



Vendredi 7 mai 2010 – Epernay

Conférence-débat

« L'audition préalable et la motivation du congé : un élément vers une harmonisation des statuts ouvrier / employé »

Laurent DEAR, Avocat, Assistant à l'ULB et administrateur de l'AJPDS

Répliques et positions des partenaires sociaux : **Dominique COULON**, Senior Officer Social Affairs Febelfin et Président de l'AJPDS et **Olivier VALENTIN**, Conseiller général CGSLB et Secrétaire de l'AJPDS

Documentation

L. DEAR, "La distinction employé ouvrier a t'elle encore un sens", Chr. D.S., 2009, pp. 353 à 357.

L. DEAR, "L'audition préalable et la motivation du congé", in Le licenciement abusif, Actes du Colloque organisé par la Conférence du jeune barreau de Charleroi le 6 mars 2009, Anthémis, 2009, pp. 93 à 124.

La distinction employé-ouvrier a t'elle encore un sens ?

Dans un arrêt du 4 juin 2008, la Cour du travail d'Anvers a requalifié un contrat de travail d'ouvrier - conclu en 1964 - en un contrat de travail d'employé, et ce à partir de 1966 au motif que les fonctions du travailleur ont acquis, à cette date, un caractère essentiellement intellectuel¹.

En l'espèce, un travailleur engagé en qualité d'ouvrier réclamait l'octroi du régime de pension complémentaire suivant les dispositions fixées au règlement de pension pour employé applicable dans l'entreprise.

Après avoir souligné que le caractère prépondérant - manuel ou intellectuel - des fonctions qui distingue l'ouvrier de l'employé est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge, la Cour a fait largement droit à la demande de l'ouvrier.

Ce faisant, elle ne s'est pas prononcée sur la différence de traitement que contient la distinction entre ces deux catégories de travailleurs.

L'arrêt de la Cour du travail d'Anvers est, donc, l'occasion d'examiner la pertinence de la distinction opérée.

Introduction

1. – Les articles 2 et 3 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail distinguent les ouvriers des employés. Au sens de ces articles, les premiers fournissent un travail principalement manuel tandis que les seconds fournissent un travail principalement intellectuel².

La situation juridique des uns et des autres diffère à bien des égards³ ; On songe notamment au chômage économique qui peut frapper l'ouvrier mais dont ne bénéficie pas l'employé⁴, au jour de carence qui entraîne la perte de salaire de la première journée de maladie d'un ouvrier⁵, à la durée de la période d'essai⁶ à la prise de cours des délais de préavis en cas de licenciement⁷ ou à leurs durée.

C'est cette dernière différence de traitement qui fait l'objet de notre contribution.

2. - L'ouvrier bénéficie de délais de préavis nettement plus courts que ceux dont bénéficient les employés.

¹ C.T. Anvers, 4 juin 2008, R.D.S., 2008, pp. 438 à 452 et note Y. STEVENS.

² L'article 2 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que : « Le contrat de travail d'ouvrier est le contrat par lequel un travailleur, l'ouvrier, s'engage contre rémunération à fournir un travail principalement d'ordre manuel sous l'autorité d'un employeur ». L'article 3 de la loi dispose que : « Le contrat de travail d'employé est le contrat par lequel un travailleur, l'employé, s'engage contre rémunération à fournir un travail principalement d'ordre intellectuel sous l'autorité d'un employeur ».

³ Voy. Th. CLAEYS, Obs. Sous C.T. Bruxelles, 22 février 1972, J.T.T., 1973, p. 92.

⁴ Article 51 de la loi du 3 juillet 1978.

⁵ Article 52 de la loi du 3 juillet 1978.

⁶ Concernant l'ouvrier, l'article 48 § 2 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que : « la période d'essai ne peut être inférieure à sept ni supérieure à quatorze jours ». Concernant l'employé, l'article 67 § 2 précise que : « la période d'essai ne peut être inférieure à un mois. Elle ne peut être supérieure respectivement à six mois ou douze mois selon que la rémunération annuelle ne dépasse pas ou dépasse 35.638€ (montant au 1^{er} janvier 2009). On est en droit de se demander si un délai de 14 jours est suffisant pour apprécier la qualité du travail que l'on attend de la personne nouvellement engagée.

⁷ Le lundi qui suit le congé pour les ouvriers (article 59 de la loi du 3 juillet 1978), le 1^{er} jour du mois qui suit pour les employés (article 82 de la loi du 3 juillet 1978).

L'article 59 de la loi du 3 juillet 1978 fixe le délai de préavis des ouvriers à 28 jours. Ce délai est doublé lorsqu'il s'agit d'ouvriers demeurés sans interruption au service de la même entreprise pendant au moins vingt ans. La Convention collective de travail n° 75 du 20 décembre 1999 relative aux délais de préavis des ouvriers a majoré les délais de préavis de façon progressive jusqu'à 112 jours pour les ouvriers qui comptent 20 ans d'ancienneté et plus dans l'entreprise⁸.

L'employé jouit d'une situation privilégiée par rapport à celle de l'ouvrier en cas de licenciement.

L'article 82 § 2 de la loi précitée fixe le délai de préavis pour les employés qui gagnent moins de 29.729€ par an⁹ à un délai de préavis dit « minimum légal » soit trois mois par période de cinq ans d'ancienneté entamée. Ce mode de calcul concerne les employés dits « inférieurs ». Pour les employés dont la rémunération excède ce seuil, la loi fixe le délai de préavis, dit « préavis convenable », par l'accord des parties, conclu, au plus tôt au moment où le congé est donné et, à défaut, par le juge. Ce délai concerne les employés dits « supérieurs ». La loi ne fixe pas de plafonds. Elle se contente de préciser que le préavis convenable ne peut être inférieur au préavis minimum légal.

Cette différence de traitement est source de discrimination¹⁰.

3. –La différence de préavis n'a pas échappé au législateur qui a entendu compenser la durée des préavis des ouvriers par rapport à ceux des employés en leur octroyant, par l'adoption de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, une plus grande stabilité d'emploi¹¹.

En effet, l'article 63 a introduit en faveur des ouvriers une limitation du droit de licencier¹². La volonté du législateur était de trouver un correctif, historique, aux délais de préavis plus longs des employés¹³.

Ce texte subordonne le droit de l'employeur de mettre fin au contrat de travail d'un ouvrier engagé pour une durée indéterminée à l'existence d'un motif « valable » lié à sa conduite, à son aptitude ou aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise ou du service¹⁴. Le licenciement notifié en violation de ce texte est irrégulier ou

⁸ Aux termes de l'article 2 de la CCT n° 75, Lorsque le congé est donné par l'employeur, le délai de préavis à observer lors de la cessation du contrat de travail d'ouvrier est fixé, par dérogation aux dispositions de l'article 59 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, à : 35 jours pour les ouvriers qui comptent de 6 mois à moins de 5 ans d'ancienneté dans l'entreprise ; 42 jours pour les ouvriers qui comptent de 5 ans à moins de 10 ans d'ancienneté dans l'entreprise ; 56 jours pour les ouvriers qui comptent de 10 ans à moins de 15 ans d'ancienneté dans l'entreprise ; 84 jours pour les ouvriers qui comptent de 15 ans à moins de 20 ans d'ancienneté dans l'entreprise ; 112 jours pour les ouvriers qui comptent 20 ans d'ancienneté et plus dans l'entreprise. La légalité de cette C.C.T. est contestée par certains. A ce sujet, L. PELTZER et S. VAN WASSENHOVE, « Illégalité de la convention collective de travail n° 75 relative aux délais de préavis des ouvriers », Chr. D.S., 2001, pp. 7 à 11.

⁹ Montant au 1er janvier 2009. Ce montant est actualisé chaque année. Il était égal à 28.580€ au 1^{er} janvier 2008.

¹⁰ On sait que le délai de préavis correspond au temps théoriquement nécessaire pour retrouver un nouvel emploi. Or, il est faux de prétendre qu'un ouvrier retrouve plus rapidement un travail qu'un employé. De même, il est faux de prétendre pour un employé que plus la rémunération est élevée plus les difficultés de retrouver un nouvel emploi sont élevées. Au contraire, souvent un employé exerçant des fonctions de direction trouve plus rapidement un emploi qu'un employé subalterne. A ce sujet, voy. C. WANTIEZ, « Ce qui devrait changer en droit social : de la durée du préavis et de certaines protections », J.T., 2000, p. 32.

¹¹ J. CLESSE, « Le contrôle des motifs du licenciement et le licenciement abusif des employés », in *Le licenciement abusif*, Actes du Colloque organisé par la Conférence du Jeune Barreau de Charleroi le 6 mars 2009, Anthémis, 2009, pp. 20-21 ; B. PATERNOSTRE et Fr. VERBRUGGE, « Humeurs vagabondes », *Orientations*, juin 2008, p. 24 ; Conclusions de l'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^{ième} éd., 1997-1998, Presses Universitaires de Bruxelles, pp. 15 et 16 ; C.T. Bruxelles, 7 avril 2009, R.G., n° 50.636 ; T.T. Nivelles, 7 février 2006, Chr. D.S., 2008, p. 264 ; T.T. Bruxelles, 5 mars 1990, J.T.T., 1990, p. 414 ; C.T. Bruxelles, 4 mai 1981, Chr. D.S., 1981, p. 180.

¹² L'article 63 reproduit partiellement l'article 24^{ter} introduit en 1969 dans la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail.

¹³ S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? », *Orientations*, mai 2006, p. 7.

¹⁴ V. VANNES, « Plaidoyer pour le contrôle de proportionnalité entre la conduite fautive du travailleur et le licenciement qui en résulte », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre

« abusif » selon le texte de loi¹⁵. Il est sanctionné par l'octroi d'une indemnité forfaitaire équivalente à 6 mois de rémunération¹⁶.

4. – La question est de savoir si la volonté du législateur d'atténuer la différence de traitement entre les catégories de travailleurs que sont l'employé et l'ouvrier par l'adoption de l'article 63 est atteinte pour l'ouvrier, à *fortiori* s'il compte une importante ancienneté. Elle est, à *contrario*, de savoir si elle ne crée pas une protection de l'ouvrier au détriment de l'employé de faible ancienneté ?

Ces questions font l'objet des lignes qui suivent.

1 – La discrimination au détriment de l'ouvrier

5. – La différence de traitement en matière de préavis entre l'ouvrier et l'employé est discriminatoire¹⁷. Plus l'ancienneté croît, plus cette discrimination apparaît évidente.

Ainsi, un ouvrier comptant dix ans d'ancienneté ne pourra obtenir que 56 jours de préavis alors que, dans les mêmes conditions, l'employé obtiendra un préavis minimum légal de 9 mois ou un préavis convenable de 10, 11, 12 mois ou plus, selon l'appréciation par le juge du préavis convenable¹⁸. L'indemnité forfaitaire de 6 mois en cas de licenciement « abusif » de l'ouvrier n'est pas de nature à compenser la différence de traitement subie en matière de préavis.

BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, pp. 459 à 499 ; L. DEAR, « Le licenciement abusif de l'ouvrier : les conséquences absurdes de l'application mécanique de l'article 63 et le recours à la théorie civiliste de l'abus de droit », Exposé fait à l'A.J.P.D.S., le 17 avril 2008, www.ajpds.be, 16 pages ; T.T. Nivelles, 9 janvier 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 422, confirmé par C.T. Bruxelles, 30 avril 2007, *inédit*, R.G., n° 45.158 ; C.T. Bruxelles, 14 avril 2008, *Chr. D.S.*, 2009, p. 46.

¹⁵ A ce sujet, Ch. E. CLESSE, « Le licenciement abusif », *Etudes pratiques de droit social*, Kluwer, 2005, 251 pages ; L. DEAR, « Le licenciement de l'ouvrier au regard de la théorie civiliste de l'abus de droit », *Orientations*, décembre 2007, p. 18 ; Soulignons que contrairement à son libellé, l'article 63 instaure une interdiction de licencier et non une présomption de licenciement abusif. Le législateur a en effet limité l'exercice du droit de licencier l'ouvrier en précisant les conditions dans lesquelles ce droit peut être exercé. Le dépassement de ces limites constitue une illégalité. On a agi sans droit ce qui est fort différent de l'usage abusif d'un droit. (Voy. A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », *R.C.J.B.*, 1972, p. 216 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quels droits ? », *J.T.*, 1990, pp. 39-40 et la note 124) ; Ainsi le licenciement est irrégulier s'il est motivé par la circonstance envisagée par l'article 63. Cette disposition n'interfère en rien sur la notion d'abus de droit au sens de la théorie civile qui reste entière et doit s'appliquer indifféremment à l'ouvrier ou à l'employé ; Dans ce sens voy. G. DEMEZ, « Droit au travail et motivation du licenciement », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 159 ; Le licenciement qu'il soit régulier ou irrégulier au regard de l'article 63 peut être abusif en application du droit commun (D. DENIS, « Motivation du licenciement et licenciement abusif », *R.D.S.*, 1989, p. 95 et réf. citées ; L. DEAR, « Le licenciement abusif de l'ouvrier : les conséquences absurdes de l'application mécanique de l'article 63 et le recours à la théorie civiliste de l'abus de droit », Exposé fait à l'A.J.P.D.S. le 17 avril 2008, www.ajpds.be) ;

¹⁶ Relevons que l'article 63 qui a pour vocation d'atténuer la différence de traitement entre l'ouvrier et l'employé en matière de préavis exclut le cumul entre l'indemnité de licenciement « abusif » qu'il consacre et l'indemnité de protection de la femme enceinte. Or, une employée enceinte licenciée au mépris de la protection dont elle bénéficie peut cumuler ladite indemnité de protection avec son indemnité de préavis – plus longue que celle de l'ouvrier, différence de traitement que l'adoption de l'article 63 avait précisément pour objet de compenser. N'existe t'il pas là une nouvelle forme de discrimination ?

¹⁷ Voy. F. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 346 ; L. DEAR, « Le licenciement abusif de l'ouvrier : les conséquences absurdes de l'application mécanique de l'article 63 et le recours à la théorie civiliste de l'abus de droit », Exposé fait à l'A.J.P.D.S. le 17 avril 2008, www.ajpds.be ; J.-Fr. FUNCK, « Le rôle créateur du juge », *Orientations*, juin 2008, p. 36.

¹⁸ On peut multiplier les exemples. Après 20 ans d'ancienneté, le préavis de l'ouvrier est fixé à 112 jours, soit moins de 4 mois (article 59 de la loi du 3 juillet 1978), tandis que celui de l'employé est au minimum de 15 mois (article 82).

6. - La matière de la durée du préavis doit être distinguée de celle concernant la protection contre le licenciement dit « abusif » parce qu'il ne répond pas aux motifs de licenciement visés par l'article 63. Et ce, d'autant plus, que suivant l'opinion défendue par certains auteurs, de nombreux juges admettent que le moindre lien, fut-il futile, entre une conduite et le licenciement qui y fait suite justifie celui-ci et fait échec à l'octroi de l'indemnité spécifique de protection¹⁹.

Br.-H. Vincent souligne que l'extrême brièveté des préavis des ouvriers s'explique « pour des raisons d'ordre culturel et sociologique. Mais, sans doute, aussi parce que la réflexion de l'époque se faisait à la lumière d'un contexte économique dans lequel l'ouvrier était d'abord l'outil de production qui devait s'incliner devant le principe économique et, bien sûr, devant celui de l'autorité patronale »²⁰. Or, et comme l'a souligné à juste titre le tribunal du travail de Mons dans un jugement du 19 décembre 2005 : « il y a lieu de ne pas perdre de vue l'évolution des dimensions techniques, culturelles et sociales mais, également, sociologiques, l'employé n'étant plus, comme au début du siècle, l'homme de confiance ou le collaborateur privilégié de l'employeur, cette place étant, à présent occupée par les cadres »²¹.

7. - L'évolution des techniques de production observées ces dernières décennies a profondément modifié le monde du travail²². La société de la connaissance et de l'information du vingt-et-unième siècle ne permet, pratiquement, plus de distinguer le travail manuel du travail intellectuel et toutes les tâches requièrent un certain degré d'intellectualisation.

L'évolution de la technologie et des techniques de production impose à l'ouvrier, classique, d'associer « travail manuel » et « travail intellectuel »²³. Cette opinion est celle de M. Jamouille qui souligne que : « toute activité humaine nécessite l'intervention conjointe et combinée de l'esprit et du corps »²⁴. Comme le relevait, déjà, le tribunal du travail de Bruxelles dans un jugement du 15 avril 1982, tout travail d'ordre manuel de l'ouvrier spécialisé met en jeu des connaissances essentiellement intellectuelles lesquelles trouvent leur application par l'usage des mains²⁵.

Pour ne prendre qu'un exemple, l'ouvrier imprimeur, qui maniait des caractères en plomb, a fait place à un ouvrier qui utilise l'informatique. De même, il est absurde que celui qui se sert d'une machine à polycopier soit habituellement considéré comme un employé alors qu'un travailleur qualifié en électricité, mécanique ou machines électroniques et informatique reste un ouvrier²⁶.

Si la différence de préavis entre l'ouvrier et l'employé pouvait, éventuellement, se justifier à l'époque de l'adoption des dispositions en cause²⁷ ; en revanche, la distinction employé-ouvrier apparaît, actuellement, de plus en plus contestable²⁸. Elle est, particulièrement, artificielle dans une économie moderne et elle doit, à notre avis, disparaître²⁹.

¹⁹ C. WANTIEZ, « Licenciement abusif – Article 63 de la L.C.T. – Licenciement lié à la conduite ou à l'aptitude de l'ouvrier – Règle de proportionnalité – Non requise – Caractère supplétif de l'article 63 », J.T.T., 2001, p. 408 ; Ch.-E. CLESSE, « Le licenciement abusif », Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 36 ; C.T. Liège, 9 janvier 2008, J.L.M.B., 2008, p. 384 ; C.T. Liège, 14 novembre 2007, J.T.T., 2008, p. 62 ; C.T. Anvers, 19 décembre 2005, J.T.T., 2006, p. 133 ; C.T. Bruxelles, 14 novembre 2005, Chr. D.S., 2006, p. 180 ; C.T. Bruxelles, 18 mars 2002, J.T.T., 2002, p. 339 ; Pour une critique de ces décisions, voy. V. VANNES et L. DEAR, « La rupture du contrat de travail au regard de la théorie de l'abus de droit », Bruylant, 2009, à paraître.

²⁰ Br.-H. VINCENT, « Et l'indemnité de licenciement abusif de l'ouvrier ? », *Orientations*, mai 2002, pp. 106 à 123.

²¹ T.T. Mons, 19 décembre 2005, Chr. D.S., 2007, p. 235.

²² X. HEYDEN, « Le critère de distinction entre ouvriers et employés dans la loi du 3 juillet 1978 », J.T.T., 1993, p. 18.

²³ L. SELS, « Op weg naar een eenheidsstatuut? », essai scientifique à la demande du Vlaams Economisch Verbond, K.U. Leuven, 2001 ; M. DE VOS, « L'ouvrier intellectuel », L'écho, 3 septembre 2008, p. 14.

²⁴ M. JAMOUILLE, « Le contrat de travail », T. I, 1982, p. 229, cité in C.T. Bruxelles, 20 décembre 1990, Chr. D.S., 1991, p. 183.

²⁵ T.T. Bruxelles, 15 avril 1982, J.T.T., 1984, p. 67.

²⁶ C.T. Bruxelles, 25 mai 1989, *Rev. dr. soc.*, 1989, p. 358.

²⁷ La distinction trouve son origine dans la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail.

²⁸ C. WANTIEZ, « Ce qui devrait changer en droit social : de la durée du préavis et de certaines protections », J.T., 2000, p. 32 ; C. ENGELS, « Het onderscheid werkmán/bediende een ongrondwettige discriminatie in

8. - La distinction opérée entre les ouvriers et les employés constitue un vestige du début de l'ère industrielle, lorsque l'ouvrier n'était pas encore censé réfléchir et était considéré comme un exécutant arriéré et illettré. Aux temps des Cockerill cette différence était une évidence. Dans notre économie de services postindustrielle et hautement technologique c'est un sophisme³⁰. Cette vision, qui constitue le fondement de la distinction est carrément insultante pour plus de la moitié des travailleurs du secteur privé³¹. En retenant le seul critère de l'intellectualité du travail presté, le législateur a utilisé un processus réducteur de la réalité sociale³².

Outre qu'elle est obsolète, cette distinction est discriminatoire. Elle viole l'article 26 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques signé à New-York le 16 décembre 1966 aux termes duquel : « *toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi* ».

9. - Pourtant, dans un arrêt du 8 juillet 1993, après avoir relevé qu'il serait injustifié d'instituer aujourd'hui une telle distinction, la Cour constitutionnelle a considéré qu'il n'existait aucune discrimination, l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 octroyant une plus grande stabilité d'emploi aux ouvriers³³.

La Cour a relevé que la distinction entre ouvriers et employés concernant les délais de préavis à respecter lors de la rupture du contrat de travail remonte au début du siècle. A son estime, le législateur a établi une différence de traitement en fonction d'un critère qui pourrait difficilement justifier de manière objective et raisonnable qu'elle fût instaurée aujourd'hui mais qui trouve sa justification compte tenu des mentalités régnant alors dans les situations économiques et sociales nettement différentes qui caractérisaient les catégories respectives.

Elle a souligné que l'adoption de l'article 63 impliquant une motivation a posteriori du licenciement et le contrôle judiciaire de ces motifs en cas de contestation contribue efficacement à assurer une meilleure stabilité de l'emploi. Elle considère que le législateur a pris une mesure qui est conforme à son objectif de rapprochement des statuts des ouvriers et des employés en préférant une harmonisation progressive à une brusque suppression de la distinction de ces catégories professionnelles, spécialement dans une matière où les normes peuvent évoluer grâce à la négociation collective.

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'article 63 conférant une protection aux ouvriers en contrepartie du régime moins favorable des délais de préavis³⁴. Elle considère que le processus d'effacement de l'inégalité, entamé depuis des décennies, ne peut être que progressif et que l'un des buts poursuivis par l'article 63 est de résorber les différences importantes quant à la durée des délais de préavis à observer en cas de licenciement³⁵.

strijd met de artikelen 6 en 6bis van de Belgische Grondwet", R.W., 1991-1992, pp. 729 à 742 ; O. VANACHTER, "Ouvrier bénéficiant d'un statut d'employé", Orientations, 1983, p. 229 ; C.T. Liège, 13 juillet 1999, J.T.T., 2000, p. 164 ; T.T. Charleroi, 20 juin 2005, Chr. D.S., 2009, p. 58 ; T.T. Liège, 9 février 1990, inédit, R.G., n° 173.358/88.

²⁹ En ce sens, voy. M. WESTRADE, "Le statut unique: à Pâques ou à la Trinité", note sous C.T. Anvers, 4 juin 2008, J.L.M.B., 2008, pp. 1527 à 1529 ; S. GILSON, « Le blues du parachute », Bull. soc. et jur., décembre 2008, p. 1 ; M. SIMON, « Arbeiders en bedienden : de getolereerde discriminatie », in CLAEYS & ENGELS (dir.) *La loi du 3 juillet 1978 30 ans après ... vues sous un angle différent*, Larcier, 2008, pp. 1 à 12 ; P. PALSTERMAN, « Le contrat de travail – Permanences et évolutions », *Orientations*, juin 2008, p. 5 ; Th. CLAEYS, « Préavis à la carte ? », *J.T.T.*, 2008, p. 109 ;

³⁰ M. DE VOS, « L'ouvrier intellectuel », *L'écho*, 3 septembre 2008, p. 14.

³¹ Extrait de la proposition de loi du 1^{er} octobre 2008 instaurant un statut unique pour les travailleurs salariés, *Doc. Parl.*, Sénat, session 2007-2008, 4-933/1.

³² C.T. Bruxelles, 20 décembre 1990, Chr. D.S., 1991, p. 183.

³³ C.A., 8 juillet 1993, *J.T.*, 1993, p. 598 ; J.T.T., 1993, p. 389 et Obs. X. HEYDEN, « A propos des différents délais de préavis fixés par les articles 59 et 82 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Les non-dits de la Cour d'arbitrage ».

³⁴ Dans ce sens, voy. T.T. Nivelles, 7 février 2006, Chr. D.S., 2008, p. 264.

³⁵ A ce sujet voy. J. CLESSE et F. KEFER, « Examen de jurisprudence : 1995 à 2001 Contrat de travail », R.C.J.B., 2003, p. 236.

A l'inverse d'autres Cour constitutionnelles, elle n'a pas eu le courage de condamner la persistance de la distinction historique³⁶.

10. - Les considérations émises par la Cour constitutionnelle en 1993 ne peuvent plus être retenues.

D'une part, son raisonnement a pour effet de justifier une inégalité par une autre. Or, et comme l'a souligné à juste titre J. Jacquain, « une discrimination ne peut en justifier une autre »³⁷. D'autre part l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la conduite³⁸ ou à l'aptitude de l'ouvrier³⁹ fragilise considérablement la protection instaurée par l'article 63.

Enfin, dans l'hypothèse d'un licenciement fondé sur les nécessités économiques de l'entreprise, l'ouvrier ne bénéficie pas de la protection instaurée par l'article 63⁴⁰. Or, l'employé licencié en raison des mêmes nécessités économiques bénéficie d'un délai de préavis plus long. A notre connaissance, la Cour Constitutionnelle n'a jamais été saisie d'une telle question et il serait bon que les plaideurs songent à libeller une question préjudicielle en ce sens.

11. - Le fossé qui sépare les ouvriers et les employés est un véritable ravin sans fond⁴¹. C'est un héritage du 19^{ème} siècle que nous traînons là⁴². Or, le poids de l'histoire invoqué par la Cour constitutionnelle ne suffit plus à justifier la discrimination. Il doit à 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 présent⁴³.

En 1976, lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour du travail de Liège, Monsieur l'avocat général G. Kreit dénonçait la distinction employé-ouvrier que certains estimaient, déjà, archaïque et inadéquate⁴⁴. En 1993, X. Heyden soulignait que cette distinction trouve son fondement dans le contexte socio-économique du début du siècle - désormais du siècle dernier - mais ne paraît plus avoir aucune raison d'être eu égard à l'évolution sociale et technique de ces dernières décennies. Il invitait le législateur à prendre conscience non pas de la nécessité d'une réforme, mais de son urgence⁴⁵. En 2000, C. Wantiez invitait le législateur à harmoniser le régime des préavis de l'ensemble des salariés⁴⁶. En 2003, Fr. Robert constatait que la différence de traitement reconnue et tolérée à l'époque par la Cour constitutionnelle est toujours maintenue⁴⁷. En 2005, le Ministre de l'Emploi et du Travail déclarait qu'un statut unique devait être mis sur pied⁴⁸.

³⁶ M. DE VOS, « De grondwettigheid van het onderscheid tussen arbeiders en bedienden : het arbitragehof volhardt in de boosheid », *R.W.*, 2001-2002, pp. 274-275, cité in M. DE VOS et J. KONINGS, « D'une sécurité de l'emploi vers une sécurité du travail sur le marché du travail belge », Anthémis, 2007, p. 23.

³⁷ J. JACQMAIN, Obs. sous, C.J.C.E., 11 mars 2003, *Chr. D.S.*, 2003, p. 465.

³⁸ Cass., 8 décembre 1986, *Pas.*, 1987, p. 428 ; Cass., 6 juin 1994, *Pas.*, p. 562 ; Cass., 22 janvier 1996, *Bull.*, p. 109 et *J.T.T.*, 1996, p. 236 et *J.L.M.B.*, 1996, p. 541 et *Chr. D.S.*, 1996, p. 336 ; Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 407 et note Cl. WANTIEZ ; Cass., 26 juin 2006, *inédit*, R.G., n° S050124F.

³⁹ Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117.

⁴⁰ Les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service étant expressément exclues du champ d'application de l'article 63.

⁴¹ M. DE VOS et J. KONINGS, « D'une sécurité de l'emploi vers une sécurité du travail sur le marché du travail belge », Anthémis, 2007, p. 37 ; M. SIMON, « Arbeiders en bedienden : de getolereerde discriminatie », in CLAEYS & ENGELS (dir.) *La loi du 3 juillet 1978 30 ans après ... vues sous un angle différent*, Larcier, 2008, pp. 1 à 12.

⁴² M. WESTRADE, « Le statut unique: à Pâques ou à la Trinité », note sous C.T. Anvers, 4 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1527 à 1529.

⁴³ Fr. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 350.

⁴⁴ G. KREIT, discours du 2 septembre 1976 « La distinction entre ouvrier et employé devant les cours et tribunaux du travail », in *La doctrine du judiciaire ou l'enseignement de la jurisprudence des juridictions du travail*, De Boeck, Larcier, 1998.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ C. WANTIEZ, « Ce qui devrait changer en droit social : de la durée du préavis et de certaines protections », *J.T.*, 2000, p. 32

⁴⁷ Fr. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 348.

⁴⁸ Questions et réponses parlementaires, CRABV 51 COM 509, 22 février 2005, p. 5-9, cité in M. WESTRADE, op. cit.

Partant du constat que plus de 15 ans après le 1^{er} arrêt de la Cour constitutionnelle la situation dénoncée n'a pas évoluée, on peut se demander avec B. Maingain « *qu'est ce qu'un délai raisonnable pour éliminer un traitement discriminatoire ?* »⁴⁹.

L'accord interprofessionnel pour la période allant du 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2006 prévoyait que le rapprochement entre le statut des ouvriers et celui des employés débouche, à terme, sur un nouveau statut commun. Une proposition de résolution déposée au Sénat le 1^{er} février 2006 visait à supprimer la distinction en relevant les incohérences juridiques des arrêts de la Cour d'arbitrage qui semble avoir adopté une solution de compromis⁵⁰. Une proposition de loi du 1^{er} octobre 2008 en appelle à l'élaboration d'urgence d'un statut unique en épinglant le caractère désuet, arbitraire, inacceptable et discriminatoire de la distinction entre ouvriers et employés qu'elle qualifie d'artificielle ou encore de simplification grotesque de la réalité sociale⁵¹. Enfin, dans sa note de politique générale du 4 novembre 2008, la ministre de l'emploi en appelle à l'objectivation des critères de distinction ou au statut unique⁵².

Or, à ce jour, aucune avancée significative n'est à constater.

12. - Dans l'attente d'une intervention législative, il est à espérer que les Cours et tribunaux, troisième pouvoir à côté du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, jouent leur rôle de partie prenante à l'évaluation et à l'évolution de la loi et interrogent la Cour constitutionnelle sur la discrimination résultant de la distinction opérée entre les ouvriers et les employés. En effet, il est loin d'être acquis que la réponse que la Cour constitutionnelle donnera à cette question sera similaire à celle donnée en 1993 et on peut raisonnablement penser que la Cour sera plutôt guidée par le souci de réaliser, enfin, l'égalité de traitement.

2 – La discrimination au détriment de l'employé

13. – Comme nous l'avons vu, à défaut pour l'employeur d'établir un motif valable lié aux exigences de l'article 63, le congé de l'ouvrier est irrégulier. Il donne lieu à l'octroi d'une indemnité forfaitaire fixée à 6 mois de rémunération.

L'employé, lui, ne bénéficie pas de l'article 63⁵³. Dans un arrêt du 21 juin 2001, la Cour constitutionnelle a relevé qu'il ne subit aucune discrimination car il bénéficie de délais de préavis plus longs⁵⁴.

Cependant, si l'employé bénéficie de délais de préavis plus long il peut également se voir imposer une clause d'essai plus longue⁵⁵. Or en période d'essai, il peut être licencié moyennant un préavis de 7 jours⁵⁶. Par ailleurs, après l'essai, l'employé inférior qui compte moins de 5 années d'ancienneté bénéficie d'un préavis minimum légal d'une durée de 3 mois.

⁴⁹ B. MAINGAIN, « Marché du travail, éthique et droit du licenciement », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 294.

⁵⁰ Proposition de résolution du 14 décembre 2005 relative au statut du travailleur salarié et supprimant la distinction entre ouvrier et employé.

⁵¹ Proposition de loi du 1^{er} octobre 2008 instaurant un statut unique pour les travailleurs salariés, *Doc. Parl.*, Sénat, session 2007-2008, 4-933/1.

⁵² Doc. parl. n° 52-1529/011, pp. 95-96 ; Voy. A. ROGER, *Bull. soc. et jur.*, janvier 2009, p. 6 ; Précisons que par soucis de modernisation et d'efficacité, le Luxembourg a mis fin à la distinction ouvriers-employés par la loi du 13 mai 2008 qui a introduit un statut unique pour les salariés avec effet au 1er janvier 2009.

⁵³ Cass., 5 septembre 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 457 et note P. JOASSART.

⁵⁴ C.A., 21 juin 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 405. La Cour a souligné que si le législateur a accordé aux ouvriers des avantages qu'il n'a pas accordés aux employés, il a eu pour objectif de rapprocher progressivement les niveaux de protection. A son estime, loin de créer une inégalité, le législateur, en matière de stabilité de l'emploi, n'a introduit une différence de traitement que dans le souci d'en compenser une autre, celle qui privilégie les employés quant aux délais de préavis.

⁵⁵ *Infra*, note 5.

⁵⁶ Article 81 de la loi du 3 juillet 1978.

Vendredi 7 mai 2010

Or, l'ouvrier licencié, même en période d'essai⁵⁷, pourra toujours revendiquer le bénéfice de l'article 63 et, en l'absence de motif valable – par exemple une simple appréciation défavorable en période d'essai –, réclamer l'indemnité forfaitaire de 6 mois.

N'existe-t-il pas là une autre forme de discrimination ? Au détriment de l'employé cette fois.

* * *
*

Conclusion

14. – A notre avis, pour atteindre l'objectif poursuivi par le législateur de réduire les différences entre employés et ouvriers et d'aboutir, enfin, à un traitement identique de ces deux catégories de travailleurs, il est indispensable de supprimer purement et simplement la distinction opérée par les articles 2 et 3 de la loi du 3 juillet 1978⁵⁸.

La réalisation d'un statut unique permettra non seulement de supprimer la discrimination relative à la durée respective des délais de préavis mais également de redynamiser le marché du travail en stimulant l'attrait des jeunes pour des métiers techniques en pénurie de main d'œuvre et pourtant délaissés en raison de l'image péjorative que véhicule le statut ouvrier⁵⁹.

Certes, notre position n'est pas partagée par tous.

Mais, comme le souligne avec raison Monsieur le juge P. Martens, « *faut-il qu'une innovation soit déjà généralisée pour pouvoir la réaliser ? A ce compte-là, on n'aurait pas encore aboli l'esclavage* »⁶⁰.

Laurent DEAR
Avocat au barreau de Nivelles
Assistant à l'U.L.B.

⁵⁷ Ch. BROUCKE, « La clause d'essai : chronique de jurisprudence (2000 – 2006) », Orientations, mai 2007, p. 26 ; M.-N. BORLEE, « Licenciement abusif des ouvriers : les dernières tendances se confirment », Licenciement et démission, lettre d'information, Kluwer, n° 10, 2006 ; G ; HELIN, « Liberté de donner congé, protection de certains salariés et licenciement abusif », Orientations, 1993, n° 3, p. 80 ; P. DENIS, « Droit du travail », Bruxelles, Larcier, 1992, p. 56 ; B. PATERNOSTRE, « Le droit de la rupture du contrat de travail », De Boeck, Bruxelles, 1990, p. 99 ; C.T. Anvers, 18 janvier 2006, Orientations, septembre 2006, p. 25 ; C.T. Bruxelles, 12 octobre 2004, Chr. D.S., 2005, p. 365 et note M. DUMONT ; C.T. Anvers, 21 septembre 1988, J.L.M.B., 1989, p. 1249 ; C.T. Liège, 20 octobre 1982, R.D.S., 1983, p. 111.

⁵⁸ Dans ce sens, voy. J. CLESSE, « Le contrôle des motifs du licenciement et le licenciement abusif des employés », in Le licenciement abusif, Actes du Colloque organisé par la Conférence du Jeune Barreau de Charleroi le 6 mars 2009, Anthémis, 2009, p. 45 ; J.-Fr. FUNCK, « Le rôle créateur du juge », Orientations, juin 2008, p. 36 ; Th. CLAEYS, « Préavis à la carte ? », J.T.T., 2008, p. 109 ; C. WANTIEZ, « Ce qui devrait changer en droit social : de la durée du préavis et de certaines protections », J.T., 2000, p. 32.

⁵⁹ M. DE VOS et J. KONINGS, « D'une sécurité de l'emploi vers une sécurité du travail sur le marché du travail belge », Anthémis, 2007, p. 25, n° 20 ; Trends-Tendance du 21 août 2008, p. 16 ; M. DE VOS, « L'ouvrier intellectuel », L'écho, 3 septembre 2008, p. 14.

⁶⁰ P. MARTENS, « Le droit peut-il se passer de Dieu », Presses Universitaires de Namur, 2007, p. 97.

Vendredi 7 mai 2010

L'AUDITION PREALABLE ET LA MOTIVATION DU CONGE

Laurent DEAR
Avocat au barreau de Nivelles (Dear Krzewinski Willez)
Assistant à l'U.L.B.

*« La difficulté de réussir ne fait qu'ajouter
à la nécessité d'entreprendre »⁶¹*

INTRODUCTION

L'étude porte sur la nécessité d'entendre le travailleur avant de le licencier et sur la motivation du congé.

Dans un premier chapitre, nous examinerons la problématique de la motivation du congé en droit belge. Préalablement, nous examinerons la question de l'audition préalable et son lien, éventuel, avec la motivation. Ce faisant, nous distinguerons l'audition et la motivation dans le secteur public et dans le secteur privé.

Dans un deuxième chapitre, nous examinerons la différence de traitement qui existe entre les travailleurs contractuels du secteur public - lesquels bénéficient du principe général de bonne administration et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs - et ceux du secteur privé qui ne peuvent en bénéficier.

Dans un troisième chapitre, nous examinerons la question de l'audition et de la motivation sous l'angle des exigences du droit international.

Nous terminerons notre étude par quelques considérations prospectives en guise de conclusions.

⁶¹ Beaumarchais, Le Barbier de Séville.

CHAPITRE 1 – L’AUDITION PREALABLE ET LA MOTIVATION DU CONGE EN DROIT BELGE

1. – Le travailleur serait mieux protégé si la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail intégrait l’obligation pour l’employeur de l’entendre avant de le licencier et de motiver la lettre de congé qu’il lui adresse.

L’intérêt de procéder à l’audition et à la motivation sont indissociablement liées. En effet, une motivation qui se veut sérieuse et objective doit reposer sur une confrontation des thèses en présence et, donc, sur l’audition préalable du travailleur. A défaut, à quoi servirait-il d’exiger que l’employeur motive le congé si cette motivation se contente d’exprimer son seul point de vue, lequel peut être erroné car construit sur un postulat de départ inexact.

Ces questions sont différemment appréciées selon la qualité publique ou privée de l’employeur. Elles semblent devoir connaître un nouvel essor doctrinal et jurisprudentiel⁶².

Section 1 - L’employeur du secteur privé

§ 1 - L’audition préalable

A. La loi n’impose pas le recours à l’audition préalable

2. – Contrairement à certains accords professionnels⁶³, la loi du 3 juillet 1978 n’impose pas à l’employeur d’entendre le travailleur sur les faits qui lui sont reprochés avant de le licencier⁶⁴. L’employeur n’est donc pas tenu d’exposer les motifs du licenciement et de permettre au travailleur de faire valoir ses moyens de défense.

En soi, le défaut d’audition n’est pas susceptible d’être reproché.

⁶² 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, 217 pages ; M. JOURDAN, « La rupture des relations de travail des membres du personnel soumis à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail », in J. JACQMAIN (dir.), *Une terre de droit du travail : Les services publics, actes du Colloque organisé par la Conférence du Jeune Barreau de Nivelles et l’A.J.P.D.S. à Genval le 10 novembre 2005*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 309 à 381 ; L. DEAR et O. DEPRINCE, « Audition préalable et motivation du licenciement : état de la question », in *Contrat de travail*, Kluwer, août 2005, n° 14, pp. 1 à 8.

⁶³ Ainsi, la commission paritaire des entreprises d’assurances a conclu le 9 novembre 1987 une convention collective de travail relative à la « sécurité d’emploi ». Celle-ci instaure l’obligation d’entendre le travailleur et d’informer la délégation syndicale avant de procéder à un licenciement. Aux termes de son article 4 : « Les employeurs informent les travailleurs des éléments susceptibles de leur être reprochés en raison de leur comportement, de manière à éviter que ces éléments ne soient invoqués pour la première fois, regroupés, après un délai excessif au-delà de leur survenance. a) Les employeurs s’engagent à informer la délégation syndicale ou la délégation du personnel de l’existence des reproches visés au a, et susceptibles d’être invoqués ultérieurement à l’appui d’une procédure de licenciement ». Cette obligation d’audition préalable ne trouve pas à s’appliquer au licenciement pour motif grave car elle serait susceptible d’entraîner le non respect du délai de trois jours si l’employeur avait déjà la certitude de l’existence du motif avant l’audition (H. DECKERS, « Le licenciement pour motif grave », *Etudes pratiques de droit social*, Kluwer, 2008, p. 70 et réf. citées).

⁶⁴ C.T. Liège, 22 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1421 ; C.T. Liège, 27 octobre 2005, *inédit*, R.G., n° 7.446/2003.

3. – La doctrine est pourtant favorable au principe de l'audition préalable, notamment dans l'hypothèse d'un congé pour motif grave. Elle souligne que :

- « *L'équité aurait tout à gagner si l'usage s'implantait de toujours entendre le travailleur en ses explications à propos des manquements qu'on lui reprocherait avant de lui infliger une quelconque sanction et à fortiori, la sanction maximum qu'est la privation du jour au lendemain de son gagne-pain* »⁶⁵.
- « *N'est-il pas, en règle, élémentaire et d'ailleurs conforme à l'équité que – sauf cas particuliers – l'employeur entende en sa défense le travailleur à l'encontre de qui il se propose d'infliger une sanction disciplinaire, quelle qu'elle soit, et à plus forte raison la sanction la plus lourde que constitue le renvoi sur l'heure ? La réponse à cette affirmation ne peut d'évidence qu'être affirmative* »⁶⁶.
- « *L'audition du travailleur préalablement à une éventuelle décision de licenciement peut être une mesure utile dans la recherche du fait avec toutes les circonstances lui attribuant le caractère d'un motif grave* »⁶⁷.

La jurisprudence exprime, également, le souhait que l'employeur entende les explications du travailleur avant de le licencier pour motif grave. Elle souligne que :

- « *L'audition du travailleur avant le licenciement peut contribuer à une connaissance certaine de l'imputabilité de la faute grave et de la gravité de la faute* »⁶⁸.
- « *Avant de prendre la décision de rompre le contrat pour motif grave, l'employeur peut estimer souhaitable d'indaguer en vue de lui permettre d'asseoir sa conviction mais aussi d'éviter de prendre une mesure aussi grave et lourde de conséquences pour le travailleur concerné sans s'assurer préalablement de son bien-fondé* »⁶⁹.
- « *Avant de licencier pour motif grave un membre du personnel qui jouit d'une grande ancienneté, il est préférable de l'entendre, même si ce n'est pas une obligation* »⁷⁰.

4. - Quel que soit son résultat, l'audition préalable peut, d'une part, permettre à l'employeur d'acquérir la certitude de l'existence du motif grave⁷¹ ; d'autre part, permettre au travailleur de donner des explications sur les griefs qui lui sont reprochés et, ainsi, conserver une chance de ne pas être licencié.

Le respect du délai de 3 jours imposé par l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 n'empêche pas l'audition du travailleur, la connaissance certaine et suffisante des faits qui lui sont reprochés ne s'acquérant, alors, qu'à son terme⁷². En revanche, l'audition ne peut être détournée de son objectif dans le but de déjouer les règles du délai

⁶⁵ G. HELIN, « Motif grave : paiement d'une indemnité – audition préalable – avertissement par écrit – adéquation de la sanction », *Orientations*, 1989, p. 137.

⁶⁶ G. HELIN, « Licenciement et abus de droit », *Orientations*, 1998, p. 179.

⁶⁷ Cl. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, « Le licenciement pour motif grave », Collection de droit social, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 68 ; Dans le même sens voy. Ch.-E. CLESSE, *Contrats de travail, A.E.B.*, « Le licenciement abusif : chronique de jurisprudence 1990-2003 », Kluwer, n° 312, avril-mai 2004, pp. 95 et s.

⁶⁸ C.T. Liège, 19 mai 2005, *inédit*, R.G., n° 31.767/03 ; Dans le même sens voy. C.T. Mons, 10 février 2005, *inédit*, R.G., n° 17.443.

⁶⁹ C.T. Liège, 9 juin 2005, *inédit*, R.G., n° 7583/04 ; Dans le même sens voy. C.T. Mons, 13 septembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 18 ; C.T. Liège, 13 mars 2003, *inédit*, R.G., n° 6877/01.

⁷⁰ C.T. Liège, 25 avril 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 366.

⁷¹ Cass., 14 octobre 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 500 ; Cass., 5 novembre 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 155.

⁷² P. BLONDIAU, « Quelques réflexions à propos de l'acte équipollent à rupture et du congé notifié pour motif grave », In *Le contrat de travail dix ans après la loi du 3 juillet 1978*, Ed. Story-Scienta, Bruxelles, 1989, p. 252 ; Voy. M. DUMONT et L. PELTZER, « Chronique de jurisprudence inédite : licenciement pour motif grave », *Chr. D.S.*, 2001, p. 233.

de trois jours et de faire courir un nouveau délai⁷³. L'auteur du congé ne peut donc reporter inutilement sa prise de cours⁷⁴.

Partant, les mesures d'investigations doivent s'effectuer avec célérité puisque les faits reprochés empêchent, par essence, toute poursuite, même temporaire, des relations de travail⁷⁵.

B. Le défaut d'audition peut rendre le licenciement abusif

5. - L'audition préalable n'étant pas requise par la loi du 3 juillet 1978, il est difficile de concevoir que son absence puisse être reprochée à l'employeur et, à fortiori, qu'elle puisse conférer au congé un caractère abusif.

Pourtant, au regard des circonstances propres de l'espèce, l'absence d'audition peut témoigner de la légèreté blâmable ou du manque de considération de l'employeur. Elle constitue, alors, un abus de droit de licencier. C'est le cas du congé fondé sur un comportement reproché au travailleur sans lui donner l'occasion de s'expliquer.

- « Si l'employeur invoque que des motifs imputables au travailleur constituent des causes de licenciement, il s'impose qu'il soumette ces causes au travailleur afin que ce dernier puisse faire valoir ses objections éventuelles et ainsi conserver, le cas échéant, le bénéfice normal du contrat, soit le maintient en vigueur de celui-ci (...).

A cet égard, il y a lieu de relever que si l'audition préalable n'est pas une obligation visée par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail cela ne signifie pas que les principes de respect des droits de la défense et de l'exécution de bonne foi sont ignorés en droit belge. Ils invitent, en droit public ou en droit des contrats, la partie qui invoque des fautes imputables à l'autre de lui permettre de les rencontrer et d'éviter ainsi le cas échéant des sanctions (...).

L'hôpital a manqué à ses obligations contenues dans le principe de l'exécution de bonne foi : loyauté et collaboration au contrat. Il a usé dans son seul intérêt du droit de licenciement sans veiller à la charge disproportionnée qui en a résulté pour la travailleuse »⁷⁶.

- « La légitimité du licenciement d'un employé n'est pas en général subordonnée à son audition préalable, mais il est des cas particuliers où celle-ci se révèle utile, voire indispensable, par exemple lorsqu'il s'agit pour l'employeur d'éviter d'accorder une foi aveugle à la parole d'autrui tout en ne réservant aucun intérêt à celle du travailleur »⁷⁷.

⁷³ V. VANNES, « La rupture du contrat de travail pour motif grave », in Cl. WANTIEZ (dir.), *Contrats de travail : 20^{ème} anniversaire de la loi du 3 juillet 1978*, Ed. jeune barreau de Bruxelles, 1998, p. 250 ; V. VANNES, « Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques », 2^{ème} éd., Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 759 ; C.T. Bruxelles, 30 juin 2008, R.G., n° 49.380 ; C.T. Mons, 16 novembre 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 251.

⁷⁴ Cl. WANTIEZ, « Le congé pour motif grave », E.D.S., Larcier, 1998, p. 71 ; Cl. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, « Le licenciement pour motif grave », Larcier, 2005, p. 66.

⁷⁵ C.T. Liège, 5 août 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 14, *J.L.M.B.*, 2010, p. 636 ; C.T. Mons, 18 janvier 2005, *inédit*, R.G. n° 18.789 ; C.T. Mons, 27 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1621 ; C.T. Liège, 26 juillet 1995, *J.T.T.*, 1995, p. 495 ; T.T. Charleroi, 23 décembre 1991, *Chr. D.S.*, 1991, p. 162.

⁷⁶ C.T. Mons, 27 juillet 2000, *inédit*, R.G., n° 15504 ; C.T. Bruxelles, 29 juin 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 106 ; C.T. Liège, 18 décembre 1998, *Chr. D.S.*, 2000, p. 284 ; C.T., Liège, 21 septembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 143 et *Chr. D.S.*, 1995, p. 45 ; T.T. Charleroi, 23 novembre 1992, *Chr. D.S.*, 1993, p. 87 ; T.T. Bruxelles, 20 février 1992, *Chr. D.S.*, 1993, p. 86.

⁷⁷ C.T. Liège, 18 octobre 1999, *J.T.T.*, 2000, p. 378 et *Chr. D.S.*, 2001, p. 475. En l'espèce, la travailleuse, licenciée moyennant paiement d'une indemnité compensatoire de préavis a obtenu 200.000 bef de dommages et intérêts pour licenciement abusif ; Dans le même sens, voy. C.T. Liège, 9 juin 2005, *inédit*, R.G., n° 7583/04 ; C.T. Bruxelles, 6 janvier 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 250 ; B. PATERNOSTRE, « A l'écoute de la jurisprudence récente ... Motif grave et abus de droit », *Orientations*, septembre 2005, pp. 14-16.

6. – Le défaut d’audition préalable peut, donc, dans certaines circonstances, être sanctionné par le recours à la théorie de l’abus de droit et donner lieu à l’octroi de dommages et intérêts appréciés, souvent, *ex aequo et bono* et couvrant la perte d’une chance de conserver son emploi.

Mais, en raison du droit que retire l’employeur de l’article 32, 3° de la loi du 3 juillet 1978 de rompre le contrat de travail par la simple manifestation de sa volonté sans entendre le travailleur et en raison des difficultés liées à la preuve d’une faute spécifique et à l’évaluation du dommage qui en résulte, le licenciement n’est pas abusif en présence du seul reproche de n’avoir pas procédé à l’audition du travailleur.

C. Observations

7. – A notre avis, l’employeur devrait toujours entendre le travailleur avant de le licencier pour motif grave et ce, eu égard au caractère exceptionnel d’une telle mesure. On peut, donc, s’étonner que l’article 35 de la loi du 3 juillet 1978 n’impose pas cette obligation.

Il nous semble également requis, au regard de l’article 16 de la loi du 3 juillet 1978 qui impose le respect et les égards mutuels, de recourir à l’audition en cas de licenciement moyennant préavis ou paiement de l’indemnité compensatoire de préavis.

O. Deprince estime que l’audition n’a de sens que si la cause de la rupture réside dans un reproche de l’employeur et qu’elle ne présente aucune utilité lorsqu’elle est à rechercher dans des événements extérieurs au comportement du travailleur⁷⁸.

Cette opinion nous semble excessive.

En effet, l’audition participe à l’exécution de bonne foi du contrat et au respect des droits de la défense⁷⁹. Elle permet au travailleur de donner des explications susceptibles d’éviter son licenciement, même si l’employeur n’a aucun reproche à lui faire.

§ 2 - La motivation du congé

A. Le congé ne doit pas être motivé

8. - En Belgique, hormis les exceptions prévues par la loi - dont les plus connues sont le congé pour motif grave et le congé de l’ouvrier engagé dans les liens d’un contrat de travail à durée indéterminée -, la rupture du contrat de travail ne doit pas être motivée⁸⁰.

⁷⁸ O. DEPRINCE, « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question, quelques réflexions, in *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Anthémis, 2008, p. 138.

⁷⁹ T.T. Bruxelles, 30 octobre 2007, Chr. D.S., 2008, p. 749 ; V. VANNES, « Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques », 2^{ème} éd., Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 758.

⁸⁰ V. VANNES et L. DEAR, « La rupture du contrat de travail au regard de la théorie de l’abus de droit », Bruylant, Bruxelles, 2009, à **paraître** ; 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, *Études pratiques de droit social*, Kluwer, 2006, 217 pages ; D. DENIS, « Motivation du licenciement et licenciement abusif », R.D.S., 1989, p. 83 ; A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », R.C.J.B., 1972, p. 234 ; Si le congé ne doit pas être motivé, il n’en va pas de même du C4 qui doit préciser le motif du chômage. Sur cette question voy. J. VAN DROOGHENBROECK, « La (non-) motivation du congé en vue de l’application du droit de la sécurité sociale », in *Motivation et motifs du congé, op. cit.*, p. 179 ; S. GILSON, « L’absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? », *Orientations*, mai 2006, p. 3 ; Ch.-E. CLESSE, « Motivation du C4 : Incidence sur les notions de motif équitable et de licenciement abusif », *Orientations*, novembre 2006, pp. 9 à 17.

L'employeur ne doit, donc, pas obtenir une autorisation administrative préalable comme c'est le cas aux Pays Bas. Il ne doit pas, non plus, justifier sa décision par l'existence d'un juste motif de licenciement, comme c'est le cas au Royaume Uni ou par l'existence d'une cause réelle et sérieuse, comme c'est le cas en France.

Le droit des parties de mettre fin au contrat de travail est discrétionnaire⁸¹. Sous réserve de la théorie de l'abus de droit, il dépend de la seule volonté de son auteur et n'est soumis à aucune condition⁸². Comme le souligne J. Clesse « *les parties demeurent libres de révoquer unilatéralement et impunément leur engagement en raison des intérêts, privés ou généraux, égoïstes ou altruistes, qu'il leur plait de privilégier* »⁸³.

Ainsi, la jurisprudence souligne que :

- « *Le droit de licencier un employé est un droit discrétionnaire, en ce sens qu'il ne doit pas être motivé et subordonné à l'existence d'un juste motif* »⁸⁴.
- « *Dans l'état actuel du droit, hormis les exceptions prévues par la loi chaque partie au contrat de travail peut rompre celui-ci sans avoir à justifier sa décision* »⁸⁵.
- « *L'employeur n'étant pas obligé de préciser les motifs du licenciement lors de celui-ci, il ne peut pas lui être reproché de ne l'avoir fait* »⁸⁶.

La conséquence que le congé ne doit pas être motivé est simple : le travailleur licencié ne peut exiger que l'employeur lui révèle la raison de sa décision⁸⁷. La seule chose qui importe, c'est que le préavis soit régulièrement notifié ou que l'indemnité de rupture soit payée⁸⁸. En ce sens, le système belge est indemnitaire.

9. - La problématique de la motivation du congé est double. D'une part, elle pose la question de l'exigence de la notification au travailleur d'un motif lors de la rupture de son contrat de travail. D'autre part, elle nécessite que ce motif soit un motif valable pour entraîner légitimement le congé.

La question de la motivation n'est pas récente. Elle avait, déjà, été abordée lors de la discussion relative à la différence entre la durée du délai de préavis applicable aux ouvriers et aux employés. Le Ministre de l'Emploi et

⁸¹ R.P.D.B., compl. T. III, v° « Contrat de travail et contrat d'emploi », n° 641 ; J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Ed. Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, p. 209 ; C.T. Mons, 11 décembre 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 77.

⁸² Voy. les contributions de M. JOURDAN et de J. CLESSE, cet ouvrage ; 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.

⁸³ J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Ed. Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, p. 139. Dans le même sens, voy. J. JACQMAIN, « Le géant solitaire », In *Le contrat de travail dix ans après la loi du 3 juillet 1978*, Ed. Story-Scienta, Bruxelles, 1989, p. 46 ; J. JACQMAIN, Obs. sous, C.T. Liège, 1^{er} décembre 1999, *Bull. F.A.R.*, 2000, p. 136.

⁸⁴ C.T. Mons, 11 décembre 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 77 ; Dans le même sens, voy. C.T. Bruxelles, 23 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 343 ; C.T. Bruxelles, 9 novembre 2005, *Chr. D.S.*, 2007, p. 409 ; C.T. Liège, 15 janvier 2004, *Chr. D.S.*, 2004, p. 467 ; T.T. Bruxelles, 24 février 1999, *Chr. D.S.*, 2000, p. 291 ; C.T. Liège, 15 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1401.

⁸⁵ C.T. Bruxelles, 3 mars 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 509 ; Dans le même sens, voy. T.T. Nivelles, 8 juin 2006, *Chr. D.S.*, 2008, p. 266 ; T.T. Bruxelles, 18 mai 2004, *Chr. D.S.*, 2006, p. 102 ; T.T. Nivelles, 20 juin 2003, *Chr. D.S.*, 2005, p. 361 ; C.T. Bruxelles, 17 février 1999, *Chr. D.S.*, 1999, p. 407.

⁸⁶ C.T. Liège, 20 octobre 2005, *inédit*, R.G., n° 31.801/03.

⁸⁷ H.-Fr. LENAERTS, J.-Y. VERSLYPE, G. WILLEMS, A. FRY ET F. RAPSÆT, « La rupture du contrat de travail Chronique de jurisprudence 2002 – 2005 », *Larcier*, 2006, p. 227.

⁸⁸ B. PATERNOSTRE et C. BROUCKE, « Les protections contre le licenciement : essai de synthèse », *Orientations*, mai 2005, pp. 1 à 17 ; G. DE BROECK et G. MAGREZ-SONG, « Le travail du Conseil National du travail », in *Le contrat de travail dix ans après la loi du 3 juillet 1978*, Ed. Story-Scienta, Bruxelles, 1989, p. 16.

du Travail avait alors déclaré que « *la stabilité d'emploi n'est pas réalisée par les longs délais de préavis accordés aux employés et serait mieux assurée par l'obligation de motiver le licenciement et le contrôle de ces motifs* »⁸⁹.

Cette déclaration est pertinente.

En effet, la motivation du congé participe à la stabilité de l'emploi. Elle oblige l'employeur à prendre le recul nécessaire pour éviter la précipitation ou la réaction intempestive ou pour l'empêcher de succomber à un mouvement d'humeur. En d'autres termes, elle constitue une garantie contre le licenciement arbitraire⁹⁰. En outre, l'obligation pour l'employeur d'établir un motif valable de congé permet au juge d'exercer son pouvoir de contrôle et de sanctionner le licenciement qui ne répond pas à cette exigence, tout comme lors de l'appréciation d'un abus droit.

B. Les protections contre le licenciement

10. - Des exceptions de plus en plus nombreuses subordonnent le licenciement d'un travailleur à l'existence d'un motif de congé déterminé.

Considérant que l'exercice de certains droits expose les travailleurs au risque d'un licenciement, le congé ne sera régulier que s'il repose sur un motif étranger aux circonstances qui ont justifiées la protection⁹¹. En revanche, comme l'observe J. Clesse, le licenciement sera irrégulier s'il est motivé par la circonstance envisagée par la loi⁹².

Les diverses protections contre le licenciement impliquent, même de manière indirecte, une motivation du congé et un contrôle de cette motivation, la preuve du motif étranger à l'exercice du droit protégé incombant à l'employeur⁹³.

Ce mécanisme de justification est loin d'être satisfaisant au regard d'une obligation de motivation qui se voudrait efficace⁹⁴. En effet, aucune protection n'interdit le licenciement, la loi n'ayant réglementé que les conséquences financières de la rupture irrégulière par le paiement d'indemnités de protection⁹⁵. Le juge est donc sans pouvoir pour forcer les parties à demeurer dans les liens d'un contrat de travail lorsque l'une d'elles a décidé de le rompre⁹⁶.

⁸⁹ A ce sujet, voy. Fr. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 347 ; C.A., 8 juillet 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 598 ; Avis n° 541 du Conseil national du travail du 20 décembre 1976 ; G. DEMEZ, « Droit au travail et motivation du licenciement », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 156.

⁹⁰ Fr. ROBERT, « Discrimination – licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 346 ; C.T. Liège, 22 janvier 2007, *inédit*, R.G., n° 30.523/01.

⁹¹ Pour un relevé des différentes protections contre le licenciement voy. B. MAINGAIN, « Marché du travail, éthique et droit du licenciement », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 303 ; P. BLONDIAU, Ch. CANAZZA et N. HAUTENNE, « Protections contre le licenciement et non-motivation du congé : vraies ou fausses exceptions ? in *Motivation et motifs du congé*, *op. cit.*, pp. 101 à 110 ; C. BROUCKE et B. PATERNOSTRE, « Les protections contre le licenciement : essai de synthèse », *Orientations*, mai 2005, pp. 1 à 17 ; Fr. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 349 ; D. DENIS, « Motivation du licenciement et licenciement abusif », *R.D.S.*, 1989, pp. 83-84.

⁹² J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », *Fac. Dr. Liège*, 1992, p. 159 ; Voy. également S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? », *Orientations*, avril 2006, p. 11.

⁹³ H.-Fr. LENAERTS, « Indemnité de préavis : un vrai forfait ? », in CLAEYS & ENGELS (dir.) *La loi du 3 juillet 1978 30 ans après ... vues sous un angle différent*, Larcier, 2008, p. 212 ; G. MEERSCHAERT, *Motivation du licenciement*, *Orientations*, février 1994, p. 28.

⁹⁴ P. BLONDIAU, Ch. CANAZZA et N. HAUTENNE, « Protections contre le licenciement et non-motivation du congé : vraies ou fausses exceptions ? in *Motivation et motifs du congé*, *op. cit.*, p. 110.

⁹⁵ J.-Fr. FUNCK, « Le rôle créateur du juge », *Orientations*, juin 2008, p. 32.

⁹⁶ Cass., 20 juin 1988, *Rev. dr. soc.*, 1988, p. 325.

L'étude systématique de l'ensemble des protections dépasse le cadre de notre étude. Nous nous limiterons à examiner la situation de l'ouvrier et à nous interroger sur l'intérêt à maintenir le principe de l'absence de motivation alors que les exceptions y sont de plus en plus nombreuses.

1. La situation de l'ouvrier

11. - Afin de compenser la faible durée des préavis des ouvriers par rapport à ceux dont bénéficient les employés, le législateur a voulu leur octroyer une plus grande stabilité d'emploi⁹⁷. Cette volonté s'est traduite par l'insertion dans la loi du 3 juillet 1978 de l'article 63 qui consacre une limitation du droit de licencier l'ouvrier⁹⁸.

Ce texte a la valeur d'un correctif historique à l'égard des délais de préavis plus longs dont bénéficient les employés⁹⁹. Il subordonne le droit de l'employeur de rompre le contrat de travail d'un ouvrier engagé pour une durée indéterminée à l'existence d'un motif « valable » lié à sa conduite, à son aptitude ou aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise¹⁰⁰. Le licenciement notifié en violation de ce texte est irrégulier¹⁰¹.

L'article 63 consacre, donc, une obligation indirecte de motiver le congé¹⁰². Il marque une étape vers la motivation du congé¹⁰³. A défaut de motif « valable », le licenciement n'est pas justifié et ouvre le droit au paiement d'une indemnité forfaitaire égale à 6 mois de rémunération¹⁰⁴.

2. L'absence de motivation généralisée des licenciements est source de discrimination

⁹⁷ B. PATERNOSTRE et Fr. VERBRUGGE, « Humeurs vagabondes », *Orientations*, juin 2008, p. 24 ; T.T. Nivelles, 7 février 2006, *Chr. D.S.*, 2008, p. 264 ; C.T. Bruxelles, 4 mai 1981, *Chr. D.S.*, 1981, p. 180.

⁹⁸ Conclusions Avocat Général Génicot, sous Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117 ; Ch. E. CLESSE, « Le licenciement abusif », *Etudes pratiques de droit social*, Kluwer, 2005, 251 pages ; V. VANNES, « Questions approfondies de droit du travail », volume 4, 2^{ième} éd., 1997-1998, Presses Universitaires de Bruxelles, pp. 15 et 16.

⁹⁹ S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? », *Orientations*, mai 2006, p. 7.

¹⁰⁰ V. VANNES, « Plaidoyer pour le contrôle de proportionnalité entre la conduite fautive du travailleur et le licenciement qui en résulte », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, pp. 459 à 499 ; L. DEAR, « Le licenciement abusif de l'ouvrier : les conséquences absurdes de l'application mécanique de l'article 63 et le recours à la théorie civiliste de l'abus de droit », Exposé fait à l'A.J.P.D.S., le 17 avril 2008, www.ajpds.be, 16 pages ; T.T. Nivelles, 9 janvier 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 422, confirmé par C.T. Bruxelles, 30 avril 2007, *inédit*, R.G., n° 45.158 ; C.T. Bruxelles, 14 avril 2008, *Chr. D.S.*, 2009, p. 46.

¹⁰¹ L. DEAR, « Le licenciement de l'ouvrier au regard de la théorie civiliste de l'abus de droit », *Orientations*, décembre 2007, p. 18 ; Soulignons que, contrairement à son libellé, l'article 63 instaure une interdiction de licencier et non une présomption de licenciement abusif. Le législateur a en effet limité l'exercice du droit de licencier l'ouvrier en précisant les conditions dans lesquelles ce droit peut être exercé. Le dépassement de ces limites constitue une illégalité. On a agi sans droit ce qui est fort différent de l'usage abusif d'un droit. Voy. A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », *R.C.J.B.*, 1972, p. 216 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quels droits ? », *J.T.*, 1990, pp. 39-40 et la note 124 ; Ainsi le licenciement est irrégulier s'il est motivé par la circonstance envisagée par l'article 63. Cette disposition n'interfère en rien sur la notion d'abus de droit au sens de la théorie civile qui reste entière et doit s'appliquer indifféremment à l'ouvrier ou à l'employé ; Dans le même sens voy. G. DEMEZ, « Droit au travail et motivation du licenciement », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 159 ; Le licenciement qu'il soit régulier ou irrégulier au regard de l'article 63 peut être abusif en application du droit commun. Voy. D. DENIS, « Motivation du licenciement et licenciement abusif », *R.D.S.*, 1989, p. 95 et réf. citées.

¹⁰² C.T. Mons, 1^{er} février 1995, *Chr. D.S.*, 1996, p. 21, note.

¹⁰³ D. DENIS, « Motivation du licenciement et licenciement abusif », *R.D.S.*, 1989, p. 92.

¹⁰⁴ C.T. Bruxelles, 14 avril 2008, *Chr. D.S.*, 2009, p. 46.

12. - Par delà leurs différences, les multiples mécanismes de protection ont ceci de commun que la légalité de la rupture est subordonnée à un motif déterminé¹⁰⁵.

Sans se prononcer sur l'opportunité de ces protections, nous pouvons nous demander si elles ne portent pas atteinte au principe d'égalité de traitement des travailleurs dans leurs conditions de travail et de licenciement¹⁰⁶ ? En effet, comme le souligne avec raison Fr. Robert, « face à cette prolifération de travailleurs protégés pour lesquels il faut justifier et motiver le licenciement, on serait tenté d'affirmer que l'employé ordinaire se trouve concrètement discriminé »¹⁰⁷.

Par contre, l'égalité de traitement serait préservée si le principe de la motivation généralisée des licenciements était consacré.

C. La motivation et le licenciement abusif

13. – Le droit belge ne connaît pas de règle générale soumettant le droit de licencier à l'exigence d'un motif valable de congé. L'absence de motivation, voire même l'inexactitude de celle-ci, n'est donc pas constitutive de faute dans le chef de l'employeur. Elle ne confère pas, en soi, un caractère abusif au congé¹⁰⁸.

A notre connaissance, aucune juridiction n'a jamais sanctionné un employeur au seul motif qu'il n'avait pas motivé le congé d'un travailleur. Au contraire, lorsque le magistrat décide que le congé est abusif, c'est au regard des circonstances dans lesquelles il est intervenu. Dès lors, il importe peu d'établir les motifs du congé, sauf s'ils sont illicites¹⁰⁹.

Si le motif est illicite, le congé est abusif. La preuve du licenciement abusif sera, alors, facilitée si ce motif est exprimé. Ainsi, certains employeurs font état dans la lettre de congé ou dans le formulaire C4 de considérations personnelles déplacées. Par exemple, cet employeur qui avait motivé sa décision en considération de l'absence d'adaptation du travailleur au pays et avait précisé qu'il « ferait mieux de retourner dans la brousse où les gens s'entredéchirent »¹¹⁰ ; ou cet employeur qui avait déclaré à l'Onem que « Ce genre de personne ne mérite pas de travailler car elle est néfaste au bon fonctionnement d'une petite société »¹¹¹.

14. - La question est alors de savoir si l'employeur est lié par l'éventuelle motivation figurant dans la lettre de licenciement ou dans le certificat de chômage. En d'autres termes, peut-il invoquer à posteriori d'autres motifs, éventuellement contradictoires avec ceux qu'il avait soutenus ?

A défaut d'obligation légale de motivation, l'employeur peut établir, à tout moment, les éléments ayant entraînés sa décision¹¹². Aucun délai ne lui est imposé pour ce faire, même dans l'hypothèse du licenciement d'un ouvrier¹¹³. Ce n'est qu'au moment où le travailleur conteste la légitimité du licenciement que l'employeur doit apporter, au plus tard devant le juge, ou en degré d'appel, la preuve des motifs qu'il invoque comme cause de

¹⁰⁵ J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Ed. Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, p. 14 ; Fr. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 356. Ces diverses protections n'ont toutefois que pour effet d'alourdir la sanction indemnitaire car elles ne peuvent priver l'employeur de la possibilité de rompre le contrat.

¹⁰⁶ Voy. Fr. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, pp. 346 et 350. Cet auteur souligne que le licenciement des employés ordinaires ne doit pas être motivé ce qui constitue une importante différence par rapport aux travailleurs qui bénéficient d'une protection particulière.

¹⁰⁷ Fr. ROBERT, *op. cit.*, p. 351.

¹⁰⁸ V. VANNES et L. DEAR, « La rupture du contrat de travail au regard de la théorie de l'abus de droit », à **paraître**, Bruylant, Bruxelles, 2009 ; C.T. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 73.

¹⁰⁹ C.T. Bruxelles, 22 décembre 2004, R.G. n° 43.357 ; Voy. M. JOURDAN et J. CLESSE, cet ouvrage.

¹¹⁰ C.T. Gand, 7 mai 2007, *Chr. D.S.*, 2008, p. 21.

¹¹¹ T.T. Nivelles, 14 mai 2004, R.G. n° 1840/N/2000. En l'espèce, le tribunal n'a pas jugé le licenciement abusif.

¹¹² Ch. E. CLESSE, « Motivation, motifs du congé et licenciement abusif », in *Motivation et motifs du congé*, *op. cit.*, pp. 155 à 171.

¹¹³ C.T. Mons, 19 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1843.

Vendredi 7 mai 2010

rupture du contrat de travail¹¹⁴. Pire, il peut faire valoir, au cours de la procédure, d'autres motifs que ceux qu'il a énoncés en donnant congé¹¹⁵. Il pourra ainsi se départir d'un motif de convenance invoqué dans la lettre de congé ou le C4 pour en invoquer un autre¹¹⁶.

15. – Une distinction doit être opérée entre l'ouvrier et l'employé.

L'ouvrier bénéficie d'une présomption de « licenciement abusif »¹¹⁷. En conséquence et à défaut pour l'employeur d'établir les motifs de sa décision et leur conformité avec l'article 63, le licenciement est abusif.

Nous avons déjà souligné la nécessité que l'employeur soit invité à faire connaître la motivation de sa décision au moment du congé. A défaut, le risque est grand que devant le juge d'autres motifs que ceux ayant réellement inspirés sa décision soient avancés. En outre, faute d'être cité en justice, l'employeur récalcitrant pourra toujours refuser de communiquer les motifs de sa décision. Il aura donc tout intérêt à se taire et à compter sur la réticence du travailleur à initier une procédure dont l'issue reste incertaine¹¹⁸.

L'employé, ne bénéficie pas d'une telle présomption.

L'absence de motivation du congé n'est pas sanctionnée. En revanche, l'abus de droit pourra résulter, notamment, du caractère injurieux, blessant ou humiliant de la motivation ; qu'elle soit exprimée ou doive être recherchée.

D. Observations

16. - A terme, la motivation généralisée des licenciements nous semble incontournable.

En effet, et comme le souligne B. Maingain, « *les vingt-cinq dernières années ont démontré qu'est de plus en plus inadmissible, le licenciement de mauvaise foi, sans motif, voire sans respect d'autrui, surtout de la partie faible. L'analyse des innovations législatives nous conforte dans l'idée d'appréhender le licenciement en veillant à imposer la justification objective de ce dernier* »¹¹⁹.

Section 2 - L'employeur du secteur public

16. - La loi du 3 juillet 1978 s'applique aux employeurs de droit public dans les rapports qu'ils entretiennent avec les agents contractuels à leur service¹²⁰. Elle ne contient aucune obligation d'audition et de motivation préalable.

Or, lorsque l'employeur est une autorité publique, il est tenu au respect d'obligations particulières qui s'ajoutent au droit commun du travail : l'audition préalable qui découle du principe général de bonne administration « *Audi*

¹¹⁴ C.T. Bruxelles, 11 juin 2001, *Chr. D.S.*, 2003, p. 168 ; C.T. Gand, 5 mars 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 433.

¹¹⁵ C.T. Mons, 9 janvier 2008, *inédit*, R.G., n° 20.321.

¹¹⁶ Voy. Ch.-E. CLESSE, Motivation du C4 : incidence sur les notions de motif équitable et de licenciement abusif », *Orientations*, novembre 2006, pp. 9 à 17.

¹¹⁷ Nous avons déjà souligné que le terme abusif est mal choisi et qu'il s'agit plutôt à notre avis d'un licenciement irrégulier. (op. cit n° 11).

¹¹⁸ L. DEAR, « Le licenciement abusif de l'ouvrier : les conséquences absurdes de l'application mécanique de l'article 63 et le recours à la théorie civiliste de l'abus de droit », Exposé fait à l'A.J.P.D.S. le 17 avril 2008, www.ajpds.be, 16 pages.

¹¹⁹ B. MAINGAIN, « Marché du travail, éthique et droit du licenciement », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 314.

¹²⁰ R. JANVIER, « Recrutement d'un agent contractuel par un service public – prêt à accepter l'insécurité quant à son statut juridique », in Fr. DELPEREE (dir), *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 187.

alteram partem » et la motivation du congé qui trouve sa source dans la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

§ 1 - L'audition préalable

17. – Le principe de l'audition préalable découle du principe général de droit « *audi alteram partem* »¹²¹. L'autorité administrative¹²², doit entendre la personne intéressée avant de prendre une mesure grave à son égard, en considération de sa personne ou de son comportement¹²³, ce qui apporte une garantie aux droits et intérêts de chacun et permet de réduire le risque d'erreur.

M. Detry et D. Castiaux soulignent que si une autorité publique engage du personnel, il serait singulièrement paradoxal qu'elle puisse ne pas appliquer à son égard les principes de bonne administration et relèvent que dans la jurisprudence du Conseil d'État, le respect des droits de la défense, parmi lesquels le droit d'être entendu, est un principe essentiel qui gouverne toute procédure sans qu'il doive être exprimé¹²⁴. Ainsi, le Gouverneur de la province de Namur a annulé le licenciement pour motif grave de l'employée d'un C.P.A.S au motif que son absence d'audition méconnaissait les droits de la défense¹²⁵.

Avec M. Detry et D. Castiaux, nous sommes favorables à ce que les tribunaux du travail suivent la même voie que le Conseil d'État et reconnaissent le caractère d'ordre public du respect des droits de la défense, dont l'audition préalable du travailleur.

18. – Bien que les Cours et tribunaux ne vérifient pas d'office si l'employeur qui relève du secteur public a entendu un travailleur engagé dans les liens d'un contrat de travail avant de licencier, ils reconnaissent, à la demande du travailleur, l'existence d'une telle obligation.

¹²¹ Voy. O. DEPRINCE, « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question, quelques réflexions, in *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Anthémis, 2008, pp. 142 à 147.

¹²² L'autorité administrative s'entend au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Or, cette disposition ne précise pas ce qu'il faut entendre par autorité administrative. Les auteurs de la loi organique, persuadés que cette notion ne demandait pas beaucoup d'explications, n'ont pas cru nécessaire de la préciser (Rapport préc. C.E., 1er juin 1972, Fuss et crts c. Etat belge, n° 15326 à 15328, R.J.D.A., 1972, p. 271). Voy. L. DEAR et O. DEPRINCE, « Incidences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs sur le licenciement du personnel contractuel du secteur public », *J.T.T.*, 2005, pp. 174 à 175.

¹²³ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Larcier, 2^{ème} éd., 2002, pp. 169 à 191.

¹²⁴ M. DETRY et D. CASTIAUX, « La discipline des contractuels : quelles spécificités? », in J. JACQMAIN (dir.), *Une terre de droit du travail : Les services publics*, op. cit., pp. 227 à 229. Le respect des droits de la défense pourrait, selon Th. STIEVENARD, être concentré sur l'audition préalable de l'intéressé lorsque l'autorité envisage de le licencier en raison de faits qui lui sont reprochés (Th. STIEVENARD, « Le licenciement des agents contractuels des collectivités locales », *Revue de droit communal*, 4/2003, Kluwer, pp. 47 à 81)

¹²⁵ C.E., arrêt n° 127.986 du 10 février 2004, *Revue de droit communal*, 2/2005, Kluwer, p. 59. Le conseil d'État a rejeté la requête en annulation contre cette décision ; Voy. M. JOURDAN, « La rupture de la relation de travail des membres du personnel », op. cit., p. 346. Précisons que le congé est régulier au regard de la loi du 3 juillet 1978, la violation des principes de bonne administration ne remettant pas en cause l'existence et l'efficacité du congé (C.T. Liège ; 28 octobre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 43 ; T.T. Bruxelles, 1^{er} décembre 2005, *inédit*, R.G., n° 54.887/03). Sur l'incidence de l'annulation de l'acte détachable, voy. P. BOUCQUEY, « L'engagement d'agents contractuels par les communes et le respect des principes généraux de droit administratif », *Revue de droit communal*, 4/2003, Kluwer, pp. 29-30.

Les motivations suivantes peuvent être épinglées :

- « *L'administration doit informer au préalable la personne concernée de la mesure de licenciement qu'elle compte prendre en raison de son comportement, lui indiquer les griefs qui lui sont faits, les éléments sur lesquels elle se fonde et lui permettre de s'expliquer* »¹²⁶.
- « *La Commune aurait dû, avant de prendre la décision de licencier Madame V. pour des motifs liés à son comportement entendre Madame V., et ce afin d'être informée de manière complète et objective des circonstances qui pouvaient l'amener à prendre la décision litigieuse et d'éviter tout risque d'erreur ou de contestation* »¹²⁷.

En conclusions, nous pouvons retenir que la rupture du contrat de travail par un employeur public est une mesure grave et que les principes de bonne administration, dont celui de l'audition préalable, y sont applicables¹²⁸. Ils imposent que le travailleur soit informé des griefs qui lui sont reprochés, de la mesure envisagée et qu'il soit entendu afin de s'en expliquer¹²⁹.

§ 2 - La motivation du congé

19. – Avant le 1^{er} janvier 1992, date d'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, le principe était l'absence de motivation des actes administratifs.

La loi du 29 juillet 1991 témoigne du passage du principe du secret administratif à celui de la transparence. Son article 2 dispose que « *les actes administratifs des autorités administratives visées à l'article premier doivent faire l'objet d'une motivation formelle* ». L'article 3 de la même loi précise que « *la motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate* ».

¹²⁶ T.T. Bruxelles, 19 mars 2003, *inédit*, R.G., n° 31279/02 ; Dans le même sens, voy. C.T. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 73 ; T.T. Charleroi, 18 juin 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 172 et note S. GILSON ; T.T. Bruxelles, 30 novembre 2006, *Chr. D.S.*, 2008, p. 268 ; T.T. Charleroi, 12 septembre 2006, *Chr. D.S.*, 2008, p. 307 ; T.T. Bruxelles, 30 octobre 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 52.

¹²⁷ C.T. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 185 ; Dans le même sens voy. C.T. Bruxelles, 30 mai 2006, *Chr. D.S.*, 2007, p. 522 ; C.T. Bruxelles, 26 novembre 2002, *Chr. D.S.*, 2003, p. 458, et note J. JACQMAIN.

¹²⁸ J. JACQMAIN souligne que « le bon sens recommande aux autorités qui se proposent de mettre fin à un contrat de travail, d'ajouter les bretelles du droit administratif à la ceinture du droit social et d'appliquer les principes d'audition préalable, de motivation formelle et de publicité qu'elles ne manqueraient pas de respecter à l'égard de la dissolution d'une relation statutaire. (J. JACQMAIN, « Le licenciement des travailleurs contractuels dans les services publics : avec ou sans motivation formelle ?, *Chr. D.S.*, 2007, p. 515). Le principe d'audition préalable ne trouve pas à s'appliquer au congé lié aux nécessités de l'entreprise et qui n'est pas fondé sur le comportement du travailleur (C.T. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 73) ; *Contra* T.T. Bruxelles, 29 septembre 2008, *inédit*, R.G., n° 11757/07. De même, la Cour du travail de Liège n'a pas sanctionné l'absence d'audition préalable lors d'un licenciement pour motif grave (C.T. Liège, 28 octobre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 43 ; C.T. Liège, 5 août 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 14, *J.L.M.B.*, 2010, p. 636. Dans cette hypothèse la chance de conserver son emploi est nulle. En revanche, si le motif grave n'est pas reconnu par le juge, le défaut d'audition doit être sanctionné.

¹²⁹ M. JOURDAN, « La rupture de la relation de travail des membres du personnel ... », *op. cit.*, p. 331, 342 et 344 ; Sur le respect du principe de l'audition préalable et le respect du délai de trois jours du congé pour motif grave, voy. H. DECKERS, « Le licenciement pour motif grave », *Etudes pratiques de droit social*, Kluwer, 2008, pp. 84 -85.

Désormais, l'information est la règle, le secret l'exception¹³⁰.

Selon les travaux préparatoires, l'objectif du législateur a été « *d'introduire dans le système administratif belge une législation autonome visant à ériger en principe général l'obligation de motiver formellement les actes des autorités administratives, obligation qui constitue la contrepartie de ce droit fondamental qu'a l'administré d'être informé des motifs ayant conduit à la décision le concernant* »¹³¹.

Le législateur a, donc, astreint l'administration à mieux délibérer sa décision. Sous couvert d'une exigence de forme, il lui prescrit une discipline qui l'oblige à procéder à un examen minutieux de chaque affaire et à justifier ses décisions¹³². L'obligation d'assortir tout acte administratif d'une motivation traduit la volonté du législateur de permettre à l'administré de percevoir le « pourquoi des choses » et donc d'être en mesure de mieux les accepter ou, au contraire, d'apprécier en connaissance de cause l'opportunité de les contester.

Si la motivation formelle limite la marge de manœuvre de l'administration, elle contribue aussi à clarifier, voir à simplifier le dossier¹³³. En d'autres termes, motiver formellement une décision aide à la prendre sérieusement et de manière impartiale. La motivation apparaît, alors, comme une garantie contre l'arbitraire puisqu'elle est de nature à dissuader l'autorité de prendre des décisions irréflechies, voire fondées sur des raisons inavouables¹³⁴.

20. - Le congé répond à la notion d'acte administratif¹³⁵. En conséquence, la motivation s'impose en cas de licenciements donnés par les autorités administratives aux travailleurs engagés dans les liens d'un contrat de travail¹³⁶.

La jurisprudence est fixée en ce sens :

- « *En principe, l'employeur n'est pas tenu de motiver sa décision de licencier ... L'acte par lequel une autorité administrative décide de licencier un travailleur sous contrat de travail, au sens de la loi du 3 juillet 1978, répond en tous points aux critères énoncés par l'article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1991 ; l'on ne voit pas pourquoi un tel acte échapperait à l'obligation de motivation formelle des actes administratifs* »¹³⁷.

¹³⁰ D. LAGASSE, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs », J.T., 1991, p. 737.

¹³¹ Doc. Parl. Sénat, n° 255-1, S.E. 1988, p. 8.

¹³² D. LAGASSE, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs », J.T., 1991, p. 737.

¹³³ Doc. Parl. Chambre, session 90-91, 1595/4, cités par P.-P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », in *Motivation et motifs du congé, op. cit.*, p. 29.

¹³⁴ X. DELGRANGE et Br. LOMBAERT, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : questions d'actualités », in *La motivation formelle des actes administratifs*, La charte, 2005, p. 66, cité in C.T. Bruxelles, 27 novembre 2007, J.T.T., 2008, p. 167.

¹³⁵ C.T. Bruxelles, 27 novembre 2007, J.T.T., 2008, p. 167 ; T.T. Charleroi, 18 juin 2007, J.T.T., 2008, p. 172 et note S. GILSON ; T.T. Mons, 25 septembre 2006, R.G., n° 9.056/03/M.

¹³⁶ C.T. Bruxelles, 27 novembre 2007, J.T.T., 2008, p. 167 ; C.T. Liège, 9 novembre 2007, J.T.T., 2008, p. 73 ; C.T. Bruxelles, 30 mai 2006, *Chr. D.S.*, 2007, p. 522 ; D. CUYPERS, « Over ontslagmotieven, motiveringswel en rechtsmisbruik », *Chr. D.S.*, 2007, pp. 509 à 513 ; C.T. Bruxelles, 26 novembre 2002, *Chr. D.S.*, 2003, p. 458 et note J. JACQMAIN ; J. JACQMAIN, note sous C.T. Liège, 28 février 2002, *Chr. D.S.* 2003, p. 73 ; *Contra* T.T. Gand, 6 décembre 2007, J.T.T., 2008, p. 391.

¹³⁷ T.T. Bruxelles, 12 janvier 2000, *inédit*, R.G., n° 96.197/95.

- « *Le licenciement par une commune – autorité administrative – d’un membre de son personnel même sous contrat d’emploi doit être motivé et reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles de façon à permettre de vérifier qu’un lien raisonnable de cause à effet existe entre le motif invoqué et la décision prise* »¹³⁸.
- « *La décision de la Commune de licencier Madame V. devait être motivée formellement, c’est-à-dire que les motifs justifiant ce licenciement en droit et en fait devaient figurer dans la décision prise par l’organe compétent statuant sur ce licenciement (...)* »¹³⁹.

21. - En conclusions, nous pouvons retenir que la loi du 29 juillet 1991 s’applique à la décision de l’employeur public de rompre le contrat de travail soumis à la loi du 3 juillet 1978. Cette décision doit donc être motivée¹⁴⁰.

§ 3 - La sanction de l’absence d’audition ou de motivation

22. – En s’abstenant d’entendre le travailleur contractuel avant de le licencier ou de motiver sa décision, l’employeur public commet une faute¹⁴¹.

La question qui se pose est de savoir si le licenciement notifié sans audition préalable ou sans motivation doit être sanctionné par le biais de la nullité du congé, de la théorie de l’abus de droit ou par l’octroi de dommages et intérêts.

A – La nullité du congé

23. - Aux termes de l’article 32, 3° de la loi du 3 juillet 1978, le contrat de travail prend fin par la volonté de l’une des parties. Traditionnellement, on distingue le congé, qui est l’acte par lequel une partie notifie à l’autre qu’elle entend que le contrat de travail prenne fin, du préavis, qui est l’information préalable de la date à laquelle le contrat doit expirer¹⁴².

¹³⁸ T.T. Bruxelles, 30 octobre 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 52.

¹³⁹ C.T. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 185.

¹⁴⁰ J. JACQMAIN, note sous T.T. Bruxelles, 7 avril 1994, *Chr. D.S.*, 1997, p. 356 et sous T.T. Bruxelles, 24 février 1999, *Chr. D.S.*, 2000, p. 291 ; Th. STIEVENARD, « Le licenciement des agents contractuels des collectivités locales », *Revue de droit communal*, 4/2003, Kluwer, pp. 47 à 81 ; L. DEAR et O. DEPRINCE, « Incidences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs sur le licenciement du personnel contractuel du secteur public », *J.T.T.*, 2005, pp. 173 à 181 ; S. GILSON, « Le congé notifié à un agent contractuel de la fonction publique et l’irruption de la loi du 29 juillet 1991 : une véritable exception à la règle d’absence de motivation du congé en droit social », in *Motivation et motifs du congé, op. cit.*, pp. 119 à 143 ; M. JOURDAN, « La rupture des relations de travail », *op. cit.*, p. 370 ; S. GILSON, « L’absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? », *Orientations*, avril 2006, p. 12 ; J. JACQMAIN, « Attention, il mord : le contrat de travail dans les services publics », in *Les trente ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, Ed. du jeune barreau de Bruxelles*, 2008, p. 45 ; O. DEPRINCE, « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question, quelques réflexions », in *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Anthémis, 2008, pp. 150 à 153 ; En sens inverse voy. K. SALOMEZ, « *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht* », *Die Keure*, Bruges, 2004, 237.

¹⁴¹ M. JOURDAN, « La rupture de la relation de travail ... », in J. JACQMAIN (dir) *Une terre de droit du travail : les services publics, op. cit.*, p. 323.

¹⁴² Cass., 26 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, 87 ; Cass., 14 mai 1975, *Pas.*, I, p. 894 ; Cass., 23 mars 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 787 ; Cass., 11 mai 1981, *J.T.T.*, 1981, p. 356 ; Cass., 18 décembre 1989, *R.D.S.*, 1990, p. 23 ; V. VANNES, « Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques », 2^{ème} éd., Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 700 et 711 ; J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Ed. Coll. Scientifique de la Fac. dr. Liège, 1992, p. 94 ; M. JAMOULLE, « Le contrat de travail », t. II, Fac. dr. Liège, 1986, p. 198.

Si le préavis doit répondre à des conditions de formes, le congé n'est soumis à aucun formalisme¹⁴³. La volonté de rompre doit toutefois être manifestée et portée à la connaissance de son destinataire. En effet, une intention non extériorisée ne peut produire aucun effet juridique¹⁴⁴.

Il découle de l'absence de formalisme du congé que la nullité du préavis n'affecte pas la validité du congé¹⁴⁵.

24. - A notre avis, l'absence d'audition du travailleur est sans incidence sur la validité de son congé¹⁴⁶.

En revanche, le congé notifié par l'employeur public est soumis à un formalisme de motivation. Or, la loi du 29 juillet 1991 ne visant que les actes écrits, l'obligation de motivation ne concerne pas le congé verbal ou tacite¹⁴⁷. Il en résulte que si un congé écrit, nul pour défaut de motivation, ne peut sortir aucun effet, le travailleur peut se prévaloir d'autres manifestations de la volonté exprimée par l'employeur de rompre le contrat de travail¹⁴⁸.

La question n'aura que peu d'intérêt en cas de congé avec effet immédiat moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis - dont le versement manifeste la volonté de rompre le contrat -. En revanche, en présence d'un congé non motivé - et donc nul au regard de la loi du 29 juillet 1991 - assorti d'un préavis à prester, le travailleur est en droit de se prévaloir immédiatement du congé découlant d'une autre manifestation que sa seule notification, par exemple l'information qui en est donnée à l'ensemble du personnel, et d'exiger le paiement de l'indemnité compensatoire de préavis¹⁴⁹.

B – La théorie de l'abus de droit

25. – Le licenciement qui intervient en violation des principes généraux de droit administratifs - consacrant l'audition préalable du travailleur - et de la loi du 29 juillet 1991 - consacrant la

¹⁴³ C.T. Liège, 15 janvier 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 160 et *J.L.M.B.*, 2008, p. 1826 ; C.T. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 73.

¹⁴⁴ J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Ed. Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, p. 39.

¹⁴⁵ Cass., 23 mars 1981, *J.T.T.*, 1981, p. 240 ; B. PATERNOSTRE, « Congé et nullités du préavis », *Orientations*, 1992, pp. 209 à 218 ; Sur les conséquences de la nullité, voy. J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Ed. Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, pp. 113 et s.

¹⁴⁶ *Infra*, note n° 65 ; Contra, O. DEPRINCE, « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question, quelques réflexions, in *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Anthémis, 2008, pp. 145-146.

¹⁴⁷ S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? », *Orientations*, avril 2006, pp. 13 et 14.

¹⁴⁸ L. DEAR et O. DEPRINCE, « Incidences de la loi du 29 juillet 1991 ... », *J.T.T.*, 2005, p. 179 ; Voy. les considérations émises par J. CLESSE à propos de la nullité du congé pour violation de la législation sur l'emploi des langues in « Congé et contrat de travail », Ed. Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, pp. 45-46.

¹⁴⁹ D. LAGASSE, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs – *Incidences en droit social* », *Orientations*, mars 1993, p. 72 ; M. JOURDAN, « La rupture de la relation de travail ... », *op. cit.*, p. 371 et s. ; C.T. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 73. Dans un arrêt du 28 janvier 2008, la Cour de cassation a décidé qu'en présence d'un préavis nul, le juge peut, en raison du comportement des parties, considérer qu'elles ont renoncé à se prévaloir de la nullité (Cass., 28 janvier 2008, *Chr. D.S.*, 2008, p. 273). Il s'agissait d'un travailleur du secteur privé.

motivation du congé - est irrégulier au regard desdits principes et de ladite loi. Il est toutefois régulier au regard de la loi du 3 juillet 1978¹⁵⁰.

La question est de savoir si le congé non motivé et/ou non précédé de l'audition du travailleur est, en soi, abusif.

S'agissant du licenciement d'un ouvrier, M. Jourdan relève le caractère contradictoire de la loi du 29 juillet 1991, qui exige la motivation de l'acte, et de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, qui permet une motivation *à postériori*¹⁵¹. A notre avis, et contrairement à l'opinion défendue par J. Jacqmain¹⁵², l'employeur public conserve le droit de motiver *à postériori* le congé. Celui-ci, irrégulier au regard de la loi du 29 juillet 1991, qui exige que la motivation soit comprise dans l'acte et ne puisse survenir *a posteriori*, ne le sera pas, nécessairement, au regard de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 qui, dans sa rédaction actuelle, permet que les motifs soient apportés ultérieurement et même pour la première fois devant le juge¹⁵³.

S'agissant du licenciement d'un employé, l'abus de droit ne résulte pas de l'inobservation de règles prescrites par la loi¹⁵⁴. Il suppose l'anormalité de l'exercice d'un droit. Celle-ci est révélée par le caractère vexatoire ou méchant de l'intention à laquelle aurait obéi le titulaire de ce droit, par l'absence de motif légitime, par la faiblesse ou la légèreté et par le détournement de la finalité économique et sociale du droit exercé¹⁵⁵.

En conséquence, le congé non motivé ou non précédé de l'audition du travailleur n'est pas, en soi, abusif¹⁵⁶. L'absence d'audition peut toutefois établir la légèreté dont l'employeur a fait preuve pour établir la réalité des faits reprochés et constituer, à ce titre, un critère de l'abus de droit¹⁵⁷.

C – L'octroi de dommages et intérêts pour perte d'une chance de conserver son emploi

¹⁵⁰ C.T. Bruxelles, 27 septembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 171.

¹⁵¹ M. JOURDAN, « La rupture de la relation de travail ... », *op. cit.*, p. 330.

¹⁵² J. JACQMAIN, « Attention, il mord : le contrat de travail dans les services publics », in *Les trente ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*, Ed. du jeune barreau de Bruxelles, 2008, p. 47 ; J. JACQMAIN, « Le licenciement des travailleurs contractuels dans les services publics : avec ou sans motivation formelle ? », *Chr. D.S.*, 2007, p. 514 ; Dans le même sens voyez C.T. Mons, 17 juillet 2008, R.G., n° 20.139.

¹⁵³ C.T. Mons, 19 février 2008, *inédit*, R.G., n° 20.170 ; C.T. Mons, 13 décembre 2005, *inédit*, R.G., n° 18.591 ; C.T. Liège, 10 novembre 2004, *inédit*, R.G., n° 31.392/03 ; C.T. Bruxelles, 11 juin 2001, *Chr. D.S.*, 2003, p. 168 ; C.T. Gand, 5 mars 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 433 ; C.T. Liège, 12 mars 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 431 ; C.T. Bruxelles, 14 octobre 1991, *Chr. D.S.*, 1993, p. 63, note J.-Cl. BODSON ; T.T. Bruxelles, 13 juin 1989, *Chr. D.S.* 1991, p. 34, note ; Dans ce sens, voy. S. GILSON, « Le congé notifié à un agent contractuel de la fonction publique et l'irruption de la loi du 29 juillet 1991 : une véritable exception à la règle d'absence de motivation du congé en droit social » in *Motivation et motifs du congé*, *op. cit.*, p. 139.

¹⁵⁴ Cass., 4 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 119 et *Chr. D.S.*, 2008, p. 252 ; T.T. Verviers, 19 décembre 1973, *J.T.T.*, 1974, p. 108.

¹⁵⁵ V. VANNES et L. DEAR, « La rupture du contrat de travail au regard de la théorie de l'abus de droit », Bruylant, Bruxelles, 2009, **à paraître** ; J. CLESSE, cet ouvrage ; Cass., 12 décembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 155 et *Chr. D.S.*, 2007, p. 38 et note H. FUNCK ; C.T. Mons, 21 avril 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1409.

¹⁵⁶ S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? », *Orientations*, avril 2006, p. 16 ; C.T. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 73.

¹⁵⁷ C.T. Bruxelles, 7 juillet 2009, R.G., n° 49.838.

Vendredi 7 mai 2010

26. – O. Deprince estime que lorsque la lettre de congé est envoyée, la décision de licencier à déjà été prise et que, partant, la chance de conserver l'emploi ayant d'ores et déjà disparu, le défaut de motivation n'est pas sanctionné¹⁵⁸.

Cette opinion ne nous semble pas pouvoir être suivie.

Au contraire, nous sommes d'avis qu'en licenciant un travailleur contractuel sans motiver le congé, l'employeur public commet une faute donnant lieu à des dommages et intérêts couvrant la perte d'une chance de conserver son emploi. En effet, à défaut de pouvoir motiver adéquatement sa décision, l'employeur renoncera peut être à la notifier¹⁵⁹. Le travailleur conserve, donc, toutes ses chances de ne pas perdre son emploi. Il en va de même en cas d'absence d'audition.

Comme le relève M. Jourdan, il convient de réparer le préjudice subi, non du fait de la rupture, mais de l'inobservation de la procédure mise en place¹⁶⁰. Si, la chance est, en soi, un élément aléatoire ; la perte de cette chance présente, au contraire, un caractère certain¹⁶¹.

¹⁵⁸ O. DEPRINCE, « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question, quelques réflexions, in *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Anthémis, 2008, pp. 156-157.

¹⁵⁹ Même si elle a d'ores et déjà été prise, la décision de licencier n'a pas été extériorisée et l'employeur peut la révoquer.

¹⁶⁰ M. JOURDAN, « La rupture des relations de travail ... », in J. JACQMAIN (dir.), *Une terre de droit du travail : Les services publics, op. cit.*, pp. 349, 352 et 378 ; Dans le même sens voy. L. DEAR et O. DEPRINCE, « Incidences de la loi du 29 juillet 1991 ... », *J.T.T.*, 2005, p. 180.

¹⁶¹ Cass., 5 juin 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 28, note ; T.T. Bruxelles, 30 novembre 2006, *Chr. D.S.*, 2008, p. 268. Le dommage, distinct de celui couvert par l'indemnité de congé, a été indemnisé par l'octroi de la somme forfaitaire de 1.250€ ; Dans le même sens voy. T.T. Liège, 26 juin 2008, *Chr. D.S.*, 2009, p. 389 qui alloue 2.000€ ; T.T. Charleroi, 18 juin 2007, R.G., n° 180.476/A qui alloue 2.500€. Publié partiellement in *J.T.T.*, 2008, p. 172 et note S. GILSON. En l'espèce, la travailleuse avait été licenciée avec effet immédiat moyennant paiement de l'indemnité compensatoire de préavis ; T.T. Bruxelles, 10 mai 2007, *inédit*, R.G. 2235/06 ; T.T. Bruxelles, 29 septembre 2008, *inédit*, R.G., n° 11757/07 qui alloue 3.000€ ; C.T. Bruxelles, 27 septembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 171 ; T.T. Liège, 13 janvier 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 251 ; C.T. Bruxelles, 30 mai 2006, *Chr. D.S.*, 2007, p. 522 ; C.T. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 185.

CHAPITRE 2 – LA DIFFERENCE DE TRAITEMENT ENTRE LES TRAVAILLEURS DU SECTEUR PUBLIC ET DU SECTEUR PRIVE

27. – En vertu des règles propres au droit administratif, l'audition du travailleur et la motivation du congé s'imposent à l'employeur public ; alors que la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail n'impose aucune de ces deux exigences dans le chef de l'employeur privé.

Cette différence de traitement n'est-elle pas source de discrimination ?

J. Jacquemain souligne qu'une institution essentielle de la loi de 1978 – à savoir l'absence d'audition et de motivation - devient inapplicable aux contrats de travail conclus par les employeurs publics de telle sorte qu'il en résulte une différence de traitement entre employeurs et une discrimination profonde entre travailleurs selon la nature de leurs employeurs¹⁶². En effet, dans la mesure où la loi de 1991 s'applique au licenciement des agents contractuels, laissant hors de sa portée les salariés du secteur privé, se crée une disparité de régime donnant naissance à une discrimination¹⁶³.

Il est juridiquement indéfendable que l'application de la même loi de 1978 devienne si différente selon que l'employeur est une entreprise privée ou un service public¹⁶⁴. En effet, les articles 10 et 11 de la Constitution prônent l'égalité des belges devant la loi et prohibent la discrimination. Ils interdisent la différence de traitement entre agents statutaires et contractuels¹⁶⁵.

Avec E. Gillet, on peut se demander : « *qui imposera sa loi à l'autre ? Sera-ce finalement le droit commun du travail qui finira par intégrer l'idée que tout licenciement doit être motivé ?* »¹⁶⁶.

En conclusion, nous sommes d'avis, avec M. Jamoulle, que la discrimination que crée l'application de la loi de 1991 aux travailleurs soumis à la loi de 1978 doit « provoquer l'intervention du législateur afin de généraliser la motivation du congé issue du droit administratif »¹⁶⁷.

¹⁶² J. JACQMAIN, « Lacunes et perspectives de réformes », in Cl. WANTIEZ (dir.), *Contrats de travail : 20^{ème} anniversaire de la loi du 3 juillet 1978*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1998, p. 286.

¹⁶³ M. JAMOULLE, Préface de l'ouvrage *Motivation et motifs du congé*, *op. cit.*, p. 3 ; S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? », *Orientations*, mai 2006, p. 7 ; *Contra* C.T. Bruxelles, 27 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 167.

¹⁶⁴ J. JACQMAIN, note sous C.T. Liège, 9 juin 1995, *Bull. FAR*, n°209/210, 1995, p. 83 ; L. DEAR et O. DEPRINCE, « Incidences de la loi du 29 juillet 1991 ... », *J.T.T.*, 2005, p. 180 ; Sur l'intérêt de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, Voy. T.T. Mons, 25 septembre 2006, *inédit*, R.G., n° 9.056/03/M.

¹⁶⁵ C.T. Bruxelles, 16 janvier 2007, *Chr. D.S.*, 2008, pp. 167 à 171 et spéc. n° 22 qui cite J. JACQMAIN, « Statutaires et contractuels, le Graal de l'égalité ? », *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, F. DELPEREE (dir.), Bruylant, 1997, pp. 165 et s.

¹⁶⁶ E. GILLET, « Conclusions : la fonction publique est morte, vive la fonction publique », *Revue de droit communal*, 4/2003, Kluwer, p. 82.

¹⁶⁷ M. JAMOULLE, Préface de l'ouvrage *Motivation et motifs du congé*, *op. cit.*, p. 5.

CHAPITRE 3 – L'AUDITION PREALABLE ET LA MOTIVATION DU CONGE EN DROIT INTERNATIONAL

28. – La question de l'existence d'un motif valable de congé n'a pas laissé indifférent les Etats membres de l'Organisation Internationale du Travail. Ils considèrent que le droit de licenciement est subordonné à l'existence de « justes motifs » ou de « motifs valables » liés au comportement du travailleur, à son aptitude ou encore aux circonstances économiques que rencontre l'entreprise¹⁶⁸.

Section 1 - La recommandation n° 119

29. - La recommandation n° 119 sur la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur prône l'interdiction de tout licenciement ne comportant pas de « motif valable »¹⁶⁹.

Selon l'article 2 : « *Aucun licenciement ne devrait intervenir sans qu'il existe un motif valable de licenciement dû à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ».

L'article 3 énonce, de manière non exhaustive, des motifs qui ne sont pas valables¹⁷⁰. L'article 6 énonce la sanction du licenciement qui ne repose pas sur un motif valable : réintégration du travailleur ou indemnisation adéquate¹⁷¹.

30. - La recommandation n° 119 n'a pas de caractère obligatoire. Elle invite les Etats membres de l'Organisation Internationale du Travail à transposer les principes qu'elle contient dans leur droit national.

En Belgique, 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.

Toutefois, en ce qu'il ne s'applique pas aux employés, l'adoption de l'article 63 n'apparaît pas comme une réponse satisfaisante par rapport aux exigences de la recommandation n° 119.

Section 2 - La convention n° 158

§ 1 – La motivation du congé

¹⁶⁸ J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Ed. Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, pp. 162 à 165 ; G. MEERSCHAERT, Motivation du licenciement », *Orientations*, février 1994, p. 32 ; O. DEPRINCE, « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question, quelques réflexions, in *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Anthémis, 2008, pp. 135-136.

¹⁶⁹ C.C.T., n° 119 adoptée à Genève le 26 juin 1963, par la Conférence Générale de l'organisation Internationale du Travail.

¹⁷⁰ Au terme de l'article 3 : « Ne devraient pas constituer des motifs valables de licenciement, notamment, l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail ; le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir exercé un mandat de représentation des travailleurs ; le fait d'avoir de bonne foi déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation ; la race, la couleur, le sexe, la situation conjugale, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale ».

¹⁷¹ L'article 6 dispose que : « Les organismes mentionnés au paragraphe 4 devraient être habilités à ordonner - s'ils arrivent à la conclusion que le licenciement était injustifié - que le travailleur intéressé, à moins qu'il n'ait été réintégré, avec, dans les cas appropriés, paiement du salaire non perçu, reçoive, soit une indemnisation adéquate, soit telle autre forme de réparation qui pourrait être déterminée d'après les méthodes d'application prévues au paragraphe 1, soit une combinaison de l'une et l'autre qui serait également ainsi déterminée ».

31.- La Convention n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur reprend en son article 4 le principe énoncé par l'article 2 de la recommandation n° 119, à savoir que tout licenciement ne contenant pas un motif valable doit être interdit¹⁷².

L'article 5 de la Convention énumère les circonstances qui ne constituent pas des motifs valables de licenciement¹⁷³ ; tandis que l'article 9 impose à l'employeur la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement.

§ 2 – L'audition préalable

32.- La Convention n° 158 organise la possibilité pour le travailleur de faire valoir ses moyens de défense avant d'être licencié.

Aux termes de son article 7 : « *un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées contre lui, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité* ».

§ 3 - La valeur juridique de la Convention n° 158

33.- 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 belges¹⁷⁴. Elle n'a donc pas de force obligatoire en droit interne.

Cependant, comme le relève Ch.-E. Clesse, elle peut être une source d'inspiration pour les tribunaux pour apprécier la légitimité du congé car « *elle traduit un certain consensus au niveau international au sujet des droits et obligations minimum réciproques des employeurs et des travailleurs* »¹⁷⁵. En outre, elle est indicative de l'orientation des Etats à subordonner le congé d'un travailleur à l'existence d'un motif valable. En ce sens, elle revêt une influence morale.

¹⁷² L'article 4 de la C.C.T. n° 158 adoptée le 22 juin 1982, par la Conférence Internationale du travail dispose que : « 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 ».

¹⁷³ L'article 5 dispose que : « Ne constituent pas des motifs valables de licenciement, notamment: a) l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail ; b) le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir exercé un mandat de représentation des travailleurs ; c) le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités administratives compétentes ; d) la race, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, les responsabilités familiales, la grossesse, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale ; e) l'absence du travail pendant le congé de maternité ». L'article 6 ajoute que : « 1. L'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne devra pas constituer une raison valable de licenciement. 2. La définition de ce qui constitue l'absence temporaire du travail, la mesure dans laquelle un certificat médical sera requis et les limitations possibles dans l'application du paragraphe 1 du présent article seront déterminées conformément aux méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention ».

¹⁷⁴ Sur l'absence de ratification de la convention voy. G. DEMEZ, « La motivation du licenciement : une juste cause », in *Motivation et motifs du congé*, op. cit., p. 67.

¹⁷⁵ Ch.-E. CLESSE, « Le licenciement abusif », *Etudes pratiques de droit social*, Kluwer, 2005, p. 11. L'auteur cite T.T. Bruxelles, 20 février 1992, *Chr. D.S.*, 1993, p. 86 qui considère que le fait que l'ensemble de la délégation belge ait approuvé ce texte démontre, d'une part, que la Belgique reconnaît l'autorité de l'Organisation internationale du travail et, d'autre part, que les règles énoncées par cette convention n'apparaissent pas de prime abord comme perturbant exagérément l'ordre juridique belge.

Section 3 : La charte sociale européenne

34.- La Charte sociale européenne dispose, en son article 24, que : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* »¹⁷⁶.

La disposition est similaire à celle des articles 2 de la recommandation n° 119 et 4 de la convention n° 158 : le motif du congé doit être un motif valable. La Charte ne fait aucune distinction entre les ouvriers et les employés et vise donc indistinctement ces deux catégories de travailleurs.

La Charte sociale européenne a été ratifiée par la loi du 15 mars 2002 entrée en vigueur le 20 mai 2004¹⁷⁷. Dans son ensemble, elle est conçue comme un instrument doté d'un effet direct en droit interne. Cependant, si la Belgique a ratifié la Charte, le gouvernement belge a choisi, ainsi que la liberté lui en était laissé, de ne pas être lié par son article 24¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Adoptée à Turin en 1961, révisée à Strasbourg en 1996.

¹⁷⁷ *M.B.*, 10 mai 2004, p. 37435.

¹⁷⁸ G. DEMEZ, « La motivation du licenciement : une juste cause », in *Motivation et motifs du congé, op. cit.*, pp. 70-71 ; Fr. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 347.

CONCLUSION ET REFLEXIONS PROSPECTIVES

35. – En Belgique l'employeur ne doit pas motiver sa décision de rompre le contrat de travail. Il est libre d'exclure de l'entreprise un travailleur n'ayant pas démerité par malice ou par caprice. Ce n'est que par la voie de l'exception que le licenciement fait l'objet d'une limitation lorsque le législateur entend assurer une protection spéciale du travailleur en subordonnant le congé au respect d'un motif déterminé ou d'une procédure déterminée. Mais, là où le droit édicte des interdictions de licenciement, son intervention est moins contraignante qu'il n'y paraît : elle se limite, en définitive, à augmenter le prix du congé¹⁷⁹.

Sans doute, cette liberté de donner congé sans aucune motivation dès lors que le préavis est respecté ou que l'indemnité en tenant lieu est versée peut s'expliquer par le souci de préserver la liberté individuelle de chacune des parties de rester ou non liée à son cocontractant¹⁸⁰. Elle apparaît pourtant contestable car elle est contraire à l'article 23 de la constitution qui garantit le droit au travail¹⁸¹. En effet, sauf s'il repose sur des impératifs économiques liés au bon fonctionnement de l'entreprise, à l'exclusion de la seule maximalisation des profits, le licenciement est une sanction qui prive une personne de son droit au travail. Il devrait, donc, être subordonné à l'existence d'une faute.

36. - Le travail ne peut plus être considéré comme un simple facteur de production, une marchandise, oubliant la dimension individuelle, familiale et collective de cette activité humaine¹⁸². Il est l'un des principaux éléments qui donnent un sens à la vie. Il permet au travailleur de prendre une part active dans la société dans laquelle il vit¹⁸³. Il constitue la base de revenus personnels et de prospérité. En d'autres termes, il participe à l'épanouissement et à la dignité de l'homme.

Or, quelle est encore la dignité d'un travailleur licencié pour des raisons futiles qui doit annoncer à son conjoint, à ses enfants ou à ses proches la perte de son emploi et son émergence au chômage ? Afin d'éviter l'exclusion sociale, le sentiment d'humiliation et l'atteinte à la dignité qui en résulte, ne peut-on raisonnablement exiger de l'employeur qui engage un individu et qui, ce faisant, participe à son épanouissement social, qu'il garantisse le maintien du contrat de travail et en motive la rupture¹⁸⁴ ?

Le monde d'aujourd'hui se caractérise par un besoin croissant de sécurité, de respect, de loyauté. Vous ne pouvez pas, au 21^{ème} siècle, licencier quelqu'un sans lui dire pourquoi¹⁸⁵. Vous ne pouvez pas non plus le

¹⁷⁹ B. PATERNOSTRE et C. BROUCKE, « Les protections contre le licenciement : essai de synthèse », *Orientations*, mai 2005, pp. 1 à 17.

¹⁸⁰ J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Ed. Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, p. 119.

¹⁸¹ L'article 23 dispose que : « Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. (...) Ces droits comprennent notamment : 1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective. 2° ... » ; G. DEMEZ semble y percevoir un fondement de la motivation du congé (G. DEMEZ, « Droit au travail et motivation du licenciement », *op.cit.*, p. 151).

¹⁸² M. JADOT, « Le passé et l'avenir : regard critique sur la concertation sociale en Belgique », in *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968*, Colloque organisé par l'A.J.P.D.S. le 5 décembre 2008, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 182.

¹⁸³ M. DE VOS et J. KONINGS, « D'une sécurité de l'emploi vers une sécurité du travail sur le marché du travail belge », *Anthémis*, 2007, p. 6.

¹⁸⁴ C'est une question de simple correction ou d'élémentaire politesse (D. DENIS, « Motivation du licenciement et licenciement abusif », *R.D.S.*, 1989, p. 90) ; Dans ce sens, Voy. A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », *R.C.J.B.*, 1972, p. 224 et la note 58bis et 63.

¹⁸⁵ Déclaration du Ministre Français du Travail, Xavier BERTRAND, du 14 janvier 2008, cité par G. DEMEZ, « Droit au travail et motivation du licenciement », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, *Anthémis*, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 149 ; Dans ce sens, voy. G. MEERSCHAERT, *Motivation du licenciement*, *Orientations*, février 1994, p. 29.

licencier sans qu'il existe un motif valable de congé. Comme le souligne V. Vannes, « *Perdre son emploi est généralement une situation vécue comme un drame ... ajoutée à ce drame l'injustice de subir un licenciement notifié pour n'importe quel motif, anodin, futile, dérisoire* »¹⁸⁶. C'est pourquoi, avec Fr. Robert, il nous paraît légitime et juste que celui qui est à l'origine de la rupture du contrat en explique les raisons¹⁸⁷.

Un motif doit, donc, justifier la décision de rompre le contrat. Non seulement ce motif doit être un motif valable de congé mais l'employeur doit en informer préalablement le travailleur et lui donner la possibilité de faire valoir ses arguments de défense. Si la décision de licencier est maintenue, le travailleur, informé des raisons de son licenciement, sera à même d'apprécier l'opportunité de la contester¹⁸⁸.

Cette exigence de motivation du congé est de nature à contribuer à la stabilité d'emploi recherchée car un contrôle des motifs implique, nécessairement, des restrictions à la liberté de donner congé¹⁸⁹. C'est, donc, par le biais de la motivation du congé que l'employeur pourra le mieux se prémunir des contestations ultérieures. Prétendre qu'il est de l'intérêt du travailleur que le motif réel de son licenciement ne soit pas exprimé porte atteinte à sa dignité¹⁹⁰.

37. – Le pouvoir discrétionnaire de l'employeur de rompre le contrat de travail demeure à ce jour le principe, l'audition préalable et la motivation du congé étant l'exception. Or, l'absence de motivation du licenciement ne repose sur aucune justification raisonnable et objective¹⁹¹.

Au terme de notre étude, un constat s'impose : la multiplication des mécanismes de protection exigeant de motiver le congé plaide pour une motivation généralisée des licenciements¹⁹². Il en va de même de la différence de traitement des travailleurs selon la qualité publique ou privée de leur employeur¹⁹³. Le rapprochement des statuts ouvrier et employé entamé depuis des décennies plaide également pour une motivation généralisée des licenciements¹⁹⁴.

¹⁸⁶ V. VANNES, « Plaidoyer pour le contrôle de proportionnalité entre la conduite fautive du travailleur et le licenciement qui en résulte », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 478.

¹⁸⁷ Fr. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 356.

¹⁸⁸ Le besoin de dialogue se ressent de toute part et s'est du reste traduit par l'adoption de la loi du 21 février 2005 relative à la médiation dont le but est d'amener les parties à se reparler en vue d'aboutir elles-mêmes à résoudre leur différend (O. MORENO, « La médiation et la conciliation en droit du travail : nouveaux outils de résolution de conflits sociaux à visage humain », *Orientations*, juin 2005, pp. 19 à 31). En matière de congé, au moment où la médiation sera actionnée, l'irréparable aura déjà été commis et la situation sera bien souvent devenue irréversible, ne pouvant être solutionnée que par l'octroi d'indemnités. Pourquoi dès lors chercher à réparer ce qu'il est parfaitement possible de prévenir ?

¹⁸⁹ J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Ed. Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, pp. 139 ; J. VAN DROOGHENBROECK, « La (non-) motivation du congé en vue de l'application du droit de la sécurité sociale », in *Motivation et motifs du congé*, op. cit., p. 194.

¹⁹⁰ G. DEMEZ, « La motivation du licenciement : une juste cause », in *Motivation et motifs du congé*, op. cit., p. 76 ; Dans ce sens, voy. B. GRAULISCH, « Motivation du licenciement », Colloque Droit et dignité, Barreau de Liège, 6 et 7 novembre 2008.

¹⁹¹ Fr. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 351.

¹⁹² Fr. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, pp. 347 et 356 ; Sur les incohérences d'une telle multiplication des régimes de protection, voy. Fr. ROBERT, « Licenciement et motivation ou un argumentaire en faveur de la motivation », *C.J.*, 2004, n° 6, pp. 119 et s.

¹⁹³ L. DEAR et O. DEPRINCE, « Incidence de la loi du 29 juillet 1991 ... », *J.T.T.*, 2005, pp. 180-181.

¹⁹⁴ M. DE VOS et J. KONINGS, « D'une sécurité de l'emploi vers une sécurité du travail sur le marché du travail belge », Anthémis, 2007, pp. 42-43 ; G. DEMEZ, « Droit au travail et motivation du licenciement », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 155 ; On se souviendra qu'à l'époque tant les organisations syndicales que les organisations représentatives des employeurs se déclaraient favorables à une obligation générale de motiver les licenciements laquelle n'a pu aboutir en raison de l'opposition des premières à une quelconque réduction des préavis.

38. - A l'aune de la responsabilité sociale des entreprises, on peut se demander avec M. Glorieux si ce principe de non motivation peut encore se concevoir¹⁹⁵.

L'exigence d'un motif valable et le recours à l'audition préalable peuvent être rattachées au principe du respect et des égards mutuels consacré par l'article 16 de la loi du 3 juillet 1978¹⁹⁶. Elles peuvent également être rattachées au devoir de loyauté, de collaboration et de modération contenus dans le principe de l'exécution de bonne foi des conventions¹⁹⁷.

Ces obligations s'imposent à toutes les parties à une relation juridique, contractuelle ou extra contractuelle. Elles ne s'imposent pas seulement en droit des obligations mais également au cours de l'exécution du contrat de travail ou à l'occasion de la fin du contrat. Ainsi, dans un jugement du 8 juin 2006, le tribunal du travail de Nivelles a souligné que : « *le travailleur dont la qualité du travail est reconnue a droit en retour à un minimum de reconnaissance. Il peut s'attendre à ne perdre son emploi que pour des motifs sérieux liés au bon fonctionnement de l'entreprise* »¹⁹⁸. Ce jugement doit être approuvé. Il fait une juste application du devoir de loyauté qui interdit à une partie d'empêcher inutilement l'autre partie de retirer le bénéfice normal du contrat¹⁹⁹.

39. - Un détour par le droit des sociétés nous apprend que l'article 54 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales énonce que « *Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société* »²⁰⁰. Le concept d'objet social a été progressivement supplanté par celui, plus large, d'intérêt social. Il englobe l'intérêt des travailleurs. Ceux-ci accordent leur confiance à l'entreprise dans une perspective normale de continuité. Réciproquement, il doit être tenu compte de leurs intérêts²⁰¹.

Au niveau collectif les conventions nationales de travail n° 9 et n° 24 imposent, en cas de licenciement pour des motifs non inhérents à la personne des travailleurs concernés, le respect d'une procédure d'information et de consultation visant à éviter ou à réduire les licenciements envisagés²⁰². Cette procédure d'information devrait pouvoir trouver à s'appliquer en cas de licenciement individuel, qu'il soit ou non fondé sur des motifs inhérents à la personne du travailleur.

40. – Par ailleurs, n'est-il pas envisageable de protéger les attentes d'un travailleur à l'égard de son employeur, simplement parce qu'il les a nourries de bonne foi, et qu'elles doivent dès lors être tenues pour légitimes²⁰³.

Le droit de licencier apparaît, alors, comme un droit-fonction ne pouvant être utilisé qu'aux fins pour lesquelles il a été institué, à savoir l'intérêt de l'entreprise, laquelle est conçue comme une communauté de travail destinée à servir les intérêts de tous ceux qui y participent en leur imposant, donc, des devoirs de solidarité et de

¹⁹⁵ M. GLORIEUX, « Essai non transformé sur l'exercice du droit de rupture unilatérale à la lumière de la responsabilité sociale des entreprises », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 233.

¹⁹⁶ L'article 16 dispose que : « L'employeur et le travailleur se doivent le respect et des égards mutuels. Ils sont tenus d'assurer et d'observer le respect des convenances et des bonnes mœurs pendant l'exécution du contrat.

¹⁹⁷ Fr. ROBERT, « Licenciement et motivation ou un argumentaire en faveur de la motivation », le cahier du juriste, octobre 2004 ; Voy. également J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass., 19 septembre 1983, R.C.J.B., 1986, p. 290.

¹⁹⁸ T.T. Nivelles, 8 juin 2006, Chr. D.S., 2008, p. 266. En l'espèce, le tribunal a jugé le licenciement abusif.

¹⁹⁹ Voy. J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass., 19 septembre 1983, R.C.J.B., 1986, pp. 297 et 314.

²⁰⁰ Cette disposition détermine l'étendue mais aussi les limites de la compétence du conseil d'administration. (P. DE WOLF, *Le conseil d'administration : répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux*, J.T., 1998, p. 218.

²⁰¹ P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, *Les sociétés commerciales – Examen de jurisprudence (1979-1990)*, R.C.J.B., 1993, p. 772, cité in C.T. Liège, 23 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 100.

²⁰² L'alinéa 4 de l'article 6 de la CCT n° 24 précise que l'employeur est tenu de fournir aux représentants des travailleurs les motifs du projet de licenciement.

²⁰³ Voy. X. DIEUX, « Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : principe général de droit », in *Sources et instruments de justice en droit privé*, Ed. Thémis, 2002, n° 2.

collaboration²⁰⁴. Ce devoir de solidarité défend à chacune des parties de se désintéresser de l'autre. Toutes deux doivent, mutuellement et loyalement se fournir tout l'appui nécessaire pour conduire le contrat à bonne fin²⁰⁵.

41. - A défaut d'intervention législative visant à instaurer la motivation généralisée des licenciements, le congé dépourvu de motif valable demeure l'exercice d'un droit et ne pourra être sanctionné que par le recours à la théorie de l'abus de droit à condition, toutefois, de démontrer que son titulaire l'a utilisé dans un autre but que celui pour lequel il a été consenti, à savoir l'intérêt de l'entreprise²⁰⁶.

Nous pouvons nous demander combien de temps la Belgique va t'elle encore refuser de se soumettre à l'obligation de motiver le congé²⁰⁷ ?

Le respect de cette obligation qui améliore la sécurité juridique²⁰⁸, pourrait être très simplement réalisée et prendre la forme d'un entretien préalable entre l'employeur et le travailleur au cours duquel les motifs valables de licenciement devant figurer sur la lettre de congé lui seront expliqués. Il s'agit simplement « de voir au-delà du travailleur kleenex, que l'on use et puis que l'on jette, une personne digne de respect »²⁰⁹.

A défaut de motif valable lié à la conduite, à l'aptitude ou aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise, le licenciement doit être interdit. En cas de transgression de l'interdiction, le travailleur doit avoir le choix de demander sa réintégration ou, selon son choix, d'obtenir d'importantes indemnités de rupture²¹⁰.

En conclusions, nous estimons que le droit discrétionnaire de rompre le contrat de travail est dépassé. Il ne peut plus aujourd'hui être retenu et l'ensemble de la matière qui touche à la rupture du contrat de travail doit être revue. Une réflexion en profondeur s'impose, laquelle devra nécessairement déboucher sur une intervention législative en faveur de l'audition et de la motivation.

* * *
*

²⁰⁴ C.T. Bruxelles, 23 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 343 ; Voy. Ch.-E. CLESSE, cet ouvrage, et références citées ; J. CLESSE, « Congé et contrat de travail », Ed. Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, pp. 167 et 191 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quels droits », *J.T.T.*, 1990, p. 39 et réf. citées ; D. DENIS, « Motivation du licenciement et licenciement abusif », *R.D.S.*, 1989, p. 94 ; J. CLESSE et M. JAMOULLE, « Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1983, 672 ; A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », *R.C.J.B.*, 1972, p. 219.

²⁰⁵ DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 469.

²⁰⁶ A cet égard, voy. A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », *R.C.J.B.*, 1972, p. 224 ; 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.*, 1994, p. 215 ; G. MEERSCHAERT, *Motivation du licenciement*, *Orientations*, février 1994, p. 33 ; V. VANNES et L. DEAR, « La rupture du contrat de travail au regard de la théorie de l'abus de droit », Bruylant, 2009, **à paraître**.

²⁰⁷ Pour une critique de l'absence de respect des instruments internationaux voyez : G. DENEZ, « Droit au travail et motivation du licenciement », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Hommage à Pierre BLONDIAU, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 160.

²⁰⁸ P. PALSTERMAN, « Le contrat de travail – Permanences et évolutions », *Orientations*, juin 2008, p. 6.

²⁰⁹ P. BLONDIAU, Ch. CANAZZA, N. HAUTENNE, « Protections contre le licenciement et non-motivation du congé : vraies ou fausses exceptions ? in *Motivation et motifs du congé*, op. cit., p. 117 ; S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? », *Orientations*, mai 2006, p. 7.

²¹⁰ P. PALSTERMAN souligne que dans le secteur privé, le caractère absolu du droit de rupture, et l'absence de juridiction des tribunaux pour ordonner une réintégration, semblent faire parties des « vaches sacrées » du droit du travail belge. (P. PALSTERMAN, « Le contrat de travail – Permanences et évolutions », *Orientations*, juin 2008, p. 6) ; Au terme de l'article 69 de la loi du 13 février 1998, dite « loi Renault » et de l'article 14 de la loi du 19 mars 1991, le travailleur peut demander sa réintégrations. Toutefois, l'employeur n'est jamais tenu d'y faire droit ; Sur l'impossibilité d'ordonner la réintégration d'un contractuel du service public, voy. C.T. Bruxelles, 27 septembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 171 ; T.T. Charleroi, 18 juin 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 172 et note S. GILSON ; T.T. Liège, 25 janvier 1991, *Chr. D.S.*, 1991, p. 320.