicapé: le refus de prendre ces mesures constitue une discrimination interdite.

L'étendue de ce **contrôle de proportionnalité** pourrait signifier que le juge ne se contenterait plus de rester « à la porte » de l'entreprise. Il pourrait être amené à apprécier en opportunité la pertinence du choix opéré par l'employeur. Pour ce faire, il ne pourra fonder son appréciation sur les seules déclarations de l'employeur laissant supposer les difficultés engendrées par les absences du travailleur.

L'employeur devrait concrètement apporter la preuve d'une atteinte sérieuse au bon fonctionnement de l'entreprise. Les dossiers et éléments d'appréciation à fournir par les parties devront dès lors être nettement plus substantiels qu'ils ne le sont actuellement. Trop souvent aujourd'hui, le caractère marginal du contrôle judiciaire amène les parties à se présenter devant le juge avec un dossier – quasiment – vide.

2. Exercice par le juge de son pouvoir d'injonction

Depuis une vingtaine d'années, les présidents de juridictions du travail sont saisis en référé de demandes, émanant de travailleurs, en vue d'ordonner à l'employeur de « faire » ou de « ne pas faire » quelque chose. Se pose la question des pouvoirs du juge, soit de s'ingérer dans les relations contractuelles, soit de modifier une décision prise par l'employeur dans l'exercice de son autorité patronale, soit d'imposer à l'employeur une décision relevant en principe du pouvoir de gestion de l'entreprise.

a) Modifications des conditions contractuelles

De manière unanime, la jurisprudence reconnaît le pouvoir du juge d'imposer le maintien des conditions de travail convenues⁵⁹. Ainsi, citons à titre d'exemple:

Suite à la réalisation d'un audit, le responsable du service informatique d'une mutualité est déchargé de ses fonctions. Le Président du Tribunal du travail de Bruxelles ordonne la suspension de la mesure unilatérale et la réintégration du tra-

⁵⁸ Art. 14.

⁵⁹ V. VANNES, « Le juge des référés et le respect des droits évidents des travailleurs », *J.T.T.*, 1999, p. 265.

vaillleur dans ses fonctions jusqu'à ce qu'un accord soit trouvé ou jusqu'à la rupture du contrat⁶⁰.

Suite à une restructuration, le responsable de la gestion d'actifs d'une grande banque craint de ne plus pouvoir exercer ses fonctions étant donné que d'importants actifs sont transférés à d'autres sociétés du groupe. Le Président du Tribunal du travail de Bruxelles ordonne la suspension des modifications apportées au contrat et le maintien du travailleur dans ces fonctions de gestion d'actifs pour un montant global déterminé⁶¹.

Dans le cadre d'une restructuration, un représentant de commerce est affecté à un seul département de la société. Il estime que cette affectation entraînera une réduction importante de son chiffre d'affaires. Le Président du Tribunal du travail de Bruxelles ordonne la suspension des modifications envisagées par l'employeur étant donné qu'elles ne garantissent pas un maintien de la rémunération⁶².

Dans tous les cas, l'intervention des juges des référés est fondée sur l'application de l'article 1134 du Code civil. Cette intervention est donc doublement limitée: par les conditions propres à la procédure en référé d'une part⁶³, par le cadre contractuel, d'autre part. Le juge n'est rien d'autre que le « gardien du contrat »⁶⁴. Parfois audacieux, il ne s'ingère cependant pas dans la relation contractuelle. Il veille au respect des conditions convenues. Il ne porte pas atteinte au pouvoir de gestion de l'employeur: il le rappelle à l'exécution du contrat, celui-ci ne pouvant être modifié que de commun accord.

b) Actions en cessation

Des dispositions législatives récentes confient aux juridictions du travail des pouvoirs qui dépassent le cadre du contrat, faisant prévaloir des valeurs supérieures sur la volonté commune ou unilatérale des parties:

- la législation sur le harcèlement sexuel et moral prévoit que la juridiction peut « intimer l'ordre à celui qui se rend coupable de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail, ainsi qu'à l'employeur, d'y mettre fin dans le délai qu'elle fixe »;
- la loi du 25 février 2003 (aujourd'hui remplacée par la loi du 10 mai 2007⁶⁵) et la loi du 7 mai 1999 (aujourd'hui remplacée par la loi du 10 mai 2007⁶⁶) ont instauré une action en cessation en vue de mettre fin à la discrimination que le juge constate.

⁶⁰ Trib. trav. Bruxelles (ref.), 8 sept. 2000, *Chron.D.S.*, 2006, p. 42.

⁶¹ Trib. trav. Bruxelles (ref.), 18 janv. 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 85.

⁶² Trib. trav. Bruxelles (ref.), 11 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 380.

⁶³ Ainsi, statuant en référés, le juge ne peut prononcer la nullité d'une modification de fonction, ce qui constituerait une mesure définitive (Trib. trav. Bruxelles (ref.), 21 janv. 2003, *Chron. D.S.*, 2006, p. 44).

⁶⁴ V. VANNES, « Le juge des référés et le respect des droits évidents des travailleurs », *J.T.T.*, 1999, p. 270.

⁶⁵ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certains formes de discrimination.

⁶⁶ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les hommes et les femmes.

Dans les deux cas, il ne s'agit plus de veiller au respect du contrat. Ces législations invitent le juge à entrer dans l'entreprise et à s'intéresser à la manière dont concrètement les relations de travail sont organisées et vécues. En matière de discrimination, le juge peut être amené à contrôler les actes organisant les relations de travail (contrat, règlement de travail, notes de service, licenciement, ...) ou les comportements dans l'entreprise (refus d'embauche, sélection du personnel, affectations, ...). En matière de harcèlement, il est généralement saisi d'un ensemble assez informel de relations humaines vécues dans l'entreprise.

La première question est dès lors de savoir jusqu'où le juge peut aller dans l'exercice de ce pouvoir.

Par ailleurs, si l'intervention du juge est admise, l'efficacité de sa décision est problématique.

Action en cessation et pouvoir de rompre

Il est généralement soutenu que, même s'il constate une discrimination, le juge ne peut faire obstacle au pouvoir de rompre⁶⁷. La Cour de cassation a statué en ce sens, sur la base de la loi du 4 août 1978 (égalité hommes-femmes)⁶⁸.

Plusieurs auteurs ont montré, sur la base des travaux parlementaires de la loi du 7 mai 1999 (égalité hommes-femmes), que le législateur a entendu clairement confier au juge le pouvoir d'ordonner le retrait d'un licenciement discriminatoire⁶⁹.

On peut se demander en effet si le principe du pouvoir de rompre peut encore être posé comme un absolu⁷⁰ au regard de la législation sur la discrimination.

La liberté de contracter et de mettre fin au contrat est inlassablement répétée par les juristes comme un précepte indiscutable. La loi sur la discrimination pourrait peut-être inviter à une remise en question. En effet, l'objet même de cette législation n'est-il pas d'empêcher les excès de la liberté individuelle et de limiter l'autonomie de la volonté lorsque celle-ci est exercée de manière discriminatoire?

La loi donne au juge un double pouvoir: celui de constater une discrimination et celui d'y mettre fin. Il peut, à cet effet, donner une injonction, positive ou négative, au contrevenant⁷¹. Lorsque le juge déclare qu'un licenciement est discriminatoire, au sens de la loi, il ne fait pas obstacle au pouvoir de rompre. Peut-il aller plus loin? Si, après ce constat de discrimination, le juge rejette la demande visant à mettre fin à la discrimination, il ne répond pas au vœu de la loi. S'il consi-

⁶⁷ D. CUYPERS, « Het injunctie recht staande de arbeidsovereenkomst » in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGHEM, *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Intersentia, p. 35, n°17; voir également la doctrine citée par l'auteur; dans le même sens: S. DEMEESTERE, « De stakingsprocedure op grond van de antidiscriminatie wet in de praktijk », *Oriëntatie*, 2007, p. 128.

⁶⁸ Cass. 20 juin 1988, *Chron. D.S.*, 1988, p. 345.

⁶⁹ J. JACQMAIN, « Une nouvelle loi sur l'égalité de traitement entre travailleurs féminins et masculins », *Chron. D.S.*, 2000, p. 115; K. SALOMEZ, « De rechtspositie van de ontslagmacht », *op. cit.*, n° 10.

⁷⁰ Voir ci-dessus, II, 2.

⁷¹ S. DEMEESTERE, *op. cit.*, n° 6.

dère que l'acte de rupture est définitif et ne peut être sanctionné que par des dommages-intérêts, il ne met pas fin à la discrimination. Il en prend acte et la laisse persister.

Compte tenu de la législation sur la discrimination, la théorie du pouvoir absolu de rompre ne contraint-elle pas désormais le juge à des contorsions juridiques, voire à des incohérences? Un arrêt rendu le 6 avril 1997 par la Cour du travail de Bruxelles en est peut-être une illustration⁷². L'arrêt reconnaît qu'une travailleuse, déléguée syndicale, dont le contrat a été rompu a été victime d'une discrimination interdite puisque fondée sur ses activités syndicales. D'une part, il ordonne à l'employeur de mettre fin à la discrimination. Mais d'autre part, l'arrêt confirme le pouvoir de rompre de l'employeur. Les deux conclusions s'entrechoquent, se court-circuitent.

La jurisprudence ne devrait-elle pas s'engager dans l'exercice effectif des pouvoirs que le législateur lui a confiés? L'on peut en effet se demander si, en s'arc-boutant sur le pouvoir de rompre, comme principe absolu, la jurisprudence ne risque pas d'annihiler l'effectivité de la décision judiciaire et de ne lui conférer qu'une portée symbolique⁷³.

Efficacité de la décision judiciaire

Il est un domaine où les juges saisis en cessation devront déployer leur créativité à l'avenir: celui de la **détermination de l'objet même de la cessation**.

Ainsi, la portée réelle d'une décision par laquelle le tribunal n'ordonne rien d'autre à une personne que de « mettre fin au harcèlement » est quasiment nulle. Le dispositif de ce jugement est beaucoup trop vague. Il n'est pas possible d'en assurer l'exécution forcée. Par nature, le harcèlement est fait d'une accumulation de petits actes, de paroles, de comportement insidieux. Il est donc quasiment impossible de déterminer si l'auteur du harcèlement y a « mis fin » ou, à tout le moins, cela implique une nouvelle appréciation de la situation. On n'imagine pas qu'un huissier chargé de l'exécution (ou même le juge des saisies) apprécie si oui ou non, de manière générale, le harcèlement a pris fin.

Il en va de même en matière de discrimination⁷⁴.

Les juges devraient dès lors veiller à ce que leur décision mentionnent des mesures précises à prendre ou un comportement précis à adopter. L'indication de ces mesures précises est contenue dans leur pouvoir, même si celles-ci ne sont pas expressément demandées.

L'on peut ainsi transposer la jurisprudence de la Cour de cassation dans le contentieux des pratiques commerciales. La Cour⁷⁵ a jugé que

⁷² C. trav. Bruxelles, 6 avr. 2007, *Chron. D.S.*, 2008, p. 15, *J.T.T.*, 2007, p. 348, note K. SALOMEZ « Beperving aan het ontsalgmacht of aan de objectivering van de beëindiging-swil ? ».

⁷³ Voy. la note critique de J. BUELENS, sous cet arrêt, *Chron. D.S.*, 2008, p. 20.

⁷⁴ Voy. Trib. trav. Bruxelles (réf.), 30 nov. 2006, *Chron. D.S.*, 2008, p. 24; Trib. trav. Gand, (réf.), 26 mars 2007, *Chron. D.S.*, 2008, p. 28.

« (...) le juge qui, en vertu de l'article 95 de la loi du 14 juillet 1991, ordonne la cessation d'un comportement contraire aux dispositions de cette loi peut contraindre son auteur à accomplir les actes nécessaires à la cessation de ce comportement;

(...) en condamnant la demanderesse à faire l'offre précitée⁷⁶ l'arrêt n'excède pas la compétence légalement attribuée au juge de la cessation;

(...) ce faisant, il ne modifie pas l'objet de la demande et ne donne pas des écrits de procédure de la défenderesse une interprétation inconciliable avec leurs termes. »

Il faut en déduire que, moyennant le respect des droits de la défense,

- dans le cadre d'une action en cessation, l'objet de la demande vise non pas uniquement à constater un acte illégal, mais aussi à prendre des mesures pour que celui-ci cesse;
- le juge reste dans les limites de cet objet lorsque, après avoir constaté l'illégalité, il ordonne des mesures, même non demandées.

V. Conclusion

L'examen de la « créativité » judiciaire pose toujours la question des limites: jusqu'où le juge peut-il aller dans l'invention de normes nouvelles? A partir de quand dépasse-t-il les bornes de son pouvoir?

Cette interrogation ne reçoit plus aujourd'hui de réponse péremptoire.

Certes, dans beaucoup de cas, le juge applique simplement le texte légal à la situation dont il est saisi.

Mais il adapte aussi les règles à l'évolution des esprits et des pratiques. Il les corrige lorsque la solution auxquelles elles aboutiraient serait exagérément inique.

Assez curieusement, la jurisprudence des juridictions sociales s'est montrée tantôt innovatrice, tantôt extrêmement prudente, parfois contre la volonté du législateur lui-même. Peut-être devra-t-elle s'interroger sur la pertinence de principes bien établis au regard de l'évolution législative récente.

⁷⁵ Cass. 23 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 501. Dans le cas d'espèce, le demandeur en cessation s'était borné à demander au juge du fond de constater que la partie adverse commettait un acte contraire aux usages honnêtes. La Cour d'appel avait constaté l'existence de tels actes et avait ordonné des mesures. En cassation, la société condamnée reprochait à la Cour:

- la violation du principe dispositif, puisque ces mesures n'avaient pas été comme telles demandées;
- la violation des droits de la défense puisque la société n'avait pas pu s'expliquer sur la mesure ordonnée.

⁷⁶ L'arrêt fait injonction à une société de mettre fin à une pratique commerciale en communiquant à l'autre partie son offre d'accès, « laquelle doit préciser sur quelle base les prix proposés sont calculés et ce, sous peine d'une astreinte de 100.000 euros ».