

Le nouveau régime du licenciement belge

Regards croisés sur la convention n°158 de l'OIT
et la jurisprudence de la C.E.D.H. du 10 juillet 2012

Mémoire réalisé par
Sylvain Tilman

Promoteur(s)
Filip Dorssemont

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Introduction

Depuis l'apogée romaine où l'on retrouve les premières formes contractuelles modernes jusqu'à aujourd'hui, les liens contractuels n'ont cessé d'évoluer vers davantage de complexité et de précision. Le contrat de travail est l'une de ces formes contractuelles qui est la plus présente actuellement, notamment en raison de l'apparition du capitalisme émergent. Rapidement, les États ont dû poser des choix quant aux différentes structures qui allaient voir le jour au sein du droit du travail. La Belgique, comme de nombreux autres pays occidentaux, a fait le choix de diviser le monde du travail en deux grands secteurs : le **privé** et le **public**. Au sein du secteur privé, le législateur belge a également subdivisé les travailleurs en deux catégories distinctes : les **employés** et les **ouvriers**.

Le capitalisme ayant plus qu'imprégné notre structure et notre mode de fonctionnement, c'est tout naturellement que le législateur a octroyé de grandes libertés aux employeurs, aux détenteurs des moyens de productions. C'est pourquoi, pendant de nombreuses années, les questions relatives à la protection juridique, sociale et économique des travailleurs ne se sont pas posées. C'est notamment l'une des raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas été pendant longtemps dans l'obligation d'informer le travailleur des raisons de son licenciement.

Afin de bien comprendre la voie choisie par le législateur, nous verrons dans un premier temps les notions centrales liées à la motivation du licenciement et dans un deuxième temps, les différentes formes qui existent pour motiver le congé (Voy. Chapitre 1). Sur la base des notions et concepts développés, la sphère internationale, que constitue notre cadre de référence, sera abordée mais uniquement au regard de deux grands instruments : la convention n°158 de l'Organisation Internationale du Travail et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 juillet 2012 (Voy. Chapitre 2). Malgré tout, le choix de cette absence de motivation du licenciement a progressivement été mise à rude épreuve ; dans un premier temps avec l'apparition de **nombreuses exceptions** au principe général (Voy. Chapitre 3) et dans un second temps par l'émergence d'un **contexte international** défavorable à cette optique (Voy. Chapitre 4). Dans ce contexte, les interventions jurisprudentielles – Cour constitutionnelle, C.E.D.H, Cour de cassation – n'ont fait que renforcer le sentiment selon lequel l'absence de motivation du licenciement appartient au passé.

Des années d'évolutions et de critiques du système, ont débouché sur une prise de responsabilités du législateur à travers la loi du 26 décembre 2013. Nous le verrons, cette loi fait cependant aveu de faiblesse en déléguant aux partenaires sociaux la tâche d'établir une motivation du licenciement généralisée. L'option levée par le législateur est donc de mettre en place la motivation du licenciement des travailleurs par une convention collective de travail. C'est ainsi qu'est née la **C.C.T. n°109**, qui recouvre plusieurs objectifs en accord avec les évolutions qui l'entourent (Voy. Chapitre 5, Section 1) et possède un champ d'application bien particulier (Voy. Chapitre 5, Section 2). Structurellement, la convention collective concernant la motivation du licenciement comprend deux volets distincts : la

motivation du licenciement et le licenciement manifestement déraisonnable (Voy. Chapitre 5, Section 3 et 4).

L'intérêt et la plus-value de ce mémoire résident essentiellement dans la démarche adoptée pour analyser la nouvelle motivation du licenciement comprise dans la C.C.T. n°109. Il convient en effet, non pas d'approcher cette convention de façon isolée, mais plutôt d'en apprécier le contenu au regard d'évolutions et de textes déjà présents dans le monde juridique belge et international. Les instruments choisis révèlent une certaine volonté commune – principalement la convention n°158 – et permettent d'avoir en définitive une appréciation complète, actuelle et appropriée de la convention collective n°109 (Voy. Chapitre 6). Le but consiste essentiellement à savoir si la nouvelle motivation du licenciement s'inscrit dans le respect du droit international.

Chapitre 1 : Les Contours de la notion licenciement

Dans ce chapitre, nous aborderons les différentes notions qui seront amenées à être utilisées tout au long de ce mémoire. Dans un premier temps, nous baliserons les contours de la notion de « **congé** », pour en arriver plus particulièrement, dans un deuxième temps, à la notion de « **licenciement** ». Pour finir, les différents éléments accessoires à la notion de licenciement tel que la « **motivation** », seront analysés en profondeur.

Section 1 : Notion de « congé »

Il existe un principe fondamental en droit du travail belge qui stipule que « *les contrats de travail conclus à vie sont interdits* ». Ce principe est devenu une obligation légale lorsqu'il fût intégré au sein du droit belge dans l'article 1780 du Code civil et également dans l'article 7 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. A l'heure de la civilisation, de la démocratie et du respect des droits de l'homme, il est évident de retrouver un tel principe qui, en son absence, ouvrirait la porte à l'esclavagisme et l'asservissement conventionnel moderne¹. C'est pourquoi il est reconnu, tant à l'employeur qu'au travailleur, le droit de rompre unilatéralement le contrat de travail qui les lie sans que l'un ou l'autre ne puisse l'obliger à maintenir la relation de travail. Ce droit est repris à l'article 32 de la loi du 3 juillet 1978.

La notion de congé n'a pas fait l'objet d'une définition dans la loi belge. Malgré tout, la doctrine est abondante en la matière, ce qui permet de retrouver suffisamment de définitions de cette notion pour en déterminer les contours. D'après M. Strongylos, le congé est « un acte juridique unilatéral irrévocable qui se suffit à lui-même, sans devoir respecter des conditions de forme »². Alors que selon S. Gilson, qui se réfère à la jurisprudence de la cour de cassation³, il s'agit de « l'acte juridique unilatéral par lequel une partie notifie à l'autre qu'elle entend que le contrat de travail prenne fin »⁴. Le congé est donc un **acte juridique unilatéral** qui entraîne la rupture du contrat de travail. Cet acte prendra la qualification de démission ou de licenciement selon qu'il provienne du travailleur ou de l'employeur⁵.

Depuis toujours, certains considèrent le licenciement du point de vue de l'employeur comme un droit et plus précisément comme un **droit discrétionnaire**. Cette conception belge est notamment l'une

¹ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, Limal, Anthémis, 2014, p.109.

² *Ibid.*

³ Cass., 14 mai 1975, *J.T.T.*, 1976, p. 206 et Cass., 23 mai 1981, *J.T.T.*, 1981, p. 240.

⁴ S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis? L'exemple du licenciement des contractuels de la fonction publique », *Ors.*, 2006, liv. 4, p. 8.

⁵ *Ibid.*

des raisons fondamentales pour laquelle, la Belgique a longtemps hésité à imposer la motivation du licenciement⁶. Nous nous y attarderons plus amplement dans une section suivante.

Section 2 : Notion de motivation

En droit Belge, il n'existe pas de véritable définition de la « motivation du licenciement ». Dans la mesure où celle-ci a largement et longtemps été rejetée par la Belgique, **la notion** de motivation est méconnue de la sphère du droit belge bien qu'on retrouve tout de même quelques applications de cette notion⁷. La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs constituait à l'époque l'un des premiers fragments utiles pour apprécier la notion de motivation. L'article 3 de cette même loi énonce que « *la motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant à la décision. Elle doit être adéquate* »⁸. Il s'agit donc des raisons tant de fait que de droit qui ont poussé l'administration, dans le cas présent, à prendre la décision du licenciement.

Au regard de cette loi, D. Lagasse considère que « motiver formellement une décision c'est l'expliquer, c'est exposer dans la décision elle-même le raisonnement en droit et en fait qui lui sert de fondement. L'autorité administrative démontre ainsi pourquoi elle a estimé pouvoir appliquer sa compétence à la situation de fait qui lui est soumise. Elle permet au citoyen, destinataire de la décision, de comprendre la portée de celle-ci »⁹.

La jurisprudence s'est également penchée récemment sur la notion de motivation du licenciement puisqu'un arrêt de la Cour du travail de Mons a précisé **les caractéristiques** de la motivation¹⁰ comme étant « la référence aux faits, la mention des règles juridiques appliquées et la façon dont ces règles conduisent à prendre cette décision à partir des éléments factuels et pourquoi »¹¹.

En définitive, on pourrait qualifier de manière relativement simplifiée et condensée l'action de motiver le licenciement comme tant *le fait de donner les raisons du licenciement*¹². L'approche adoptée par la convention collective n°109 pour fixer les contours de la notion de motivation du licenciement sera abordée dans une section suivante.

Quel serait alors, au regard de la définition donnée supra, les objectifs de la motivation du licenciement ?

⁶ Ch.-E. CLESSE, « Motivation, motifs du congé et licenciement abusif », in *Le licenciement abusif : notions, évolutions, questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, n° 84, p. 145.

⁷ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », in *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, sous la coordination de M. Baukens, F. Rozenberg, F. Kéfer, Limal, Anthemis, 2014, p. 181.

⁸ J. CLESSE, J. HUBIN, *Questions spéciales de droit social : hommage à Michel Dumont*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 297.

⁹ D. LAGASSE, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs », *J.T.T.*, 1991, p. 737.

¹⁰ J. CLESSE, J. HUBIN, *Questions spéciales de droit social : hommage à Michel Dumont*, *op. cit.*, p. 298.

¹¹ C. trav. Mons, 5 février 2014, Chr. D.S., 2014, p. 23.

¹² L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 181.

La première raison, qui nous vient à l'esprit lorsque l'on parle de motivation du licenciement, n'est autre que celle de **permettre aux travailleurs de connaître les motifs** pour lesquels ils ont été licenciés. Il va de soi que cette première raison est l'un des objectifs clés poursuivis par une motivation imposée à l'employeur. Il paraît logique que le travailleur soit au courant des raisons qui ont poussé l'employeur à rompre le contrat de travail étant donné que les conséquences de cette rupture sont importantes pour le travailleur – perte d'emploi –. L'aspect humain est relativement important dans ce genre de cas de figure. Par conséquent le respect entre les différentes parties doit occuper une place centrale ce qui se traduit notamment par une prise de connaissance de motifs de rupture de la relation de travail¹³.

Une autre finalité primordiale poursuivie par la motivation du licenciement réside justement dans cette prise de connaissance par le travailleur des raisons d'être du licenciement. De fait, lorsque celui-ci en connaît les motifs, il est dès lors plus à même d'**apprécier l'opportunité de contester son licenciement** en justice ou inversement, accepter la décision de l'employeur¹⁴. Grâce à cette motivation, le travailleur a en sa possession les éléments concrets ayant conduit à son licenciement qui, accompagné de son vécu personnel, lui permettra d'avoir un meilleur aperçu de la situation et un accès facilité à la justice¹⁵. Comme nous le verrons par après, cette finalité est essentielle puisqu'elle a fait l'objet à la fois d'une consécration dans un arrêt de la Cour européenne de justice¹⁶ et à la fois d'une insertion dans la nouvelle convention collective n°109.

Deux autres objectifs de la motivation du licenciement sont également et généralement invoqués. D'une part, **l'employeur** sera **plus vigilant et réfléchi** quant au bien-fondé de sa décision sachant qu'il pourrait être amené à justifier le licenciement de son travailleur¹⁷. D'autre part, les partisans de la motivation relèvent **l'aspect préventif** de celle-ci puisqu'ils considèrent qu'en ayant connaissance des raisons du licenciement le travailleur sera – comme nous l'avons déjà évoqué – dans certains cas dissuadé d'intenter une action en justice, résuisant de ce fait les recours intempestifs¹⁸.

En définitive, la motivation du licenciement octroie une garantie contre l'arbitraire et dès lors dissuade les employeurs d'être malhonnêtes¹⁹.

¹³ L. ELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *J.T.*, 2014, liv. 6565, p. 384.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *Chron. D.S.*, 2014, liv. 3, p. 140.

¹⁶ C.E.D.H. (2^e sect.), arrêt *K.M.C. c. Hongrie*, 10 juillet 2012, n° 19554/11, <http://www.echr.coe.int>.

¹⁷ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *Ors.*, 2014, liv. 4, p. 6.

¹⁸ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 140.

¹⁹ J. CLESSE, J. HUBIN, *Questions spéciales de droit social : hommage à Michel Dumont, op. cit.*, p. 302.

Section 3 : Différents types de motivation

i. Motivation formelle et motivation substantielle

L'une des premières grandes distinctions qu'il convient de faire est celle de la motivation formelle de l'acte - qui se rapporte à la légalité externe - et la motivation substantielle - qui se rattache à la légalité interne -²⁰.

Il faut entendre par motivation formelle, « la communication du motif de la décision de rupture, au moment où celle-ci est opérée »²¹. Ce type de motivation doit, par conséquent se retrouver formellement dans l'acte de rupture. La motivation substantielle quant à elle vise les raisons, en tant que telles, du licenciement et se retrouve dans la décision même. Pour cette dernière, il convient dès lors qu'il existe véritablement, au sein de la décision de licencier, des raisons qui ont amenées le licenciement. La motivation formelle ne requiert quant à elle qu'une condition de forme, à savoir que les motifs se retrouvent dans l'acte de rupture.

Puisque la motivation formelle ressort de la légalité externe, le contrôle de celle-ci se limitera en principe à vérifier qu'il existe effectivement dans l'acte les motifs qui fondent la prise de décision ainsi que le caractère adéquate de ces motifs – clair, précis et suffisant –²². En aucun cas, le juge ne contrôlera l'exactitude de la motivation qui se rattache à la légalité interne de l'acte. **Toutefois**, dans la pratique, tant en sécurité sociale qu'en droit du travail, on s'encombre peu de cette distinction et les juges ne se limitent pas à cette distinction dans leur contrôle du licenciement²³.

Selon nous, cette distinction – comme l'ont très justement compris les cours et tribunaux – ne relève pas d'une grande pertinence dans la mesure où lorsqu'on exigera la condition formelle d'inscrire les motifs du licenciement – motivation formelle –, on exigera également par la même occasion, en cas de contestation, qu'il existe bel et bien des raisons ayant conduit au licenciement – motivation matérielle – ce qui par conséquent enlève tout intérêt à cette distinction.

D'ailleurs, comme le souligne S. Gilson et L. Dear, « dans le cadre du nouveau système de la **C.C.T. n°109**, la question de la motivation est liée à la nécessité de l'existence d'un motif concret et à la charge de la preuve. Nous ne sommes donc pas uniquement dans le cadre d'une motivation formelle »²⁴.

ii. Motivation *ex ante* et motivation *ex post*

Il convient de distinguer également la motivation *ex ante* et la motivation *ex post*. La motivation est dite *ex ante* lorsqu'elle est fournie au moment de la notification, c'est-à-dire, antérieurement au

²⁰ P. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck, 2002, p. 165.

²¹ M. DUMONT, *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Liège, Anthémis, 2008, p. 134.

²² S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis? L'exemple du licenciement des contractuels de la fonction publique », *op. cit.*, p. 10.

²³ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 182.

²⁴ *Ibid.*, p. 183.

congé²⁵. Alors que la deuxième est qualifiée de *ex post* puisqu'elle intervient postérieurement au congé notifié par l'employeur. En guise d'exemple, le licenciement pour motif grave - et c'est d'ailleurs le seul - fait l'objet d'une motivation *ex ante* puisque les motifs du licenciement doivent se retrouver dans l'acte du congé lui-même et non postérieurement à celui-ci²⁶.

L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ne met pas en œuvre une motivation du licenciement *ex ante* mais *ex post* étant donné que ce n'est qu'à travers un acte distinct et suite à une demande du travailleur - qui ne peut être que postérieure au congé - que la motivation sera exigée.

En ce qui concerne la motivation reprise dans la **C.C.T. n°109**, il s'agit bien d'une motivation *ex post* puisque, tout comme dans le cadre de l'article 63 cité *supra*, ce n'est qu'après demande faite par le travailleur que l'employeur aura l'obligation de motiver le congé, à moins qu'on se retrouve dans l'hypothèse où l'employeur fourni anticipativement les motifs du congé, ce qui aurait pour effet de qualifier la motivation de *ex ante*.²⁷

iii. Motivation intangible et motivation évolutive

Tout comme leurs noms l'indiquent, une motivation est intangible lorsque les motifs du congé ne peuvent être modifiés à la suite de leurs divulgations. A l'inverse, on considérera qu'elle est évolutive lorsqu'on admet que les motifs du licenciement soient modifiés ultérieurement - lors de la procédure judiciaire par exemple -.

Si l'on se réfère à la jurisprudence belge, l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 a déjà ouvert le débat sur la distinction entre les deux types de motivation. La jurisprudence est d'avis que la motivation exigée dans le cadre de l'article 63 est évolutive et qu'elle peut dès lors être remplacée ou modifiée en cours de procédure judiciaire²⁸. Cette affirmation a d'ailleurs été confirmée dans un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 2014²⁹.

La distinction est fondamentale dans la mesure où considérer la motivation d'un licenciement comme évolutive, d'une certaine manière, vide le contenu de sa substance. Permettre à l'employeur de modifier sa motivation en apportant la preuve de n'importe quels autres motifs que ceux déjà émis reviendrait à enlever tout caractère contraignant et utile d'une telle obligation.

Cette distinction, bien qu'essentielle pour le bon fonctionnement de la motivation, n'a pas fait l'objet d'une intégration explicite au sein de la **C.C.T. n°109**. Cette problématique fera l'objet d'un point particulier dans ce présent mémoire.

²⁵ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 183.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, p. 184.

²⁸ C. trav. Mons, 9 octobre 1981, *J.T.T.*, 1983, p. 22.

²⁹ Cass., 12 mai 2014, *Chr. D.S.*, 2015, p. 10.

Chapitre 2 : La Convention n°158 de l'OIT et à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 juillet 2012

Section 1 : Arrêt de la C.E.D.H. du 10 juillet 2012

L'arrêt rendu par la Cour européenne est une contrainte supplémentaire pour la Belgique quant à la remise en question de son système de licenciement. Cette exigence qui s'impose à l'Etat belge est extrêmement important en ce qui concerne la rupture des relations de travail puisqu'il est juridiquement contraignant pour celui-ci.

i. Contexte de l'arrêt

Le 27 septembre 2010, une fonctionnaire hongroise est licenciée par l'autorité publique de son pays sans motivation de son congé. Au regard de la loi hongroise, le licenciement sans motivation est parfaitement légal et permet de licencier des fonctionnaires sans en donner les raisons, les motifs³⁰. Cette fonctionnaire, estimant impossible d'obtenir gain de cause dans une procédure judiciaire, n'avait pas introduit de recours devant les juridictions de son État. Le 12 février 2011, la Cour constitutionnelle hongroise déclare inconstitutionnelles les dispositions sur base desquelles le licenciement sans motivation de la fonctionnaire avait été notifié³¹. La Cour constitutionnelle va plus loin et proclame la non-applicabilité des dispositions en question pour les affaires pendantes devant les juridictions hongroises³². L'intéressée a alors introduit un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme considérant, qu'en application de l'article 6, § 1^{er} de la Convention des droits de l'homme, elle n'avait pu avoir accès au juge pour contester valablement son licenciement en raison de l'absence de motifs de la rupture du contrat de travail³³.

ii. Décision de la Cour

Pour rendre sa décision, la Cour va raisonner en deux grandes étapes.

La Cour commence par rappeler le fondement et la raison d'être de l'article 6, à savoir le droit qu'a tout individu de pouvoir soumettre sa cause au juge mais également, par après, le droit de tout individu à un procès équitable. Pour ce faire, elle se réfère à sa jurisprudence antérieure tel que l'arrêt « Golder » qui reconnaît que « *Article 6 § 1 embodies the "right to a court", of which the right of*

³⁰ O. DEPRINCE, « Motivation du licenciement après la loi du 26 décembre 2013 et la convention collective de travail n°109 : une insécurité juridique plus que jamais présente dans le secteur public », *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, sous la coordination de M. Baukens, F. Rozenberg, F. Kéfer, Limal, Anthemis, 2014, p. 251.

³¹ « Absence de motivation du licenciement : violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », Commentaire de C.E.D.H., 10 juillet 2012, n° 19.554/1, disponible sur <http://www.terralaboris.be/spip.php?article1266>.

³² *Ibid.*

³³ O. DEPRINCE, *op. cit.*, p. 241.

access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect »³⁴.

En d'autres termes, la Cour fait référence à sa jurisprudence antérieure afin de rappeler la reconnaissance du **droit d'accéder aux tribunaux**, à la justice et d'y introduire sa cause. Une fois la confirmation de ce principe retracée, la Cour précise toutefois que celui-ci n'est pas absolu et qu'il peut se trouver limité par les États sous certaines conditions et avec une certaine proportion³⁵. Par son arrêt *Osman contre Royaume-Unis* du 28 octobre 1998, la Cour avait considéré que les restrictions émises par les États ne pouvaient restreindre l'accès à la justice au point de réduire à peau de chagrin le droit en question³⁶.

Après un bref rappel de ses décisions antérieures, la Cour en arrive au cœur du litige en se prononçant sur l'inattendue relation entre la motivation du licenciement et le droit au procès équitable faite par la requérante³⁷. Malgré la difficulté et l'ampleur des répercussions que cela pourrait avoir par la suite, la Cour est relativement claire et concise dans sa réponse :

*« However, since the employer was under no obligation to give any reasons for that dismissal, the Court takes the view that it is inconceivable for the applicant to have brought a meaningful action, for want of any known position of the respondent employer »*³⁸.

Par ces mots, la Cour considère qu'en l'absence d'obligation de motivation du licenciement, la fonctionnaire n'avait pas la possibilité de connaître la position de son ancien employeur et qu'il était dès lors impensable pour l'intéressée d'introduire une action judiciaire valable³⁹. La Cour conclut à l'unanimité à la **violation de l'article 6 § 1^{er}** de la Convention européenne des droits de l'homme en raison du défaut d'obligation de motivation entraînant comme conséquence l'impossibilité de former un recours judiciaire effectif.

iii. Enseignements

L'enseignement que l'on peut retirer de cet arrêt est relativement clair : l'absence de motivation du licenciement prive le travailleur de la possibilité d'introduire une action en justice effective et ce fait, le prive également de son droit d'accès à la justice qui lui est reconnu au travers de la C.E.D.H.. Si tel est le cas, l'article 6 § 1^{er} de la Convention se trouve alors violé.

Ce jugement rendu par la Cour menace de plein fouet notre système alors fondé sur le principe de non motivation des licenciements, basé lui-même sur un « quasi droit discrétionnaire » reconnu à l'employeur. Cette obligation pour l'employeur de faire connaître les « motifs valables » du licenciement au travailleur se trouvait être en contradiction avec le système alors présent en

³⁴ C.E.D.H., arrêt *Golder c. Royaume Unis*, 21 février 1975, n° 4451/70, disponible sur <http://www.echr.coe.int>.

³⁵ C. DESMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *op. cit.*, p. 338.

³⁶ C.E.D.H., arrêt *Osman c. Royaume Unis*, 28 Octobre 1998, n° 23452/94, disponible sur <http://www.echr.coe.int>.

³⁷ C. DESMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *op. cit.*, p. 338.

³⁸ C.E.D.H. (2^e sect.), arrêt *K.M.C. c. Hongrie*, 10 juillet 2012, précité, note 16.

³⁹ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 178.

Belgique⁴⁰. Or on le sait, la Belgique est partie à la Convention européenne des droits de l'homme qui précise en son article 46 l'obligation positive pour les États de se conformer aux arrêts de la Cour puisqu'ils en acceptent la compétence et l'autorité. De plus un effet horizontal a été reconnu à l'article 6 de la convention ce qui a pour résultat de rendre l'employeur débiteur de ce droit⁴¹.

En conclusion, il convenait donc, afin d'être conforme à la C.E.D.H., de « permettre »⁴² aux travailleurs de connaître les motifs de leurs licenciements. Malgré tout, certains auteurs laissent entendre que l'origine de l'actuelle motivation du licenciement ne serait pas due à cet arrêt contraignant mais uniquement à l'unification des statuts entre ouvriers et employés⁴³.

iv. Observations

Au regard de cet arrêt, plusieurs points peuvent attirer notre attention.

Il serait tentant de vouloir restreindre le champ d'application de cet arrêt aux seuls fonctionnaires, comme c'est le cas dans la cause portée devant la Cour, plutôt qu'à **l'ensemble des travailleurs**. Néanmoins, selon nous, ce serait une erreur que de vouloir en limiter la portée pour deux raisons. D'une part, la Cour ne fait état de cette spécificité que dans le cadre de l'énonciation des faits et ne s'y réfère pas dans son raisonnement en droit. D'autre part, la Cour ne fait, à aucun moment dans son jugement, la distinction entre un travailleur salarié et un travailleur fonctionnaire⁴⁴. Ce point de vue est partagé par le Juge Pinto de Albuquerque qui, dans son opinion concordante, considère que la protection offerte par l'arrêt s'applique à l'ensemble des travailleurs.

En plus de l'inattendue relation entre la motivation du licenciement et le procès équitable, le raisonnement posé par la Cour est d'autant plus étonnant que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à davantage une **vocation procédurale** plutôt qu'une tendance à régenter directement le droit du travail des États membres⁴⁵.

Donner la possibilité au travailleur, de pouvoir connaître les motifs de son licenciement et dès lors de connaître la position de l'employeur pour qu'il puisse introduire à juste titre une action judiciaire, est a *posteriori* rencontrée par l'obligation faite à l'employeur, dans le **certificat de chômage** (C4), de mentionner les motifs du licenciement⁴⁶. On conviendra cependant que la légèreté du contenu de cette obligation ne permet toutefois pas de garantir l'objectif suivi par la Cour. Nous analyserons en profondeur cette problématique du certificat de chômage dans une section *supra*.

Finalement, pour certains auteurs, il conviendrait de ne pas considérer l'arrêt *K.M.C.* comme **applicable en Belgique** dans la mesure où les dispositions invoquées par la Cour ne sont pas

⁴⁰ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 179.

⁴¹ *Ibid.*, p. 180.

⁴² Il conviendra de déterminer *infra* s'il s'agit bel et bien d'une possibilité ou d'une obligation.

⁴³ O. DEPRINCE, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁴ C. DESMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *op. cit.*, p. 338.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 179.

contraignantes pour notre pays⁴⁷. Nous ne partageons pas cette avis car, au regard de la jurisprudence de la Cour, dont notamment dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, elle rappelle « qu'il n'est pas nécessaire que l'État défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée »⁴⁸. Cet avis est d'ailleurs partagé par la majorité de la doctrine⁴⁹ mais également par le Juge Pinto de Albuquerque dans ses conclusions concordantes.

Section 2 : La Convention n°158 de l'Organisation internationale du travail

i. Mise en contexte

La convention n°158 de l'OIT est un instrument important et relativement avant-gardiste pour son époque, c'est en partie la raison pour laquelle certains pays ne se sont pas engagés dans celle-ci. Datant de 1982, la Convention est l'un des tout premiers instruments internationaux relatifs à la protection du licenciement et reflète donc une volonté relativement novatrice puisqu'elle s'inscrit dans un contexte où le droit du travail est encore frileux au changement. La Belgique, notamment, contribue à ce mouvement conservateur du droit du travail puisqu'elle a toujours défendu la liberté de gestion de l'employeur en dépit d'une éventuelle protection du travailleur. Fidèle à sa volonté, c'est en toute logique que l'Etat belge refuse de prendre part à la Convention et de la ratifier étant donné que cette dernière contient des dispositions contraires à ses principes⁵⁰.

Malgré tout, le gouvernement belge a applaudi les avancées réalisées par la convention en approuvant cette dernière à l'assemblée générale de l'OIT. Cette approbation constitue une reconnaissance implicite que ladite convention n'est pas un élément qui trouble l'ordre juridique belge⁵¹. De plus, nonobstant l'absence de force contraignante que revête cet instrument pour la Belgique, cette convention constitue indubitablement une source d'inspiration qui d'ailleurs, on l'a vu, a influencé la législation belge tant pour la rédaction de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 que pour la convention collective n°109⁵². Comme le souligne Régnier « elle traduit un certain consensus au niveau international au sujet des droits et obligations minimums réciproques des employeurs et des travailleurs »⁵³.

D'autres auteurs évoquent « l'effet ricochet » des dispositions de la convention n°158 qui permet d'avoir un effet indirect de celle-ci sur la Belgique malgré qu'elle n'ait pas ratifié la convention. En effet, on peut considérer que cette convention s'incorpore aux exigences du procès équitable de l'article 6 parce qu'elle serait en quelque sorte le droit commun des nations⁵⁴. Partant, la convention n°158 et plus précisément l'article 7 de celle-ci, par « l'effet ricochet » est en quelque sorte intégré par

⁴⁷ H. FUNCK, « L'arrêt K.M.C. c/ Hongrie: un arrêt non applicable en droit belge », *Chron. D.S.*, 2013, liv. 7, p. 400.

⁴⁸ C.E.D.H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008, *Chr.D.S.*, 2009, p. 403, note J. JACQMAIN.

⁴⁹ O. DEPRINCE, *op. cit.*, p. 252.

⁵⁰ G. DOMEZ, « La motivation du licenciement: une juste cause » in *Motivation et motifs du congé*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 62.

⁵¹ L. ELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 379.

⁵² *Ibid.*

⁵³ J. RÉGNIER, « Le licenciement individuel : mesures préventives et motivation », *J.T.T.*, 1973, p. 258.

⁵⁴ Propos recueillis lors de l'interview de Steve Gilson, le 23 avril 2015.

la Cour européenne des droits de l'homme dans l'article 6 de la C.E.D.H.⁵⁵ puisqu'elle se réfère, pour appliquer ce dernier, à ladite convention. Cet avis est également partagé de façon indirecte par la Cour de justice de l'union européenne dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*.

ii. Champ d'application

Il convient tout d'abord de préciser que la Convention n° 158 à vu le jour dans l'optique de remplacer la **recommandation n° 199** portant sur la cessation de la relation de travail et adoptée par le l'Organisation international du Travail⁵⁶. Cet instrument a été conçu dès 1963 mais fut par la suite remplacé par une convention en raison de son absence de force contraignante. Lors de l'adoption de la convention n° 158 en 1982, la Conférence internationale du Travail a également conçu une **recommandation n°166** qui remplace également la n°119 et complète la convention n°158.

La convention n° 158 est composée de **quatre grandes parties** dont, dans le cadre de ce mémoire, seules les parties une et deux nous intéressent tout particulièrement. Alors que la première partie renvoie au « *champ d'application et aux définitions* » de la convention, la deuxième partie contient les dispositions centrales de la convention, à savoir les « *normes d'application générale* ». On constate également que cette deuxième partie est composée de trois sections : *A. Justification du licenciement ; B. Procédure à suivre avant le licenciement au moment de celui-ci ; C. Procédure de recours contre le licenciement*. Cette structure a le mérite d'être claire et précise ce qui facilite, la lecture de la convention même pour un individu *lambda*.

❖ Partie I

L'article 2 détermine le champ d'application de la convention n° 158. Dans un premier temps, elle précise qu'elle s'applique à toutes les branches d'activités économiques ainsi qu'à tous les travailleurs salariés. Les fonctionnaires sont également compris dans le champ de la convention contrairement aux travailleurs indépendants qui en sont explicitement écartés. On le remarque, le champ d'application couvert par la convention est excessivement large. De plus, la convention offre au paragraphe 2 à 6 une relativement grande flexibilité aux états membres en leur octroyant la possibilité d'exclure certains types ou catégories de travailleurs⁵⁷. Toutefois, il est primordial de préciser que cette possibilité laissée aux États est encadrée puisqu'ils ne peuvent exclure que trois catégories de travailleurs repris au paragraphe 2. Outre cette limite, la convention prévoit des garanties adéquates pour les exclusions qui sont basées sur la nature du contrat de travail.

L'article 3 quant à lui précise que la convention ne s'applique qu'aux ruptures de contrat de travail à l'initiative de l'employeur, à savoir le licenciement.

⁵⁵ F. LAMBINET, S. GILSON, *op. cit.*, p. 34, (à paraître).

⁵⁶ G. DOMEZ, « La motivation du licenciement: une juste cause », *op. cit.*, p. 67.

⁵⁷ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, p. 27.

❖ Partie II, A.

Les articles 4 à 6 sont relativement complets et précis du point de vue de leur rédaction :

L'article 4 constitue la pièce maîtresse de cette convention en ce qu'il requiert que le licenciement d'un travailleur soit fondé sur un motif valable qui doit être lié à une série d'hypothèses qui sont :

« L'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ».

La convention n° 158 se fonde sur la notion de « motif valable » qui constitue véritablement la clé de voûte de ladite convention. L'idée est de priver l'employeur de toute latitude et d'arbitraire quant à la rupture unilatérale d'un contrat de travail pour une durée indéterminée.

Selon le Bureau international du travail de Genève, les termes « *conduite du travailleur* » font directement référence à une faute commise par celui-ci pouvant être professionnelle ou comportementale⁵⁸. Cette hypothèse est dès lors intimement liée au comportement ainsi qu'à l'attitude du travailleur. Pour ce qui est des motifs liés à « *l'aptitude du travailleur* », la convention fait ici référence à l'incapacité de celui-ci. Deux hypothèses sont envisageables, soit l'inaptitude résulte d'un manque de qualification soit d'un défaut de qualités nécessaires pour accomplir les missions confiées⁵⁹. Pour ce qui est de la troisième catégorie d'hypothèses, la convention ne définit pas la notion d'entreprise, d'établissement et de service. Selon une étude de la Commission internationale du Travail, « les motifs se rapportant aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise étaient généralement définis par référence à un excédent de main-d'œuvre ou à la réduction du nombre de postes pour des motifs d'ordre économique ou technique ou dans les cas fortuits ou de force majeure »⁶⁰.

La convention a également pris le soin, au sein de **l'article 5 et 6**, d'énumérer une série de motifs qui ne peuvent constituer des motifs valables et de ce fait, être une justification du licenciement du travailleur.

L'article 5 est libellé comme suit : « 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;

⁵⁸ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, p. 53.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ C.I.T., 59 session, 1974, *Rapport III (Partie 4B)*, paragr. 34.

(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 » (souligné par nous).

On remarquera qu'en raison du terme « notamment », la liste reprise à l'article 5 doit être considérée comme non exhaustive permettant ainsi aux États de prévoir d'autres motifs non valables⁶¹. En dehors de ces motifs repris dans la convention, la recommandation n°166 qui, on le rappelle n'a pas de force obligatoire, complète ceux-ci par : a) l'âge, sous réserve de la législation et de la pratique nationales en ce qui concerne la retraite; et b) l'absence du travail due au service militaire obligatoire ou à d'autres obligations civiles, conformément à la législation et à la pratique nationales⁶².

En ce qui concerne l'article 6, il évoque un cas de figure bien particulier, à savoir l'absence temporaire de travail en raison d'une maladie ou d'un accident. Cet article permet incontestablement de protéger le travailleur et d'éviter ainsi les éventuels abus de l'employeur.

❖ Partie II, B

L'article 7 fait référence à la procédure à suivre avant et pendant le licenciement. Il prévoit la possibilité pour le travailleur de se défendre contre les allégations formulées en instaurant une audition préalable. Il s'agit ici d'une mise en œuvre de droit de la défense qui octroie la possibilité au travailleur de se défendre lorsqu'il risque le licenciement. Le cadre et la procédure dans lesquelles ont lieu cette audition préalable n'ont pas fait l'objet d'une disposition, la convention restant silencieuse à ce sujet.

❖ Partie II, C

Cette partie importante introduit la procédure à suivre en cas de contestation du licenciement par le travailleur. Lorsque l'employeur licencie le travailleur pour un motif non valable ou non 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, il sera alors qualifié de « licenciement injustifié ».

L'article 8 reconnaît ce droit au travailleur de contester son licenciement devant un organisme impartial, une commission d'arbitrage ou un arbitre. Autrement dit, le travailleur a la possibilité de contester son licenciement devant un tribunal ou de recourir au mode alternatif de résolution des conflits. Dans le paragraphe 3 de l'article 8, la convention limite ce droit de contestation par une prescription qui empêchera alors tout recours passé un « délai raisonnable ».

Les questions relatives à l'examen du fond et à la charge de la preuve sont réglées par **l'article 9** de la convention. Au paragraphe premier, il est stipulé que le tribunal ou les organismes compétents devront « être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les

⁶¹ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *op. cit.*, p. 57.

⁶² Recommandation n° 166 sur le licenciement, 68ème session, C.I.T., 22 juin 1982, p. 2.

autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié »⁶³. Ce neuvième article précise que l'organisme compétent pour régler la contestation, devra examiner les motifs invoqués et déterminer s'ils sont valables. Il considère également que l'organisme devra tenir compte de circonstances en l'espèce, c'est-à-dire des faits, pour déterminer la qualification à donner au licenciement.

Concernant la charge de la preuve, le paragraphe 2 spécifie qu'« afin que le salarié n'ait pas à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié, les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention devront prévoir l'une ou l'autre ou les deux possibilités suivantes: (a) la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement tel que défini à l'article 4 de la présente convention devra incomber à l'employeur; (b) les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à former leur conviction quant aux motifs du licenciement au vu des éléments de preuve fournis par les parties et selon des procédures conformes à la législation et à la pratique nationales »⁶⁴ (souligné par nous).

Le poids de la charge de la preuve et dès lors, en grande partie, la réussite du recours contre le licenciement dépendra du choix posé par le législateur du pays ayant ratifié la convention. De nombreux pays tel que la Belgique avec l'article 63, bien qu'indépendant de la convention, se fonde sur la première possibilité, à savoir que l'employeur a la charge de prouver les motifs qu'il aura invoqués. Cette solution, selon nous, est la plus adéquate afin d'assurer l'efficacité de la convention et la motivation du licenciement. Si le travailleur avait la charge de la preuve, la motivation du licenciement sera vidée de sa substance compte tenu de la difficulté qu'aurait le travailleur à prouver ses dires. La deuxième possibilité offerte par la convention n'impose ni à l'employeur, ni au travailleur, la charge de la preuve mais c'est au tribunal que revient la prise de décision au vu des preuves fournies par les **deux** parties.

Concernant le paragraphe 3, il vise l'une des hypothèses de motivation autorisée par la convention. Ce paragraphe fait preuve d'une certaine souplesse puisqu'il laisse aux États membres la faculté de choisir dans quelles mesures les organes compétents pour traiter du recours peuvent s'interroger sur la suffisance des motifs qui se rapportent aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise⁶⁵. En d'autres termes, il laisse le choix aux États de déterminer l'envergure du pouvoir de l'organisme, c'est-à-dire avec quelle étendue de pouvoir, les organismes compétents pourront déterminer si les raisons invoquées par l'employeur sont satisfaisantes par rapport au licenciement.

Si le licenciement vient à être déclaré injustifié par l'organisme compétent, **l'article 10** nous renseigne sur les différentes voies possibles pour la réparation du licenciement non justifié ou non correctement justifié. Au premier coup d'œil, on constate que l'article tend privilégier la réparation en nature puisqu'il privilégie l'annulation du licenciement et la réintégration du travailleur licencié. L'article 10 ouvre toutefois la possibilité à d'autres voies de réparation en prévoyant une indemnité adéquate ou toute

⁶³ Art. 9 §1 de la Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, fait à Genève le 22 juin 1982, disponible sur <http://www.ilo.org>.

⁶⁴ *Ibid.*, art. 9 §2.

⁶⁵ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *op. cit.*, p. 99.

autre forme de réparation considérée comme appropriée. Cette seconde voie offre une grande liberté aux États qui ont alors la faculté de choisir la réparation qui leur semble le plus appropriée entre la réparation en espèce ou par équivalent.

En définitive, cette convention est un instrument relativement novateur en ce qu'il instaure la motivation du licenciement et une réparation en cas de licenciement injustifié. De plus, elle a le mérite de laisser de grande liberté de choix aux différents États ayant ratifiés la convention.

Chapitre 3 : Le régime antérieur au nouveau système du licenciement en Belgique

La Belgique, comme beaucoup d'autres pays européens, connaît une **double distinction** au sein du droit du travail. D'une part, le monde du travail en Belgique est séparé en deux secteurs, le public et le privé et d'autre part, au sein même de ces deux types de secteurs, l'on retrouve deux catégories de travailleurs, les employés et les ouvriers. On ne peut, dans ce présent mémoire, faire l'économie de ces distinctions tant elles régissent le droit du travail et ses évolutions. Dans ce chapitre, nous analyserons le **principe fondateur** du licenciement, commun à l'ensemble des secteurs et catégories, à savoir « l'absence de motivation ». En deuxième lieu, nous évoquerons les catégories créées par le droit du travail au regard des **exceptions** de principe d'absence de motivation.

Section 1 : Le choix d'une absence de motivation

i. Principe

Avant l'adoption de la C.C.T. n°109, le droit belge était dominé par le **principe d'absence de motivation du licenciement** malgré qu'il ne soit inscrit dans aucun texte législatif ou réglementaire⁶⁶. Ce principe était présent **pour l'ensemble des travailleurs**, à savoir pour les employés et pour les ouvriers qu'ils soient **du secteur privé ou du secteur public**. La Belgique a toujours maintenu sa position concernant la motivation du licenciement et ce, pendant de nombreuses années alors même que le contexte international n'y était pas favorable.

De fait, l'employeur ayant rompu le contrat de travail de son travailleur ne devait pas fournir les motifs, les raisons pour lesquelles il y avait mis fin. La législation du droit du travail belge ne comprenait donc **aucune règle générale** imposant à l'employeur de motiver sa décision de licenciement par de « justes » ou de « valables » motifs de congé⁶⁷.

La position de la Belgique concernant la question du licenciement était, en règle générale, fondée sur la liberté de l'employeur. Ce point de vue a bien sûr eu son influence sur la législation belge du droit du travail. La Belgique considère en effet que l'employeur doit être libre de gérer librement son entreprise comme il l'entend et comme bon lui semble⁶⁸. Ce « pouvoir de gestion » reconnu et protégé par l'état belge offre à l'employeur la garantie de pouvoir, sauf disposition législative expresse, remettre congé à ses travailleurs sans aucune condition de fond⁶⁹. Certains auteurs en viennent même à considérer que l'employeur possède un véritable droit discrétionnaire⁷⁰. Ce droit a été qualifié

⁶⁶ F. LAMBINET, S. GILSON, *op. cit.*, p. 31, (à paraître).

⁶⁷ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 165.

⁶⁸ M. STRONGYLOS, « Licenciement et motivation: la conséquence de l'acte de rupture non ou mal motivé », *Pacioli*, 2006, liv. 218, p. 4.

⁶⁹ G. DOMEZ, « La motivation du licenciement: une juste cause », *op. cit.*, p. 62.

⁷⁰ *Ibid.*

de la sorte dans la mesure où, comme nous l'avons exposé plus haut, l'employeur disposait d'un véritable pouvoir de gérer son personnel sans en être limité.

Toutefois, le droit du travail belge a vu arriver de nombreuses exceptions⁷¹ à ce principe général d'« absence de motivation ». Celles-ci, telle que l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, la théorie de l'abus de droit, le licenciement pour motif grave ainsi que toutes les procédures spéciales à suivre en cas de licenciement de certains travailleurs, forment un ensemble qui couvre la quasi-totalité des travailleurs en Belgique. Au regard de ce constat, on peut donc considérer que le principe selon lequel le licenciement du travailleur ne doit pas être motivé, devient quelque peu dépassé puisqu'une grande partie, voire la totalité des travailleurs, bénéficie de régime qui leur offre la possibilité de connaître les raisons de leur licenciement. Néanmoins, ces motivations sont principalement matérielles et *a posteriori* - sauf pour le licenciement pour motif grave - dans la mesure où les motifs ne doivent pas se retrouver dans l'acte lui-même et que ce n'est qu'en cas de contestation que l'employeur devra motiver le licenciement.

En conséquence, le régime antérieur de licenciement du travailleur, de par ces exceptions, n'était pas fondé sur un principe d'absence de motivation pure et simple mais plutôt sur une absence d'obligation générale de motiver **formellement** le licenciement. Il est vrai qu'à travers ces restrictions, l'employeur a toujours eu l'obligation de licencier le travailleur pour une juste cause et n'avait pas de pouvoir absolu à ce sujet.

C'est pourquoi d'autres nuancent l'affirmation selon laquelle l'employeur a un pouvoir discrétionnaire, tel que P.-P. Van Gehuchten en stipulant que « depuis les développements de la théorie de l'abus de droit, plus personne ne devrait se risquer à qualifier le droit de rupture comme discrétionnaire »⁷². Ces dires découlent très certainement des travaux préparatoires de la loi du 3 juillet de 1978 qui spécifient qu'« il n'est dorénavant plus permis d'affirmer que l'employeur a un pouvoir discrétionnaire de licencier par préavis, l'employeur peut être interpellé sur les motifs de son acte »⁷³.

Nonobstant ces restrictions, le pouvoir en tant que tel de licenciement reconnu à l'employeur pour la gestion de son entreprise subsiste. En effet, le véritable pouvoir de l'employeur, selon nous, réside dans l'absence d'obligation de réintégration du travailleur comme sanction d'un licenciement irrégulier du travailleur, la sanction se résumant à de simple indemnité. C'est pourquoi, le droit du travail en Belgique est qualifié d'*indemnitaire*.

Pour finir, il convient toutefois de distinguer deux choses du point de vue de la motivation : le congé et la rupture du contrat de travail. Comme on l'a vu, antérieurement à la C.C.T. n°109, l'employeur ne s'est jamais vu imposer l'obligation de motiver formellement le congé. Malgré tout, on oublie souvent que l'acte de rupture du contrat de travail quant à lui a toujours engendré l'obligation pour l'employeur

⁷¹ Ces exceptions seront approfondies dans la section 2 de ce présent chapitre.

⁷² P.-P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », in *Motivation et motifs du congé*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 19.

⁷³ *Doc. Parl.*, Sén., sess. 1977-1978, 258/2, p. 25.

d'inscrire dans le C4 (certificat de chômage) la cause de la rupture du contrat de travail⁷⁴. Dans ce cas de figure, on ne parle pas de motivation du congé mais de motivation de rupture.

ii. Critiques du système

Tant les opinions sont **favorables** à l'**absence** de motivation, on comprend rapidement que ce n'est pas le fait du hasard si le principe « d'absence de motivation du licenciement » a perduré pendant de nombreuses années.

Dans un premier temps, de nombreux auteurs ou cours et tribunaux se fondent sur la raison d'être même de l'absence de motivation du licenciement, à savoir le pouvoir de gestion qu'a l'employeur dans son entreprise⁷⁵. Par ce postulat, les auteurs entendent défendre la liberté de l'employeur dans son entreprise ce qui entraîne inmanquablement l'absence de communication des raisons d'un licenciement qui est un frein significatif de cette liberté.

Une autre raison invoquée par les partisans de l'absence de motivation est intimement liée à la première puisqu'elle concerne la « liberté des parties ». D'une part, il faut préserver la liberté du travailleur de s'engager pour une durée indéterminée sous l'autorité de d'autrui⁷⁶. D'autre part, il convient de tenir compte de la liberté de commerce et d'industrie de l'employeur⁷⁷. Ces libertés doivent être protégées ce qui implique de s'abstenir d'émettre des dispositions législatives ou réglementaires en la matière.

Pour finir, il convient de tenir compte des éventuelles conséquences négatives que cela pourrait engendrer pour le travailleur. Non seulement la motivation du licenciement pourrait avoir un effet négatif sur l'octroi du chômage aux travailleurs licenciés mais en plus, des motifs peu élogieux pour le travailleur constitueraient un obstacle pour le travailleur alors en quête d'un nouvel emploi.

Depuis 2014, le licenciement en Belgique s'accompagne, à la demande du travailleur ou sous initiative de l'employeur, des **motifs** qui fondent la décision du congé. Ce changement de cap opéré par la Belgique ne s'est pas fait sans raison, la doctrine y était **favorable**, du moins en partie. Selon eux, la stabilité de l'emploi est primordiale en des temps qui sont durs en raison notamment des crises à répétition. C'est pourquoi, limiter la liberté de l'employeur à travers l'exigence de motivation du congé servira de garantie à cette stabilité⁷⁸. La motivation jouera alors un rôle préventif certain puisqu'il évitera les réactions intempestives et irréfléchies des employeurs qui veilleront en effet à prendre plus de recul de peur des conséquences qu'ils pourraient encourir⁷⁹. Ce dispositif permet également au juge d'avoir en sa possession plus d'informations et d'éléments afin de prendre une juste décision lors d'une contestation du licenciement.

⁷⁴ S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis? L'exemple du licenciement des contractuels de la fonction publique », *op. cit.*, p. 10.

⁷⁵ G. DEMEZ, « La motivation du licenciement: une juste cause », *op. cit.*, p. 74.

⁷⁶ P.-P. VAN GEUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », in *Motivation et motifs du congé*, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ C. DESMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *J.T.T.*, 2013, liv. 1165, p. 341.

⁷⁹ *Ibid.*

L'obligation de fournir les motifs du licenciement constitue également une marque de respect et de loyauté. A l'heure du 21^e siècle, dans le respect des principes évoqués précédemment, il semblerait impensable qu'un travailleur qui est licencié n'ait pas la faculté de connaître les raisons qui ont poussé l'employeur à donner congé à celui-ci⁸⁰.

Pour finir, le droit de licencier est qualifié de « droit fonction », ce qui signifie qu'il ne peut être mis en œuvre pour les raisons pour lesquelles il a été créé. L'intérêt de l'entreprise en constitue une raison ce qui implique un devoir de collaboration et de solidarité⁸¹. La motivation du licenciement permettrait notamment de vérifier si l'exercice de ce droit a bien été mis en œuvre conformément à sa finalité⁸².

Section 2 : Exceptions au principe de non motivation au regard des secteurs de travail et aux catégories de travailleurs

Le principe général selon lequel le licenciement n'est pas motivé en Belgique souffre toutefois, comme nous l'avons vu, de nombreuses exceptions et n'est donc **pas absolu**.

De fait, l'état belge, fidèle à ce principe a malgré tout prévu des limitations pour éviter de rendre le licenciement arbitraire⁸³. *Au vu de leurs nombres, les exceptions ne sont-elles pas devenues la règle ?*

i. Ouvriers du secteur privé et public

Une discrimination historique entre ouvrier et employé est la raison pour laquelle **l'article 63** a vu le jour. Les employés bénéficiant de préavis plus avantageux par rapport aux ouvriers, le législateur a souhaité offrir une plus grande stabilité d'emploi afin de compenser cette différence⁸⁴. Pour cette raison, l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ne bénéficie qu'aux ouvriers.

L'article 63 stipule que « *Est considéré comme licenciement abusif pour l'application du présent article, le licenciement d'un ouvrier engagé pour une durée indéterminée effectué pour des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite de l'ouvrier ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. En cas de contestation, la charge de la preuve des motifs du licenciement invoqués incombe à l'employeur* » (souligné par nous).

Au regard de cet article, plusieurs constats peuvent être posés :

- L'article 63 n'impose nullement à l'employeur une obligation de motivation formelle du licenciement. Beaucoup d'auteurs parlent alors d'« obligation indirecte » en ce sens que

⁸⁰ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 171.

⁸¹ C. trav. Bruxelles, 23 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 343

⁸² L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 172.

⁸³ M. STRONGYLOS, « Licenciement et motivation: la conséquence de l'acte de rupture non ou mal motivé », *op. cit.*, p. 4.

⁸⁴ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, *op. cit.*, p. 114.

l'employeur n'a pas l'obligation de motiver *a priori* le licenciement du travailleur. Ce n'est qu'en cas de contestation du licenciement par le travailleur, c'est-à-dire *a postériori*, que l'employeur devra prouver les motifs du licenciement et donc motiver le licenciement.

- L'élément déterminant de cet article relève de la charge de la preuve qui opère un renversement au profit du travailleur et oblige dès lors la partie adverse à motiver le congé. De fait, l'employeur sera dans l'obligation de prouver que les motifs du licenciement correspondent bien aux hypothèses autorisées par la loi⁸⁵. Grâce au renversement de la charge de la preuve, le travailleur pourra bénéficier *a postériori* des motifs qui ont conduit à son licenciement.
- Le licenciement abusif de l'article 63 impose une motivation dite « fermée » en ce sens que l'employeur est dans l'obligation de justifier le licenciement au regard des seuls motifs autorisés par cette disposition. En d'autres termes, lorsque l'ouvrier conteste le licenciement, l'employeur devra prouver que les raisons du licenciement sont en lien avec l'aptitude ou la conduite de l'ouvrier ou les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. À défaut de quoi, le licenciement sera qualifié d'abusif⁸⁶. L'employeur ne peut donc pas justifier son licenciement par n'importe quel moyen mais devra prouver que la raison de celui-ci est en lien avec les motifs énoncés par la loi.
- A défaut de motifs « valables » invoqués par l'employeur, il y aura absence de justification du licenciement de l'ouvrier et le congé sera alors qualifié d'abusif. L'employeur sera dès lors tenu de payer à cet ouvrier une indemnité correspondant à six mois de sa rémunération⁸⁷.

En définitive, bien qu'il n'y ait pas de réelle obligation de motivation formelle pour l'employeur, celui-ci pourrait être amené à se justifier sur les raisons du licenciement - dans le cadre d'un procès - ce qui constitue bel et bien une exception au principe de non motivation. Toutefois, on le verra, l'article 63 a été supprimé - sauf exception - au profit notamment d'un principe général de motivation du licenciement.

ii. Employés du secteur privé et public

L'employé ne pouvant tirer bénéfice de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 tel que stipulé *supra*, ils ont la faculté d'invoquer **la théorie de l'abus de droit**, qui découle des articles 1134 et 1382 du Code civil, afin de qualifier le licenciement d'abusif⁸⁸. Il ne s'agit pas ici d'une disposition spécifique telle que l'article 63 dont bénéficient les ouvriers mais plutôt de dispositions qui dégagent un principe pouvant être utilisé par l'employé aux fins de sanctionner le licenciement. Selon cette théorie, les différentes parties au contrat ne peuvent abuser des droits qu'elles tirent de celui-ci tel que par exemple, le droit

⁸⁵ C. DESMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *op. cit.*, p. 342.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Art. 63 de la loi 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.

⁸⁸ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, *op. cit.*, p. 113.

de rompre le contrat de travail⁸⁹. Contrairement à l'ouvrier qui lui ne doit rien prouver, l'inconvénient d'une telle théorie réside dans l'administration de la preuve puisqu'elle est à charge de l'employé ce qui tend à rendre la tâche incommensurablement plus difficile⁹⁰. L'employé devrait donc démontrer la faute, le dommage et le lien causal afin de qualifier le licenciement d'abusif⁹¹.

Il convient de préciser que cette théorie de l'abus de droit subsiste et constitue toujours à l'heure actuelle, malgré la C.C.T. n°109, un moyen d'action pour le travailleur contre son licenciement qu'il estime abusif.

iii. Particularité du secteur public

La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ne concerne, comme son nom l'indique, que les actes administratifs rendus par les autorités administratives.

Malgré ce champ d'application relativement restreint, cette loi très controversée a le mérite, selon nous, d'imposer aux autorités administratives, lorsqu'elles agissent en qualité d'employeur, de motiver leurs actes qualifiés d'administratifs⁹². D'après nous, il s'agit là de l'une des toutes premières formes de motivation directe en droit Belge. Nous ne nous y attardons toutefois pas malgré la plus-value et les débats qu'a engendrés une telle loi.

iv. Licenciement pour motif grave et les fausses exceptions

Le **licenciement pour motif grave** est repris à l'article 35 de la loi sur le contrat de travail et s'applique tant pour **les ouvriers que pour les employés, tous secteurs confondus**.

L'article stipule que « *chacune des parties peut résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu. Est considérée comme constituant un motif grave, toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur. Le congé pour motif grave ne peut plus être donné sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui donne congé, depuis trois jours ouvrables au moins* »⁹³ (souligné par nous).

L'article 35 offre donc la possibilité à l'employeur de rompre le contrat de travail sans préavis ni indemnité lorsqu'il constate un motif grave, c'est-à-dire lorsqu'il estime que la collaboration avec le travailleur est devenue immédiatement et définitivement impossible. Il s'agit donc d'une appréciation personnelle de l'employeur quant à la qualification à donner aux faits qui pourra, bien évidemment, faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* du juge.

⁸⁹ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, op. cit., p. 113.

⁹⁰ M. STRONGYLOS, « Licenciement et motivation: la conséquence de l'acte de rupture non ou mal motivé », op. cit., p. 5.

⁹¹ Le licenciement n'étant pas en soi un acte fautif.

⁹² L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », op. cit., p. 164.

⁹³ Art. 35 de la loi 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, M.B., 22 août 1978, p. 9277.

Trois grandes conditions doivent être réunies :

- La collaboration doit être immédiatement et définitivement impossible
- Les faits constitutifs de motif grave doivent être établis dans les 3 jours qui précèdent la notification du congé.
- Les motifs graves qui ont donné lieu au licenciement doivent être notifiés au travailleur.

Nous ne nous attardons pas sur le sujet, celui-ci n'étant pas l'objet de ce mémoire. Il convient néanmoins de préciser que cette disposition subsiste malgré l'apparition de la C.C.T. n°109.

Un grand nombre de dispositions de droit belge ont également pour effet de protéger certaines catégories de travailleurs. Ces « **travailleurs protégés** » bénéficient notamment d'indemnités particulières qui tendent à protéger plus amplement les travailleurs concernés. On parle de fausses exceptions dans la mesure où l'employeur dispose toujours d'un droit de résiliation pour ces travailleurs protégés. Malgré tout, les conséquences d'un tel acte seront plus élevées⁹⁴.

Comme les précédentes exceptions invoquées *supra*, il ne s'agit pas d'une obligation directe de motiver formellement le licenciement mais bien d'une motivation *a posteriori* auprès du juge lorsque le congé fait l'objet d'une contestation en justice⁹⁵. Le cas échéant, il reviendra à l'employeur de prouver que le licenciement du travailleur est étranger aux valeurs défendues par la loi qui protège ceux-ci⁹⁶.

⁹⁴ M. STRONGYLOS, « Licenciement et motivation: la conséquence de l'acte de rupture non ou mal motivé », *op. cit.*, p. 5.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ C. DESMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *op. cit.*, p. 342.

Chapitre 4 : Facteurs de l'évolution du nouveau système

Section 1 : Contexte national

Les premières interventions de la Cour constitutionnelle qui ont indiscutablement eu un effet indirect sur la motivation du licenciement datent de 1993 et 2001. Les problématiques portées devant la Cour traitaient de la différence de traitement qui régnait entre les ouvriers et les employés.

« *L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 viole-t-il les articles 10 et 11 de la constitution en créant une différence de traitement entre les employés et les ouvriers ?* »⁹⁷ est la question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle en **2001**. La Cour y répondit par la négative en considérant que malgré une différence potentiellement discriminatoire, celle-ci s'expliquait par des raisons historiques⁹⁸. La Cour en conclut donc à l'**absence de discrimination** dans la mesure où l'article 63 n'avait été conçu que pour palier une autre différence de traitement qui existait entre employé et ouvriers au niveau de la durée de leur préavis – préavis plus court pour les ouvriers –⁹⁹.

L'article 63 entraîne donc une différence de traitement mais uniquement dans le but d'en compenser une autre, les durées de préavis. Toutefois, la Cour constitutionnelle a stipulé qu'il serait de bonne augure de progressivement migrer vers une harmonisation des différents types de travailleurs¹⁰⁰. A travers cette intervention, la Cour fait un lien évident entre d'une part la durée des préavis et d'autre part le licenciement abusif prévu à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978¹⁰¹. Ce lien aura de grande conséquence lors de l'élaboration de la loi du 26 décembre 2013 instaurant le statut unique.

Cependant, malgré la mise en garde de la Cour constitutionnelle, rien n'a été entrepris par la Belgique dans le but d'harmoniser les statuts des employés et ouvriers antérieurement à la loi de 2013. C'est la constatation posée par la Cour constitutionnelle en 2011, déclarant inconstitutionnelle la différence de traitement entre les employés et les ouvriers, qui a inévitablement obligé le législateur à résoudre la discrimination existante entre employé et ouvrier¹⁰². Malgré le délai de 2 ans octroyé par la Cour, ce n'est que **tardivement** qu'a vu le jour la loi du 26 décembre 2013 proposant un statut unique pour les ouvriers et employés.

⁹⁷ C.A., 21 juin 2001, n°84/2001, disponible sur <http://www.const-court.be>.

⁹⁸ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 141.

⁹⁹ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁰ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 141.

¹⁰¹ L. ELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 379.

¹⁰² Précisant que les effets des dispositions qualifiées l'inconstitutionnalité seraient maintenus pour une durée de 2 ans.

Rappelons que l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 a été conçu pour palier une différence de traitement déjà existante entre les ouvriers et les employés concernant les durées de préavis¹⁰³. Il paraît dès lors logique que cet article fasse l'objet d'une révision ou suppression dans la mesure où le mouvement généré par la Cour constitutionnelle a pour objectif de supprimer cette même différence entre les travailleurs. C'est donc tout naturellement que l'article 63 a été abrogé – sauf exceptions – dans le cadre de la loi sur le statut unique.

Au regard des différentes interventions de la Cour constitutionnelle et également des nombreuses exceptions qui grevaient le principe général de non motivation, c'est en toute logique que la Belgique a décidé d'opter pour une motivation généralisée du licenciement.

Section 2 : Contexte international

On ne peut nier l'évidence d'une mutation du régime du licenciement car tant dans le droit international que dans le droit des différents pays de l'union européenne, la motivation du congé est de plus en plus reconnue et même inscrite au sein de dispositions juridiques et ce depuis de nombreuses années¹⁰⁴.

i. Convention n°158

Le 22 juin 1982, l'organisation internationale du travail a adopté une convention essentielle et innovante en matière de licenciement et de protection du travailleur. Il est cependant à regretter que la Belgique n'ait guère fait le choix de ratifier cette convention et ce, principalement en raison de l'instauration de la motivation du licenciement qu'instaure cet instrument international¹⁰⁵.

L'article 4 notamment stipule 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* »¹⁰⁶.

Dans la mesure où cette convention fera l'objet d'une section *infra*, nous ne nous y attardons pas actuellement.

¹⁰³ N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, *Harmonisation des statuts ouvriers-employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 198.

¹⁰⁴ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 140.

¹⁰⁵ G. DEVILLE, P. GEERBAERT, « [Motivering van het ontslag] CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse », *Chron. D.S.*, 2014, liv. 3, p. 125.

¹⁰⁶ Article 4 de la convention n°158 de l'Organisation Internationale du Travail concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, fait à Genève le 22 juin 1982, disponible sur <http://www.ilo.org>.

ii. Convention européenne des droits de l'homme

L'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme a fait l'objet d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en juillet 2012¹⁰⁷. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que l'absence de motivation du licenciement – en Hongrie – limitait l'accès à la justice dans la mesure où, à défaut de motivation, la plaignante ne pouvait valablement former un recours contre son licenciement. Suite à cet arrêt, qui fait autorité en Belgique, celle-ci s'est soudainement retrouvée sous une énorme pression à changer son point de vue quant à la motivation du licenciement¹⁰⁸.

Nous verrons en quoi cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme est essentiel dans une section *infra*.

iii. Chartes

Citons pour finir, deux Chartes importantes dans le domaine du licenciement : la Charte sociale européenne et la Charte des droits fondamentaux.

En son article 24, la première fait référence à la notion de motivation du licenciement en stipulant que « *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* ». On peut constater que cet article s'est grandement inspiré de la Convention n°158 de l'OIT en autorisant les mêmes motifs de licenciement. Bien qu'ayant ratifié la Charte, la Belgique y a toutefois mis une réserve à l'article 24 pour éviter de se voir imposer la motivation du licenciement qu'elle a toujours rejetée¹⁰⁹.

Dans la seconde Charte, on retrouve notamment une référence relativement abstraite à la motivation du licenciement. L'article 30, en des termes relativement généraux, stipule que « *tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales* ». Pour ce qui concerne l'effet contraignant de cette Charte, la controverse est présente malgré la ratification sans réserve de la Belgique. A ce propos, M. Strongylos est d'avis de considérer l'article 30 comme n'étant juridiquement pas contraignant et dénué d'effet direct horizontal en raison de son caractère imprécis¹¹⁰. A cela, il convient d'ajouter que cet article laisse penser qu'il se réfère à l'article 51 de cette même Charte qui lui, confère un caractère contraignant des droits fondamentaux mais qui cependant, faut-il le reconnaître, n'accorde aucun droit subjectif direct aux particuliers¹¹¹.

¹⁰⁷ C.E.D.H. (2^e sect.), arrêt *K.M.C. c. Hongrie*, 10 juillet 2012, précité, note 16.

¹⁰⁸ G. DEVILLE, P. GEEREBAERT, « [Motivering van het ontslag] CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse », *op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁹ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 177.

¹¹⁰ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, *op. cit.*, p. 111.

¹¹¹ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 177.

Qui plus est, l'article 30 de la charte des droits fondamentaux s'applique uniquement s'il y a des dispositions particulières qui instaurent la motivation du licenciement, ce qui n'est pas le cas¹¹². D'autres, en revanche, considèrent que cet article 30 de ladite Charte est juridiquement contraignant et ce depuis que le traité de Lisbonne du 19 octobre 2007 lui a conféré le statut de norme de droit primaire de l'Union européenne¹¹³.

¹¹² Art. 30 de la Ch. dr. fond. UE, 2000/C 364/01, *J.D.E.*, 2000.

¹¹³ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 141.

Chapitre 5 : La convention collective de travail n°109

Dans ce présent chapitre, la convention collective n°109 sera analysée en profondeur. Pour ce faire elle sera, dans un premier temps, resituée dans son contexte – section 1 –. On en définira ensuite les contours en approfondissant les plus pertinents – section 2 –. Pour finir, la motivation du licenciement et le licenciement manifestement déraisonnable introduit par la C.C.T. n°109 feront l'objet des sections suivantes – section 3 et 4 –.

Section 1 : Introduction

i. Choix de recourir à la convention collective

Suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle qui a contraint un changement de paysage du droit social belge, des négociations ont été engagées afin d'élaborer un statut unique pour l'ensemble des travailleurs. Celles-ci ont débouché sur la **loi du 26 décembre 2013**. Dans la mesure où l'objectif des négociations consistait en l'unification des différents régimes, il semblait indispensable de gommer l'ensemble des différences existantes entre les travailleurs. Cette étape amena inévitablement les négociateurs à régler la question de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 dont l'issue du débat a d'ailleurs conduit les négociateurs à faire le choix de l'abrogation.

L'article 38 de la loi du 26 décembre 2013 traduit le choix qu'a posé le législateur quant à l'instauration de la motivation du licenciement. Cette disposition stipule que « *L'article 63 de la même loi, modifié par la loi du 22 janvier 1985 et l'arrêté royal du 21 mai 1991 cesse de s'appliquer :*

1° en ce qui concerne les employeurs qui relèvent du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et leurs travailleurs, à partir de l'entrée en vigueur d'une convention collective de travail conclue au sein du Conseil National du Travail, rendue obligatoire par le Roi, relative à la motivation du licenciement ».

Par cet article, le législateur a décidé de ne pas régler la question de la motivation du licenciement mais d'en confier l'élaboration aux partenaires sociaux¹¹⁴.

Une autre voie aurait également pu être empruntée par le législateur en décidant, non pas de supprimer l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 mais d'en étendre son champ d'application à l'ensemble des travailleurs. Cette deuxième solution n'a cependant pas été retenue car considérée comme trop protectrice pour être étendue à l'ensemble des travailleurs¹¹⁵. Malgré tout, ce choix aurait pu s'avérer judicieux si, dans le cadre d'un amendement de cet article, on avait modifié les termes de « licenciement abusif » par ceux de « licenciement irrégulier ». Cette option aurait alors permis d'être

¹¹⁴ L. ELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 377.

¹¹⁵ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 163.

conforme aux différents textes européens tel que la convention n°185 de l'OIT ou encore l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme¹¹⁶.

Nombreuses sont également les critiques concernant la voie empruntée par le législateur de recourir à une convention collective pour instaurer la motivation du licenciement en Belgique. Comme le disent très justement L. Dear et S. Gilson « *on ne peut que déplorer le choix du législateur d'avoir confié aux partenaires sociaux le soin de régler la question* »¹¹⁷.

L'une des conséquences majeures qui fait regretter l'option posée par le législateur réside dans son champ d'application. Le recours à la convention collective rend **inapplicable** la motivation du licenciement dans le **secteur public**¹¹⁸. De plus, bien que l'article 38 de la loi du 26 décembre 2013 prévoit la conception d'un régime analogue pour le secteur public, à l'heure d'aujourd'hui, rien n'est encore conçu et mis en place¹¹⁹.

Le choix d'une convention collective pour régler le problème conduit également à l'impossibilité d'en contrôler ses éventuelles inconstitutionnalités dans la mesure où seules les dispositions légales, c'est-à-dire lois, décrets et ordonnances peuvent être contrôlées par la **Cour constitutionnelle**¹²⁰. *L'option choisie par le législateur serait-elle un moyen d'éviter les recours constitutionnel contre la nouvelle « motivation du licenciement » ?* Comme on le sait, l'émergence du statut unique est principalement due à un arrêt de la Cour constitutionnelle déclarant discriminatoire la différence de régime entre employés et ouvriers. En cela, le législateur a peut-être voulu éviter que l'histoire ne se reproduise une nouvelle fois. Il est évident qu'il convient tout de même d'accueillir positivement l'effort fourni par la concertation sociale et l'intérêt d'impliquer les acteurs du terrain. Nonobstant, selon nous, le législateur a fait aveu de faiblesse en fuyant ses responsabilités quant à l'instauration de la motivation du licenciement¹²¹.

Cet avis est également partagé par le **Conseil d'Etat** qui a rendu un avis négatif quant à la délégation de pouvoir du législateur vers les partenaires sociaux pour exécuter la loi par le biais d'une convention collective¹²². Dans son avis, le Conseil d'Etat rappelle que « *les éléments essentielles doivent être fixés par le législateur et que leur mise en œuvre peut uniquement être délégué au roi* »¹²³. Selon le Conseil d'état, le contenu des dispositions instaurant la motivation du licenciement revenait au législateur avec comme seule possibilité, la délégation de la mise en œuvre de ces dispositions au pouvoir exécutif¹²⁴.

¹¹⁶ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 163.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ L. RASE, « La loi du 26 décembre 2013, dite loi relative au statut unique », *Scolanews*, 2014, liv. 6, p. 7.

¹¹⁹ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 163.

¹²⁰ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *J.T.T.*, 2014, liv. 1191, p. 263.

¹²¹ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 142.

¹²² P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 3.

¹²³ Avis du Conseil d'état n°54.231/1 du 6 novembre 2013, *doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n°53-3144/001, p. 118.

¹²⁴ N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, *Harmonisation des statuts ouvriers-employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, *op. cit.*, p. 200.

Nonobstant cet avis négatif, le gouvernement a maintenu sa position en considérant que contrairement à ce que le prétend le Conseil d'Etat « *il ne s'agit pas d'une délégation de compétence. En effet, dans le cadre de son pouvoir autonome, le Conseil national du Travail est compétent pour conclure une convention collective de travail dans la mesure où elle règle les droits et obligations des employeurs et des travailleurs. La loi ne fait que régler les conséquences d'une telle conclusion en prévoyant que l'article 63 ne sera plus applicable* »¹²⁵.

En définitive, quelle que soit la réponse quant à la légalité d'une telle convention collective, il est étonnant que le législateur n'ait pas pris lui-même le soin de régler la question de la motivation du licenciement tant celle-ci est considérée comme révolutionnaire dans un pays qui l'a longtemps rejetée¹²⁶.

ii. Objectifs poursuivis

La convention collective n°109 poursuit plusieurs objectifs en mettant en œuvre de la motivation du licenciement. Dans le rapport précédant les articles de la convention collective, l'on peut constater que les partenaires sociaux avaient pour but de réduire les contestations intempestives par une plus grande **transparence**. La connaissance par le travailleur, des motifs qui ont conduit à son licenciement permet notamment de rencontrer cet objectif¹²⁷.

Selon les dires de la convention collective, celle-ci « *vise à exécuter l'article 38 de la loi du 26 décembre 2013 et ainsi à dissiper l'insécurité juridique* »¹²⁸. Cet objectif est également confirmé dans un avis de Conseil National du Travail¹²⁹. Malgré tout, on ne peut s'empêcher de se demander ce qu'il y a lieu d'entendre par **sécurité juridique**. Il est vrai que ce principe est reconnu et utilisé à forte dose dans de nombreux articles, à en croire qu'il s'agirait même d'un effet de mode. Cependant, ce principe est extrêmement large et vague et ne peut constituer l'objectif fondateur d'une telle convention quand bien même celui-ci paraît juste. C'est pourquoi, il convient de se demander si ce but recherché n'est pas en vérité qu'une façade qui dissimule l'objectif réellement poursuivi, être **en accord avec le droit international et européen**. Outre la convention n°158 de l'OIT, la pression s'est réellement accentuée avec l'arrêt de 2012 rendu par la Cour européenne des droits de l'homme qui contraint la Belgique à « changer son fusil d'épaule ».

Par ailleurs, on retrouve expressément, au sein du rapport de la convention collective n°109, la volonté de se conformer à l'arrêt de la C.E.D.H. lorsqu'elle entend « *faciliter ainsi l'accès à la justice en vue de la contestation du licenciement pour le travailleur qui a activé son droit en adressant une demande à l'employeur* »¹³⁰ – souligné par nous –. Les termes « accès à la justice » ne sont pas

¹²⁵ H. LENAERTS, « Le droit de la rupture du contrat de travail révolutionné », *Ors.*, 2014, liv. 1, p. 8.

¹²⁶ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 3.

¹²⁷ Convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, 20 mars 2014, p. 3.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 1.

¹²⁹ Avis n° 1891 du Conseil national du travail, disponible sur <http://www.cnt-nar.be/AVIS/avis-1891.pdf>.

¹³⁰ Convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, *op. cit.*, p. 3.

choisi au hasard, ils font directement références à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme ce qui confirme par ailleurs la volonté première des partenaires sociaux de se conformer aux droits supérieurs.

Section 2 : Champ d'application

i. Ratione temporis

La convention collective n°109 prévoit, en son article 12, sa durée ainsi que son entrée en vigueur. Cet article y dispose que la C.C.T. est conçue pour une durée indéterminée et qu'elle entre en vigueur à partir du 1^{er} avril 2014 pour les congés donnés ou notifiés à partir de cette date. Par le terme « donné », les partenaires sociaux visent les licenciements moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, alors que le terme « notifié » fait lui directement référence à ceux moyennant la prestation d'un préavis¹³¹. En d'autres termes, la date de terminaison du préavis importe peu dans la mesure où seule la date de notification du préavis ou du congé en cas d'indemnité compensatoire servira de référence pour déterminer l'application ou non de la C.C.T. n°109. Cela signifie qu'un travailleur qui s'est vu notifier son licenciement avant 1^{er} avril 2014 – mais dont le préavis est en cours à cette date – ne pourra bénéficier de l'application de la convention collective n°109. De plus, celle-ci stipule d'une part qu'« elle pourra être révisée ou dénoncée à la demande de la partie signataire la plus diligente, moyennant un préavis de six mois » et d'autre part la procédure à suivre en cas de révision ou dénonciation¹³².

Par ailleurs, la convention collective n°109 a été rendue obligatoire par arrêté royal quelque temps avant l'entrée en vigueur de ladite convention, à savoir le 9 mars 2014.

ii. Ratione personae

Dans ce point, nous analyserons les personnes et les situations visées par la convention collective n°109. Dans un souci de pertinence et de concision, seuls certains points seront analysés en profondeur, les autres ne faisant l'objet que d'une simple énumération. Nous verrons que l'ensemble des exclusions ou de ces limitations viennent réduire le champ d'application de convention collective n°109. Néanmoins, le champ d'application de la C.C.T. reste relativement large.

a) Secteur privé

Le choix du législateur de recourir à une convention collective pour instaurer la motivation du licenciement a notamment pour conséquence majeure de limiter le champ d'application de celle-ci. De

¹³¹ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 261.

¹³² Art. 12 de la convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, *op. cit.*

fait, la C.C.T. n°109 se trouve limitée par le domaine général des conventions collectives tel que stipulé dans la loi du 5 décembre 1968¹³³. En d'autres termes, la C.C.T. n°109 ne concerne que les employeurs – et leurs travailleurs – relevant du champ d'application de la loi sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires¹³⁴. En conséquence, cette exclusion ne découle pas directement de la C.C.T. n°109 elle-même mais plutôt de la combinaison que l'on peut faire de l'article 38 de la loi sur les statuts uniques ainsi que de l'article 2 de la loi du 5 décembre 1968.

En définitive, seuls les employeurs et travailleurs du secteur privé bénéficie de la convention collective n°109. Au regard de la loi du 1968, on constate que l'article 2, §3, 1° exclut expressément du champ d'application de la loi « *les personnes occupées par l'État, les Communautés, les Régions, les Commissions communautaires, les provinces, les communes, les établissements publics qui en dépendent et les organismes d'intérêt public* ». Par cette exclusion expresse, les personnes du secteur public ne peuvent bénéficier de la convention collective n°109. Il convient cependant de nuancer ces propos par deux éléments. D'une part, la loi du 26 décembre 2013 prévoit qu'un régime analogue à celui prévu dans le secteur privé sera également mis en place dans le secteur public¹³⁵. Cela signifie qu'une fois qu'un régime similaire à celui du secteur privé sera créé, le travailleur engagé par une autorité administrative sous un contrat de travail, bénéficiera alors d'une protection comparable à celle actuellement prévue par la C.C.T. n°109. Il convient néanmoins de ne pas oublier qu'une certaine majorité des juridictions francophones estiment déjà qu'une autorité administrative qui licencie un travailleur sous contrat de travail doit alors motiver son acte au regard de la loi du 29 juillet 1991¹³⁶.

b) Types de contrats visés par la C.C.T. n°109

La convention collective n°109 nous apporte également quelques précisions quant aux contrats qui doivent entrer dans le champ d'application de la convention. L'article 2, § 1 stipule que « *la présente convention collective de travail s'applique aux travailleurs engagés dans les liens d'un contrat de travail ainsi qu'aux employeurs qui les occupent* » – souligné par nous –. Les contrats visés sont : tous les **contrats de travail**, c'est-à-dire les contrats qui lient les travailleurs aux employeurs qui les emploient. Toutefois, le paragraphe deux du même article émet une double exclusion à cette affirmation : le contrat de travail intérimaire et le contrat de travail d'occupation d'étudiants.

La C.C.T. n°109, en son article 3 et 8, apporte davantage de précision en mentionnant le terme « **licenciement** ». En effet, Pour bénéficier de la convention, les contrats de travail doivent prendre fin en raison d'un licenciement, à l'exclusion des autres causes possibles de terminaison d'un contrat de

¹³³ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 4.

¹³⁴ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, *op. cit.*, p. 120.

¹³⁵ Art. 38 de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, *M.B.*, 31 décembre 2013, p. 104147.

¹³⁶ H. DECKERS, P. JOASSART, « Le droit à la motivation du licenciement : règles de forme et cumul d'indemnités », *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, sous la coordination de M. Baukens, F. Rozenberg, F. Kéfer, Limal, Anthemis, 2014, p. 273.

travail¹³⁷. En conséquence, la rupture d'un commun accord, le décès, la force majeure, la démission, le non renouvellement d'un contrat de travail déterminé, sont des modes de rupture exclus du champ d'application de la C.C.T.¹³⁸.

Malgré que la C.C.T. n°109 ne fasse guère la distinction, une question se pose : « **La C.C.T. est-elle inapplicable au C.D.D. ? – contrat à durée déterminée –** ». La C.C.T. ne fait pas de différence entre le travailleur occupé par un contrat de travail à durée déterminée ou par un contrat de travail à durée indéterminée. Il semblerait dès lors que la durée du contrat de travail ne constitue pas un critère déterminant pour ce qui est du champ d'application de la convention collective¹³⁹. Cette optique est d'ailleurs relayée par les articles 2 et 3.

Cependant, lorsqu'on pousse plus loin l'analyse de la C.C.T., on constate qu'au sein de l'article 8, les partenaires sociaux ont expressément fait référence au contrat de travail à durée indéterminée pour ce qui est de la réclamation d'une indemnité, en stipulant que « *un licenciement manifestement déraisonnable est le licenciement d'un travailleur engagé pour une durée indéterminée* ».

Pour rappel, l'article 3 de la C.C.T. n°109 fait référence au droit de connaître les motifs concrets qui ont conduit au licenciement alors que l'article 8 se rapporte au licenciement manifestement déraisonnable. Comme le soulignent M.-L. Wantiez et G. Lemaire « Si l'on s'en tient uniquement au champ d'application matériel tel que défini à l'article 2, il semblerait que la convention collective de travail s'applique aux contrats de travail indépendamment de la durée pour laquelle ils ont été conclus. Toutefois, quand il s'agira de déterminer, au regard des critères définis par la convention collective de travail, si le licenciement est abusif, une première étape consistera à vérifier si le contrat a été conclu à durée déterminée ou à durée indéterminée »¹⁴⁰. Effectivement, un travailleur engagé avec un C.D.D. pourrait réclamer et demander les motifs concrets de son licenciement dans la mesure où les articles 2 et 3 ne précisent pas le type de contrat de travail dont il s'agit¹⁴¹. En revanche, ce travailleur ne pourrait jamais obtenir une indemnité pour licenciement abusif étant donné que l'article 8 ne s'applique qu'aux seuls travailleurs bénéficiant d'un C.D.I.¹⁴².

Est-ce un oubli de la part des partenaires sociaux lors de la rédaction de l'article 2 et 3 ou est-ce voulu ?

Quoi qu'il en soit, cela signifie, au regard de ce qui précède, qu'un travailleur engagé dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée ne pourra bénéficier de l'application de la convention collective n°109 que pour demander la motivation de son licenciement et non pour en réclamer des

¹³⁷ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 4.

¹³⁸ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 142.

¹³⁹ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 261.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 208.

¹⁴² *Ibid.*

indemnités pour licenciement manifestement déraisonnable. En revanche, l'amende civile étant directement liée à la motivation du licenciement à laquelle le travailleur sous C.D.D. à droit, il est parfaitement logique d'accorder à celui-ci l'indemnité qui est due en cas de défaut de motivation de l'employeur¹⁴³.

c) *Préavis réduit*

Il existe certaines catégories de travailleurs pour lesquelles la C.C.T. n°109 ne s'applique pas ou du moins pas dans son ensemble. Pour les travailleurs, qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation, la loi du 26 décembre 2013 prévoit des préavis dit « réduits », c'est-à-dire des préavis plus faibles que les délais ordinaires. En compensation, ces travailleurs vont bénéficier de mesures particulières dans le cadre de la C.C.T. n°109.

L'article 70 de la loi sur le statut unique crée deux catégories de travailleurs auxquelles s'appliquent ces préavis réduits : les travailleurs auxquels s'applique **structurellement** un préavis réduit et ceux auxquels s'applique **temporairement** un préavis réduit. La convention collective n°109 reprend cette distinction en leur prévoyant une compensation adaptée :

L'article 2, § 5 énonce d'une part que « *pour les travailleurs auxquels s'applique structurellement un préavis réduit dans le cadre de l'article 70, § 4 de la loi du 26 décembre 2013 (...), seul le chapitre V de la présente convention collective de travail s'applique* ». Ce paragraphe stipule d'autre part que « *pour les travailleurs auxquels s'applique temporairement un préavis réduit dans le cadre de l'article 70, § 1^{er} de la loi du 26 décembre 2013, seul le chapitre V de la présente convention collective de travail s'applique jusqu'au 31 décembre 2015. À partir du 1^{er} janvier 2016, ces travailleurs tombent sous l'application de la présente convention collective de travail, à l'exception du chapitre V* ».

Que faut-il entendre par le vocable « travailleurs » ? Le terme « travailleurs » recouvre l'ensemble des travailleurs des secteurs pour lesquels à la date du 31 décembre 2013 s'appliquait un arrêté royal prévoyant un préavis réduit¹⁴⁴.

Que renferme le chapitre V de la C.C.T. n°109 ? L'article 11, qui compose le chapitre V de la C.C.T. reprend de toute pièce le mécanisme élaboré par l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, à savoir les trois motifs autorisés pour licencier de façon régulière et la charge de la preuve qui repose sur l'employeur en cas de contestation¹⁴⁵. Afin de compenser les faibles préavis de ces travailleurs, les partenaires sociaux ont souhaité conserver ce mécanisme leur étant favorable.

En d'autres termes, les travailleurs concernés – essentiellement les ouvriers du secteur de la construction –, par les préavis réduits ne bénéficieront que de l'application du chapitre V reprenant le

¹⁴³ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 261.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 264.

¹⁴⁵ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 212.

mécanisme de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978. Ceux-ci ne peuvent par conséquent se prévaloir des dispositions relatives à la motivation du licenciement et au licenciement manifestement déraisonnable¹⁴⁶. En ce qui concerne les travailleurs soumis aux préavis réduits de façon temporaire, ils se voient appliquer la convention collective de façon évolutive¹⁴⁷. Ils seront identiquement dans la même situation que la première catégorie de travailleur en ne pouvant se prévaloir que de l'article 11 de la C.C.T. jusqu'au 31 décembre 2015. A partir du 1^{er} janvier 2016 par contre, le régime dérogatoire prend fin et laisse place au régime ordinaire à savoir celui de la motivation du licenciement et du licenciement manifestement déraisonnable¹⁴⁸.

Les raisons pour lesquelles ces régimes dérogatoires ont été créés ne se trouvent ni dans le rapport de la convention collective, ni dans les commentaires des dispositions. Cependant, on peut supposer, comme évoqué précédemment, que ces dérogations ont vu le jour afin de compenser la faiblesse de préavis de ces travailleurs. Pour cela, ils bénéficient d'un régime plus favorable dans la mesure où la charge de la preuve repose systématiquement sur les épaules de l'employeur.

Malgré tout, on ne peut s'empêcher de remarquer le manque de cohérence que créent de tels régimes. Outre ces exceptions, l'article 63 cesse de s'appliquer étant donné que les délais de préavis ont été harmonisés au 1^{er} janvier 2014. Or il est prévu que ces nouveaux préavis soient ajoutés aux préavis déjà acquis sous l'ancien régime, à la date du 31 décembre 2013¹⁴⁹. Par conséquent, les ouvriers avec une grande ancienneté continueront à être discriminés par rapport aux employés ayant une ancienneté identique¹⁵⁰. La disparition de l'article 63 et le mécanisme de la « double photographie » – préavis nouveaux ajoutés aux préavis anciens – maintiennent dès lors une forme de **discrimination** entre employé et ouvrier.

d) Licenciement faisant l'objet d'une procédure spéciale

La convention collective n°109 ne s'applique pas aux travailleurs qui font l'objet d'un licenciement pour lequel l'employeur doit suivre une procédure spéciale de licenciement fixée par la loi ou par une convention collective de travail. Les partenaires sociaux ont voulu viser ici les travailleurs qui font déjà l'objet, par une procédure particulière, d'une protection contre le licenciement et qui entraîne d'elle-même la remise des motifs du licenciement. Le commentaire de l'article 2, § 3 donne un exemple de procédure spéciale qui exclut l'application de la C.C.T. : « *la procédure qui doit être suivie pour le licenciement des représentants des travailleurs au conseil d'entreprise et au comité pour la prévention et la protection au travail ainsi que des candidats non élus à ces organes sur la base de la loi du 19 mars 1991* ». La convention vise donc expressément les travailleurs dits « protégés » tels que: les

¹⁴⁶ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁷ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁴⁸ N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, *Harmonisation des statuts ouvriers-employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, *op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁹ Art. 67 de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, *op. cit.*, p. 104147.

¹⁵⁰ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 212.

délégués syndicaux, les membres et candidats membres des conseils d'entreprise et comité pour la prévention et la protection au travail, ainsi que les conseillers en prévention¹⁵¹.

Malheureusement, le C.C.T. n°109 ne requiert **aucun critère** pour qu'une procédure soit considérée comme spéciale. Cette absence de critère peut s'avérer problématique dans la mesure où certaines procédures n'offrent pas de protections suffisantes aux travailleurs qui peuvent s'en prévaloir. Dès lors, on pourrait se retrouver avec des protections spéciales insuffisantes excluant malgré tout le travailleur du champ d'application de la C.C.T.¹⁵². D'après N. Van Kerrebroeck et M. Verwilghen « le fait de prévoir une indemnité particulière en cas de licenciement abusif ou manifestement déraisonnable ne sera pas considéré comme suffisant »¹⁵³ pour constituer une procédure particulière.

La seconde maladresse des partenaires sociaux concerne les travailleurs qui sont également considérés comme des travailleurs « protégés » mais qui ne peuvent se prévaloir d'une procédure particulière de licenciement. Dans la mesure où aucune procédure spéciale ne leur est accordée lorsqu'ils sont licenciés, ceux-ci pourront invoquer le contenu de la C.C.T. n°109. On peut prendre l'exemple de la travailleuse enceinte qui est protégée contre le licenciement mais qui peut se voir licencier sans qu'aucune procédure spéciale ne doive être suivie¹⁵⁴. Cette situation pourrait éventuellement donner lieu à des applications cumulatives des différentes protections. Selon L. Dear et S. Gilson, des applications simultanées sont possibles et l'on pourrait donc voir le travailleur protégé jouir de plusieurs textes protecteurs en cas de licenciement¹⁵⁵. Nous partageons cet avis car selon nous rien n'empêche le travailleur protégé – la femme enceinte par exemple – de réclamer, une indemnité civile en cas de refus de l'employeur de lui fournir les motifs de son licenciement et ce malgré l'application de sa protection d'origine.

La **raison d'être** d'une telle exclusion réside essentiellement dans le fait que la procédure spéciale dont tire profit le travailleur protégé permet la prise de connaissance des motifs du licenciement par la commission paritaire, le C.P.P.T, le comité d'avis ou le tribunal en cas de motif grave. Les motifs du licenciement étant connus, l'objectif poursuivi par l'application de la convention collective est dès lors rempli¹⁵⁶.

Nonobstant la logique parfaitement compréhensible qui est poursuivie par la C.C.T., on perçoit rapidement les **dérives** qui pourraient découler des telles exclusions. Les entreprises désireuses d'éviter de se voir appliquer la convention collective de travail n°109 auraient tout intérêt d'introduire une C.C.T. sectorielle ou même d'entreprise qui instaurerait une procédure spéciale en cas de licenciement afin de permettre au travailleur de connaître les motifs de son licenciement. En se limitant

¹⁵¹ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 144.

¹⁵² L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 209.

¹⁵³ N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, *Harmonisation des statuts ouvriers-employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, *op. cit.*, p. 205.

¹⁵⁴ L. ELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 382.

¹⁵⁵ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 210.

¹⁵⁶ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 264.

aux seuls aspects procéduraux, l'entreprise éviterait alors l'application de la C.C.T. n°109. On comprend dès lors l'intérêt qu'il y aurait eu d'avoir des critères afin de mettre en œuvre toutes les précautions pour éviter ce type de dérives.

e) *Autres exclusions*

Outre les exclusions précitées, les partenaires sociaux ont également prévu au sein de la C.C.T. n°109 de nombreuses autres hypothèses dans lesquelles la présente convention ne s'applique pas dont certaines sont relatives au type de licenciement et d'autres à la situation du travailleur.

- Dans un premier temps, la C.C.T. n°109 émet une restriction relativement importante en son article 2 puisqu'elle se déclare inapplicable pour les **six premiers mois d'occupation** du travailleur. Cette impossibilité de pouvoir se prévaloir des dispositions de la convention durant les six premiers mois d'occupation est à mettre en relation avec d'une part l'ancien article 67, § 2 de la loi du 3 juillet 1978 qui permettait la possibilité de prévoir un période d'essai de 6 mois pour certains employés et avec d'autre par l'article 60 de cette même loi, qui prévoyait des préavis réduit pour les ouvriers durant 6 premiers mois d'occupation¹⁵⁷. Il est évident que ces périodes qui offraient une grande liberté à l'employeur étaient inconciliables avec « l'obligation » de motivation du licenciement¹⁵⁸. C'est pourquoi, suite à l'abrogation de ces dispositions, les partenaires sociaux ont désirés maintenir l'esprit de celles-ci en rendant inapplicable la convention collective de travail pour les six premiers mois d'occupation.
- D'autres exclusions sont quant à elles liées aux **raisons du licenciement**. Ces situations sont de par leurs natures exclues la C.C.T. dans la mesure où la motivation du licenciement se trouverait être alors sans objet. Ces exclusions concernent la situation où le travailleur est licencié :
 - En vue du chômage avec complément d'entreprise ;
 - En vue de mettre fin au contrat de travail à durée indéterminée à partir du premier jour du mois qui suit celui au cours duquel le travailleur atteint l'âge légal de la pension ;
 - En raison de la cessation définitive d'activité ;
 - En raison de la fermeture de leur entreprise au sens de l'article 3 de la loi du 26 juin 2002 relative aux fermetures d'entreprises ;
 - Dans le cadre d'un licenciement collectif.
- Ensuite, certaines restrictions à l'application de la C.C.T. sont liées à la **situation du travailleur** et donc par conséquent également à la qualification du contrat de travail. Les partenaires sociaux ont fait le choix d'exclusion deux types de travailleur : ceux occupés par un contrat de travail

¹⁵⁷ L. ELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 382.

¹⁵⁸ N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, *Harmonisation des statuts ouvriers-employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, *op. cit.*, p. 204.

intérimaire et ceux occupés par un contrat d'occupation d'étudiant¹⁵⁹. Sans doute la volonté des partenaires résidait-elle dans l'envie de conserver une certaine liberté pour l'employeur, élément longtemps protégé par la Belgique.

- Pour finir, il convient de préciser que lorsqu'il s'agit d'un **licenciement pour motif grave** au sens de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, le chapitre III de C.C.T. ne s'applique pas tel que le stipule l'article 2, § 4. Ce chapitre fait directement référence au droit qu'a le travailleur de voir son licenciement motivé. La raison de cette restriction est logique dans la mesure où l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 prévoit déjà et qui plus est de façon plus rigoureuse, une motivation du licenciement¹⁶⁰.

Section 3 : Le droit de connaître les motifs concrets qui ont conduit au licenciement

i. Principe : droit général d'information *a posteriori*

a) Motivation « sur demande »

On le sait, la convention collective n°109 introduit deux phases importantes en matière de licenciement dans le secteur privé dont la motivation du licenciement en constitue la plus importante. Cette première phase qu'est la motivation, considérée comme une innovation par les partenaires sociaux, a le mérite d'être uniforme au travers des différents régimes ainsi que de se mettre en phase avec le droit international.

Les rédacteurs de la convention ont fait le choix d'une motivation dite « sur demande » en ce sens que le travailleur bénéficie d'un **droit d'être informé** des motifs concrets de son licenciement. Autrement dit, le travailleur licencié qui désire connaître les raisons de son congé, doit en faire la demande par écrit à son – ancien – employeur. Il s'agit par conséquent d'une motivation *a posteriori* dans la mesure où ce n'est qu'en cas de réclamation du travailleur des motifs de son licenciement que l'employeur devra les lui fournir¹⁶¹. Entendons-nous bien, le travailleur n'a dès lors pas l'obligation de demander les raisons de son congé mais bénéficie au contraire, d'une **faculté** de les réclamer.

Partant, la convention collective n°109 n'introduit toujours **pas d'obligation de motivation** formelle du licenciement. Ce n'est que lorsque le travailleur exercera son droit de connaître les motifs de son congé, qu'alors l'employeur aura l'obligation de divulguer les motifs qui l'ont conduit à rompre le contrat de travail, sans quoi il subira une sanction financière¹⁶². Lorsque l'employeur donne congé à son travailleur, il reste donc parfaitement libre de motiver – d'initiative – ou non la rupture du contrat les

¹⁵⁹ Art. 2 de la convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, *op. cit.*

¹⁶⁰ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁶¹ J. CLESSE, J. HUBIN, *Questions spéciales de droit social : hommage à Michel Dumont*, *op. cit.*, p. 302.

¹⁶² F. LAMBINET, S. GILSON, *op. cit.* p. 33, (à paraître).

unissant¹⁶³. En continuité et en accord avec le régime antérieur, la motivation du licenciement comprise dans la C.C.T. n° 109 ne constitue ainsi pas une condition de validité du congé rendu par l'employeur¹⁶⁴.

Malgré tout, la C.C.T. concernant la motivation du licenciement fait œuvre de pionnier en matière de droit social belge attendu qu'auparavant il n'existait aucun droit pour le travailleur d'obtenir formellement les motifs concrets de son licenciement – excepté pour faute grave –. Lorsqu'on connaît la liberté d'action des employeurs en Belgique, octroyer plus de droit aux travailleurs constitue une avancée positive pour l'équilibre du droit du travail.

b) Motifs concrets

Selon l'article 3 de la C.C.T. n°109, « *le travailleur qui est licencié a le droit d'être informé par son employeur des motifs concrets qui ont conduit à son licenciement* » – souligné par nous –. Comme le souligne cet article, lorsque le travailleur active son droit de connaître les motifs de son licenciement, celui-ci est en droit de se voir fournir les motifs concrets de son congé. Que doit-on entendre par « motifs concrets » ? A nos grands regrets, la C.C.T. n°109 ne définit pas ce qu'il y a lieu d'entendre par ces termes précis. Néanmoins, l'ensemble de la doctrine s'accorde à dire qu'il s'agit des motifs suffisamment claires et précis que pour permettre au travailleur de connaître les raisons de son licenciement afin qu'il puisse notamment en apprécier le caractère raisonnable¹⁶⁵. Cette position s'explique notamment par la finalité poursuivie par la convention collective de travail qui est reprise dans le rapport, à savoir que « l'objectif est de donner aux travailleurs un aperçu des motifs qui ont été à la base de leur licenciement, de sorte qu'ils puissent en apprécier le caractère raisonnable »¹⁶⁶. Ces motifs doivent également permettre au juge, en charge de l'affaire, de contrôler le caractère manifestement déraisonnable¹⁶⁷.

Partant, cela signifie que ne peuvent être considéré comme des motifs concrets, toutes formulations vagues, impersonnelles et floues. Autrement dit, par opposition au terme *concret*, tous les motifs qui sont de par nature abstraits seront exclus. Dès lors, il va de soi que l'employeur ne peut se limiter à énoncer les trois catégories de motifs légitimes repris dans la C.C.T. ainsi que toutes autres formulations similaires¹⁶⁸. L'employeur doit faire preuve de plus de précision en se référant à la situation pratique et aux éléments de fait qui traduisent l'absence d'aptitude, le défaut de conduite ou les nécessités liées fonctionnement de l'entreprise¹⁶⁹. Bien que la C.C.T. n°109 précise que les motifs doivent permettre au travailleur de connaître les raisons de son licenciement, elle précise qu'il ne faut toutefois pas « *imposer aux employeurs un cadre trop formaliste* » permettant ainsi d'éviter que l'on

¹⁶³ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, op. cit., p. 124.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ L. ELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », op. cit., p. 383.

¹⁶⁶ Rapport de la convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, M.B., 20 mars 2014, p. 3.

¹⁶⁷ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », op. cit., p. 7.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », op. cit., p. 145.

exige d'eux trop de formalisme. Si malgré tout, les motifs ne satisfont pas au degré de précision et de clarté requis, la motivation sera considérée comme non réalisée et l'employeur sera condamné au paiement d'une amende civile¹⁷⁰.

c) *La motivation reprise dans la C.C.T. n°109 est-elle évolutive ou intangible ?*

Une nouvelle fois, à cette question, la convention collective ne dit mots malgré, selon nous, son importance. Sous l'ancien régime, dans le cadre de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, on autorisait non seulement que l'employeur puisse invoquer d'autres motifs que ceux initialement divulgués mais également que le tribunal s'y réfère pour fonder son jugement¹⁷¹.

Dans cette perspective, comme le souligne P. Crahay « l'employeur pouvait, modifier, remplacer les motifs qu'il avait initialement communiqué, que ce soit lors du licenciement, des correspondances ou encore lors du début de la procédure »¹⁷². Néanmoins, selon nous, cette appréciation sur base de l'article 63 ne devrait pas être transposable à la C.C.T. n°109 pour deux raisons majeures. Premièrement, sous l'ancien article 63, l'employeur n'avait aucune obligation de motiver formellement le licenciement du travailleur. En l'absence d'obligation, il n'était dès lors pas tenu par ces propos et seule la phase judiciaire en contestation du licenciement l'obligeait à communiquer les motifs réels du congé¹⁷³. Deuxièmement, permettre à l'employeur de venir modifier, remplacer ou compléter ses motifs viderait la convention collective de sa substance¹⁷⁴. Il est vrai que l'un des objectifs de la convention collective est d'offrir au travailleur la possibilité de connaître les raisons de son congé et ainsi juger de l'opportunité de le contester. Dès lors, autoriser l'employeur à invoquer des motifs faux ou incomplets serait tout simplement contraire à l'objectif premier de la C.C.T. n°109 et ne devrait par conséquent pas être envisageable.

A ces propos s'ajoute le délai dont dispose l'employeur pour informer le travailleur des raisons et explications de son licenciement. C'est à juste titre que, selon nous, M. Wantiez, G. Lemaire énonce que « *dès lors, et sous peine de vider le texte de la C.C.T. n° 109 de sa substance, le délai fixé par cette dernière nous paraît être un délai contraignant dans lequel l'employeur a l'obligation non seulement de fournir des explications, mais également de fournir celles sur lesquelles il se basera ensuite : quel intérêt sinon de prévoir un délai s'il peut ensuite être contourné ?* »

Malgré tout, force est de constater qu'une motivation qui est insuffisante est alors considérée comme une simple irrégularité qui n'empêche pas l'employeur de mentionner d'autres explications lors d'une procédure judiciaire, ce qui donne alors à la motivation la caractéristique d'être évolutive¹⁷⁵. Il convient toutefois de nuancer également ces propos dans la mesure où, en cas de motivation insuffisante et de

¹⁷⁰ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 219.

¹⁷¹ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 266.

¹⁷² P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 8.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 266.

¹⁷⁵ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 8.

contestation du congé, l'employeur aura la charge de prouver que le licenciement n'est pas manifestement déraisonnable, lui rendant alors la tâche plus ardue encore¹⁷⁶.

ii. Procédure

Comment se réalise la communication des motifs liés à la rupture du contrat de travail ? A cette question, deux hypothèses sont envisagées. Dans un premier temps, l'employeur a la possibilité de fournir d'initiative, lors de la notification du congé, les motifs du licenciement. Cette première hypothèse reste cependant pour lui, une simple faculté et n'y est guère tenu. En revanche, si l'employeur ne communique pas de sa propre initiative les motifs du licenciement et que son travailleur lui en fait la demande, alors il sera contraint, sous peine d'amende, de lui transmettre les motifs de son licenciement.

a) *Communication des motifs d'initiative par l'employeur*

Si l'employeur communique les motifs du congé au moment de la notification du licenciement au travailleur alors, par dérogation à l'article 5, celui-ci n'est pas tenu de répondre à une demande éventuelle du travailleur pour connaître les raisons de son licenciement. Toutefois, pour bénéficier de cette abstention, l'employeur doit avoir fourni une motivation qui permette au travailleur de connaître les motifs concrets qui ont donnés lieu à son licenciement. Cette première hypothèse est reprise à l'article 6 de la convention collective de travail n°109. Il convient également de préciser que, dans ce cas de figure, l'article 6 ne requiert **aucune exigence de forme** pour la transmission des motifs par l'employeur. Si malgré tout, le travailleur conteste la validité de la motivation en ce sens qu'elle ne lui permet pas de connaître les raisons de son licenciement en raison de l'absence de « motifs concrets », l'employeur a le droit de maintenir sa position et laisse alors, le cas échéant, le soin au tribunal de déterminer si les motifs communiqués sont bel et bien des motifs concrets ou non¹⁷⁷.

b) *Communication des motifs sur demande du travailleur*

Si l'employeur n'a pas fourni d'initiative les motifs concrets du licenciement du travailleur et que celui-ci les lui demande ou s'il décide tout de même de répondre positivement à la demande du travailleur malgré sa transmission spontanée des motifs, alors ceux-ci se retrouvent dans le champ d'application des articles 4 et 5 de la C.C.T.. Ces articles précisent les démarches à suivre en imposant un mode de communication et des délais endéans lesquelles les motifs doivent être fournis.

Tout d'abord, l'article 4 concerne la demande faite par le travailleur désireux d'obtenir les motifs concrets de son licenciement. Cette revendication est soumise à des conditions de forme puisqu'elle doit être réalisée par lettre recommandée et ce dans un délai de deux mois après que le contrat de travail ait pris fin. En cas de licenciement moyennant préavis, l'alinéa deux précise que « *le travailleur adresse sa demande à l'employeur dans un délai de six mois après la notification du congé par*

¹⁷⁶ H. DECKERS, P. JOASSART, « Le droit à la motivation du licenciement : règles de forme et cumul d'indemnités », *op. cit.*, p. 285.

¹⁷⁷ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, *op. cit.*, p. 125.

l'employeur, sans toutefois pouvoir dépasser deux mois après la fin du contrat de travail ». En d'autres termes, si le travailleur preste un préavis de courte durée – moins de 6 mois – il disposera au minimum de 2 mois une fois son contrat de travail terminé. Pour ce qui est des préavis de longue durée – plus de 6 mois – M. Wantiez, G. Lemaire considère que le travailleur bénéficie d'une double période pour faire sa demande, à savoir 6 mois à compter de la notification du congé et s'il ne le fait pas endéans cette période, il aura alors ensuite 2 mois à partir de la fin du contrat de travail¹⁷⁸. Nous ne partageons pas cet avis de double délai. Selon nous, le délai de deux mois imposé au travailleur ne concerne que les préavis de moins de 6 mois afin d'éviter des réclamations des mois après la fin effective du contrat de travail. Pour les travailleurs prestant des préavis de plus de 6 mois quant à eux, devront adresser leurs demandes dans les 6 mois suivant la notification du congé et dès lors avant la fin réelle du contrat de travail. Au regard de l'avis 1.891 rendu par le conseil national du travail, il y a lieu d'entendre par « jour de notification du congé », le jour durant lequel la notification sort ses effets. Dans ce cas, si la notification du congé se fait par pli recommandé, celle-ci sort ses effets le troisième jour ouvrable suivant son expédition tel que le stipule l'article 37, § 1 de la loi sur les contrats de travail¹⁷⁹.

Selon l'article 5, l'employeur qui reçoit une demande concernant la motivation de la rupture de son contrat de travail à l'obligation d'y répondre par lettre recommandée dans les deux mois qui suivent la réception du recommandé envoyé par le travailleur, à savoir trois jours ouvrable à partir de l'envoi du recommandé du travailleur¹⁸⁰. L'employeur est donc également soumis à une double condition de forme en ce qui concerne la motivation du licenciement.

c) Les motifs repris dans le C4 constituent-ils une motivation au sens de la C.C.T. n°109 ?

Peut-on conclure que l'apposition des motifs du licenciement dans le certificat de chômage – C4 – rempli pleinement les exigences de motivation requises dans la convention collective n°109 ? L'employeur qui décide spontanément de fournir les raisons qui l'ont poussé à donner congé à son travailleur, peut éventuellement se demander si le fait de remplir correctement le C4 ne suffit pas à remplir les conditions posées par le C.C.T. n°109.

Le certificat de chômage n'est pas *a priori* destiné aux travailleur mais plutôt à l'ONEm afin qu'il puisse vérifier si le congé est volontaire ou non. Cependant, il est vrai que le C4 est également transmis aux travailleurs au moment de son licenciement¹⁸¹. La nouvelle version du certificat de chômage dispose de 5 lignes et demie pour la rubrique « motif précis du chômage ». Malgré que l'intitulé de la rubrique réclame de la précision, force et de constater que les 5 lignes et demie mises à la disposition de l'employeur limite les explications de celui-ci. Certains auteurs considèrent toutefois que l'espace limité du certificat de chômage est en accord avec la volonté des partenaires sociaux qui non

¹⁷⁸ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 265.

¹⁷⁹ Art. 37, § 1 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277

¹⁸⁰ Art. 5 de la convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, *op. cit.*

¹⁸¹ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 144.

seulement n'ont pas voulu imposer un cadre trop formaliste à l'employeur mais qui en plus de cela n'ont prévu aucune condition de forme en cas de motivation d'initiative de la part de l'employeur¹⁸².

Il convient cependant de ne pas mettre de côté l'un des objectifs fondamentaux de la C.C.T. n°109 qui est de permettre aux travailleurs de connaître mais également de comprendre les raisons qui ont poussé l'employeur à mettre fin au contrat de travail. Nous doutons qu'à peine 5 lignes, limitant de ce fait les explications de l'employeur, puissent contribuer aux exigences et volontés dégagées de la C.C.T. n°109. Qui plus est, si la volonté profonde des partenaires sociaux s'avérait favorable en ce que la motivation reprise dans le C4 obligatoire est suffisante, qu'elle aurait alors été l'intérêt et la plus-value de créer une obligation de motivation du congé à travers la convention collective¹⁸³.

Malgré tout, sans que l'on ne puisse *a priori* écarter la communication des motifs par le biais du C4, encore faut-il que ceux-ci soient suffisamment clairs et précis pour satisfaire aux exigences de la convention collective n°109¹⁸⁴. Au regard de ce qui précède, nous sommes d'avis que la communication des motifs à travers le C4 n'est pas appropriée pour remplir les objectifs poursuivis par les partenaires sociaux.

iii. Sanctions

Dans le cas où l'employeur manque à son obligation de communiquer les motifs concrets du licenciement de son travailleur, c'est-à-dire s'il ne répond pas à la demande du travailleur, si sa motivation n'est pas suffisante, s'il ne respecte pas les conditions de forme - délai et envoi par recommandé – celui-ci sera redevable d'une amende civile forfaitaire égale à **deux semaines de rémunération** conformément à l'article 7 de la C.C.T. n°109¹⁸⁵. Certes l'amende civile est faible et pose de nombreuses questions mais elle peut toutefois être cumulée avec l'indemnité éventuellement due en cas de licenciement manifestement déraisonnable. Cette sanction est également qualifiée d'autonome dans la mesure où elle sera due et ce même en l'absence de constatation de licenciement manifestement déraisonnable¹⁸⁶. Selon L. Eltzer et E. Plasschaert, il y a lieu d'entendre par rémunération, la rémunération au sens strict du terme en ce compris les avantages obtenus lors de la prestation du contrat de travail¹⁸⁷.

En ce qui concerne la qualification juridique à donner à l'amende civile, le conseil national du travail a jugé que celle-ci ne devait **pas** être considérée comme **de la rémunération**¹⁸⁸. Cette constatation a notamment pour conséquence qu'aucune cotisation de sécurité sociale n'est due lors de la perception de l'amende civile. Suite à ces dires, l'ONSS a embranché le pas en estimant également que l'amende civile ne devait pas être considérée comme de la rémunération.

¹⁸² P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 7.

¹⁸³ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 216.

¹⁸⁴ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 145.

¹⁸⁵ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 265.

¹⁸⁶ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁷ L. ELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 384.

¹⁸⁸ Avis n° 1891 du conseil national du travail, disponible sur <http://www.cnt-nar.be/>.

Section 4 : Le licenciement manifestement déraisonnable

i. Notion

La convention collective n°109 introduit une nouvelle notion dans le droit social belge : « le licenciement manifestement déraisonnable ». En dehors de sa participation active visant à s'assurer que le travailleur dispose d'un moyen de connaître les raisons de son licenciement, la C.C.T. protège également les travailleurs contre les licenciements irréguliers c'est à dire manifestement déraisonnable. L'on constate à la lecture des différents commentaires de la convention collective que les partenaires sociaux étaient désireux d'innover en la matière en s'inspirant tout de même de notions couramment admises au sein de la jurisprudence¹⁸⁹.

L'article 8 de la convention collective n°109 allègue que « *Un licenciement manifestement déraisonnable est le licenciement d'un travailleur engagé pour une durée indéterminée, qui se base sur des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, et qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable* » – souligné par nous –.

Le choix fait pas les partenaires sociaux de ne soumettre à l'article 8 de la convention collective que les travailleurs ayant des contrats à durée indéterminée laisse dubitatif. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 décembre 2013, les contrats de travail à durée déterminée peuvent prendre fin moyennant la prestation d'un préavis durant la première moitié du contrat de travail¹⁹⁰. Des lors que les deux formes de contrat de travail sont susceptibles de prendre fin moyennant préavis, pourquoi les rédacteurs de la convention collective ont-ils fait le choix d'en exclure l'une des deux ? Cette question reste sans réponse et intrigue d'autant plus que, confrontée à la loi du 5 juin 2002 qui pose le principe de non-discrimination en faveur des travailleurs avec un contrat de travail à durée déterminée, la C.C.T. risque de mettre en place une discrimination.

En se basant sur une lecture littérale du texte, certains auteurs ont vu dans la conjonction « et » la possibilité d'y voir une quatrième hypothèse de motifs autorisé par la loi¹⁹¹. Dans ce cas de figure, le licenciement sera considéré manifestement déraisonnable dans 4 hypothèses : lorsqu'il n'a aucun lien avec l'aptitude, la conduite du travailleur ou avec les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ou lorsque n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable. Cependant, selon nous, la conjonction « et » doit être interprétée comme une condition cumulative venant s'additionner au trois motifs légitimes autorisés par la loi. Le licenciement sera donc considéré comme manifestement déraisonnable si deux conditions cumulatives sont remplies :

- Le licenciement n'a aucun lien avec l'aptitude, la conduite du travailleur ou avec les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

¹⁸⁹ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, op. cit., p. 129.

¹⁹⁰ Art. 15 de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, op. cit. p. 104147.

¹⁹¹ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, op. cit., p. 130.

- Le licenciement n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable.

a) *Motifs légitimes autorisés par la loi*

La première condition reprend précisément les éléments de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 en ce sens que l'article 8 considère, de façon largement identique, qu'un licenciement sera régulier, s'il se fonde sur l'une des trois hypothèses de motifs autorisées par la loi.

– L'aptitude du travailleur vise tant l'aspect physique que les connaissances et les compétences de celui-ci, c'est-à-dire l'aspect professionnel. L'inaptitude physique liée à une maladie ou un accident entraînant l'absence du travailleur pose depuis longtemps de nombreuses questions et ce même sous l'empire de l'article 63. En tout état de cause, lorsque l'inaptitude est de courte durée et/ou occasionnelle, elle a pour effet de suspendre le contrat de travail et ne constitue dès lors pas un motif légitime de licenciement¹⁹². Par contre, dans le cas où l'inaptitude est de longue durée et/ou constante, elle peut alors constituer un motif légitime de licenciement si toutefois elle entraîne des perturbations sur le fonctionnement de l'entreprise¹⁹³. A cela, il faut ajouter la loi du 10 mai 2007 qui interdit toute forme de distinction fondée sur certains critères spécifiques tels que l'état de santé actuel et futur. L'employeur qui licencie un travailleur en raison de son inaptitude physique, doit s'assurer qu'elle n'est pas liée à un état de santé actuel et futur sous peine de poser un acte de discrimination. Dans ces cas de figure, on le voit, la marche de manœuvre de l'employeur est réduite et délicate contrairement à l'inaptitude professionnelle qui offre plus de liberté en matière de rupture de contrat de travail.

– La conduite du travailleur vise le comportement et l'attitude de celui-ci. L'employeur ne peut pas se fonder sur toutes sortes d'attitudes pour fonder son licenciement. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, il est nécessaire que le motif lié à l'attitude du travailleur soit raisonnable ou légitime ce qui traduit incontestablement un contrôle de proportionnalité entre l'acte de licencier et les faits à la base du motif invoqué¹⁹⁴. En revanche, il n'est pas requis que l'attitude du travailleur soit fautive pour constituer un motif valable¹⁹⁵.

– Le critère des nécessités de fonctionnement de l'entreprise vise quant à lui l'ensemble des éléments liés à des considérations économiques, sociales et/ou d'organisation. Le licenciement réalisé dans l'intérêt de l'entreprise ne sera pas « manifestement déraisonnable » puisqu'il s'appuie sur des nécessités de fonctionnement¹⁹⁶. Selon L. Dear, S. Gilson, « c'est le lieu le plus problématique de l'application de l'idée du contrôle marginal du juge »¹⁹⁷. Il est vrai que dans de nombreux cas, les nécessités de fonctionnement d'une entreprise sont de l'ordre de la subjectivité et de l'opportunité.

¹⁹² T. STIEVENARD, « la motivation du licenciement », séminaire Van-han & Van-han du 12 décembre 2013, p. 53.

¹⁹³ L. ELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 385.

¹⁹⁴ Cass., 22 novembre 2010, S.09.0092.N, *J.T.T.*, 2011, liv. 1085, p. 3.

¹⁹⁵ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 227.

¹⁹⁶ L. ELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 387.

¹⁹⁷ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 228.

Comment dès lors juger si un motif lié aux nécessités de fonctionnement est valable en se limitant à un contrôle marginal¹⁹⁸ du dit motif ? La future jurisprudence en la matière nous éclairera davantage sur la réponse à donner à cette question et sur le positionnement qu'adopteront les juges pour l'appréciation de cette dernière hypothèse.

b) *Un employeur normal et raisonnable*

La nouveauté instaurée par la C.C.T. n°109 – ne figurant pas dans l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 – réside dans la deuxième condition cumulative construite par les termes suivant : « n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable ». Néanmoins cette condition n'est pas tout à fait emprunte de nouveauté puisqu'elle avait déjà été évoquée par un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2010¹⁹⁹. Les partenaires sociaux ont vraisemblablement voulu incorporer les enseignements de la jurisprudence de la Cour de cassation afin de prendre en compte ces évolutions. Sous l'empire du licenciement abusif de l'article 63, la Cour de cassation avait en effet fini par estimer que pour considérer qu'un licenciement ne soit pas abusif, il fallait nécessairement qu'il se fonde sur l'aptitude ou la conduite du travailleur ou sur des nécessités de fonctionnement mais également qu'il ne soit pas « manifestement déraisonnable » c'est-à-dire illégitime ou déraisonnable²⁰⁰. Nous postulons donc pour que l'interprétation de la C.C.T. n°109 se fasse à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2010.

En résumé pour que l'employeur soit qualifié de « normal et raisonnable », il doit agir en « bon père de famille » en ce sens qu'il ne lui suffit pas que la rupture du contrat de travail soit liée à l'aptitude ou la conduite du travailleur ou sur des nécessités de fonctionnement, encore faut-il que le licenciement soit légitime et raisonnable, c'est-à-dire que celui-ci ne soit pas disproportionné par rapport aux motifs invoqués²⁰¹. Un rapport de proportionnalité doit donc exister entre le licenciement et les motifs invoqués à défaut de quoi le congé sera qualifié de manifestement déraisonnable et ce malgré le fait qu'il se fonde sur l'une des hypothèses autorisées par la loi.

ii. Contrôle du juge

Dans l'hypothèse où le travailleur désire contester son licenciement, il introduira une action judiciaire afin de faire déclarer le congé comme étant injustifié, à savoir « manifestement déraisonnable ». Pour se faire, le juge aura le rôle de déterminer si les conditions du licenciement manifestement déraisonnable sont remplies pour le déclarer comme tel. Le commentaire de l'article 8 de la convention collective n°109 emploie explicitement le concept de « contrôle marginal ». D'après les partenaires sociaux, « *l'ajout du mot « manifestement » à la notion de « déraisonnable » vise précisément à souligner la liberté d'action de l'employeur et le contrôle à la marge* ».

¹⁹⁸ Cette notion sera abordée *infra*.

¹⁹⁹ G. DEVILLE, P. GEERBAERT, « [Motivering van het ontslag] CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse », *op. cit.*, p. 133.

²⁰⁰ Cass., 22 novembre 2010, précité, note 194, p. 3.

²⁰¹ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 146.

Mais que signifie ce « contrôle à la marge » et pourquoi y avoir recouru ? On l'a déjà démontré à maintes reprises, le monde juridique belge fait les yeux doux à l'employeur en voulant protéger un maximum ses libertés. Les partenaires sociaux sont convaincus qu'il est important de conserver la liberté de l'employeur en le laissant seul décider de ce qui est raisonnable ou pas en fonction de la position de son entreprise. Pour ce faire, le contrôle du juge se limitera à déterminer si l'une des trois conditions du licenciement manifestement déraisonnable sont remplies ou non. Cela signifie que le juge ne pourra pas apprécier, à la place de l'employeur, l'opportunité des motifs et prendre en compte les circonstances concrètes du licenciement²⁰². Ainsi, par exemple, le juge ne pourra pas décider de l'opportunité qu'avait l'employeur de réorganiser son entreprise et décider qu'il aurait dû s'abstenir²⁰³.

On remarquera que pour déterminer le montant de l'indemnisation, le juge devra se référer à la graduation du caractère manifestement déraisonnable. Cette compétence octroyée au juge ne suppose-t-elle pas un contrôle plus que marginal ? Nous l'estimons. Nous ne pouvions faire l'économie d'une telle **incohérence** générée par les partenaires sociaux. En effet, la liberté octroyée au juge pour déterminer le montant de l'indemnisation interpelle et semble contredire le contrôle marginal du magistrat. Alors que le juge se trouve limité dans son appréciation du caractère manifestement déraisonnable, il ne l'est guère dans son appréciation de l'indemnité qui dépend également du caractère manifestement déraisonnable du congé pour laquelle il possède une véritable liberté d'action. Cette contradiction plus que flagrante résulte sans nul doute d'un compromis à la hâte.

En définitive, comme le souligne P. Crahay, le contrôle du juge se résumera en quatre points puisqu'il pourra²⁰⁴ :

« Examine que les motifs avancés rentrent dans une des trois catégories de motifs légitimes définis par la C.C.T. ;

- Vérifier l'exactitude des motifs ;
- Contrôler si les faits dont se prévaut l'employeur sont la cause réelle du licenciement ;
- Entreprendre la vérification de la pertinence des motifs, c'est-à-dire déterminer si un employeur raisonnable n'aurait pas plutôt décidé de ne pas licencier. Ce contrôle se faisant uniquement de façon marginale. »

iii. La charge de la preuve

La charge de la preuve est une forme de sanction cachée qui découle directement des différents cas de figure de communication de la motivation du licenciement. L'article 10 prévoit un système délicat composé de trois hypothèses distinctes²⁰⁵ :

²⁰² N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, *Harmonisation des statuts ouvriers-employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, op. cit., p. 212.

²⁰³ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », op. cit., p. 230.

²⁰⁴ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », op. cit., p. 9.

²⁰⁵ Art. 10 de la convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, op. cit.

- 1) l'employeur a communiqué les motifs du licenciement ;
- 2) l'employeur n'a pas communiqué au travailleur les motifs du licenciement ;
- 3) le travailleur n'a pas introduit de demande visant à connaître les motifs de son licenciement.

1) Ce premier cas de figure vise les hypothèses où l'employeur a conformément motivé le licenciement du travailleur. La règle posée par les partenaires sociaux manque en clarté et laisse place à l'interprétation. A notre sens, l'article 10 tiret n°1 doit être interprété comme un mécanisme de **partage de la charge de la preuve** dans lequel chacun doit prouver ce qu'il allègue. Par conséquent, l'employeur doit prouver les motifs qu'il a précédemment communiqués au travailleur alors que le travailleur devra lui prouver que ceux-ci sont manifestement déraisonnables²⁰⁶. Autrement dit, conformément à l'article 5, si l'employeur qui a communiqué les motifs du licenciement à la suite de la demande formulée par le travailleur mais également si l'employeur a d'initiative et en conformité avec l'article 6 transmis les motifs concrets du licenciement, la charge de la preuve est partagée. Ce partage de la preuve signifie qu'il revient au **travailleur** de démontrer que le licenciement est manifestement déraisonnable et qu'à contrario, il appartient à l'**employeur** de démontrer les motifs du licenciement.

Il s'agit là de la règle classique du droit commun²⁰⁷ dans laquelle on voit difficilement comment l'employeur aurait de toute manière pu échapper à démontrer la réalité des motifs qu'il a invoqués²⁰⁸. Au demeurant, il reviendra à la jurisprudence de clarifier l'article 10 par l'interprétation qu'elle va lui donner.

- 2) Lorsque le travailleur a formulé la demande de connaître les motifs concrets du licenciement remis par son employeur mais que celui-ci a manqué à son obligation de réponse, il devra non seulement communiquer les motifs concrets du licenciement mais également prouver que le licenciement n'est pas manifestement déraisonnable²⁰⁹. Alors que dans les autres hypothèses le licenciement est présumé comme n'étant pas manifestement déraisonnable, ici s'opère un véritable renversement de la charge de la preuve puisque l'**employeur** devra prouver que son licenciement n'est pas manifestement déraisonnable.
- 3) Si le **travailleur** décide de contester son licenciement alors même qu'il n'a pas fait la demande qu'on lui fournisse les motifs concrets de son licenciement, il devra alors prouver les éléments qui révèlent que le licenciement est manifestement déraisonnable²¹⁰. Le travailleur se retrouve dans la position que jadis occupait l'employé sous l'empire de l'ancien régime puisqu'il devra par la même occasion prouver les motifs du congé. Néanmoins, suivant le principe de la contribution de la

²⁰⁶ J. CLESSE, J. HUBIN, *Questions spéciales de droit social : hommage à Michel Dumont*, op. cit., p. 453.

²⁰⁷ Art. 870 du Code judiciaire.

²⁰⁸ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », op. cit., p. 148.

²⁰⁹ Propos de Steve Gilson recueillis lors de son interview, le 23 avril 2015.

²¹⁰ N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, *Harmonisation des statuts ouvriers-employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, op. cit., p. 211.

charge de la preuve, si le travailleur parvient à prouver un motif à tout le moins crédible, l'employeur qui désire le contester, devra en apporter la preuve contraire²¹¹.

iv. Sanction

L'article 9 de la C.C.T. n°109 dispose qu'en cas de licenciement manifestement déraisonnable, l'employeur est redevable d'une indemnisation au travailleur correspondant au minimum à trois semaines de rémunération et au **maximum à 17 semaines de rémunération**²¹².

L'employeur qui se verrait déclarer son licenciement manifestement déraisonnable, serait alors redevable d'une indemnité forfaitaire avec graduation²¹³. Dans la mesure où l'indemnisation est graduelle, le juge possède une marge d'appréciation quant au montant de celle-ci qui sera fonction du caractère manifestement déraisonnable du licenciement.

L'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable a également la caractéristique d'être **cumulable** mais uniquement avec l'indemnité de préavis, l'indemnité de non concurrence, l'indemnité d'éviction, l'indemnité complémentaire aux allocations sociales ou l'amende civil en cas de défaut de motivation du licenciement²¹⁴.

²¹¹ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 238.

²¹² Art. 9 de la convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, *op. cit.*

²¹³ L. ELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 388.

²¹⁴ Art. 9 de la convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, *op. cit.*

Chapitre 6 : Appréciation du régime Belge par rapport à la convention 158 de l'OIT et l'arrêt de la C.E.D.H.

Après avoir retracé scrupuleusement les différentes notions du droit social, l'ancien régime et ses évolutions, les enseignements et textes de droit international ainsi que la convention collective de travail n°109, nous allons dans ce présent chapitre, apprécier, sur les points qui nous semblent les plus essentiels, le régime du licenciement belge au regard des instruments internationaux que sont la convention n°158 de l'OIT et l'arrêt de la C.E.D.H du 10 juillet 2012.

Il convient de préciser que, dans la mesure où la Belgique n'a pas ratifié la convention 158 de l'OIT, l'appréciation du régime juridique belge au regard de cet instrument international constituera davantage un exercice théorique qu'un véritable test de conformité, afin de vérifier si la convention collective n°109 s'inscrit ou pas dans le contexte international actuel.

Section 1 : Champ d'application : Absence de motivation conforme dans le secteur publique ?

Nous l'avons déjà évoqué, l'une des principales particularités de la C.C.T. n°109 et du nouveau régime qu'elle introduit, est qu'ils ne s'appliquent pas au secteur public. Seul le secteur privé est couvert par le nouveau régime puisqu'à l'heure de la rédaction de ce mémoire, le texte analogue prévu pour le secteur public n'a toujours pas vu le jour.

La **convention 158 de l'OIT** a le mérite quant à elle de s'appliquer à tous les travailleurs salariés, tous secteurs confondus. Elle ne prévoit pas non plus une telle possibilité d'exclusion par les états membres à l'article 2, § 2.

En ce qui concerne l'**arrêt K.M.C c. Hongrie**, la Cour s'adresse pareillement à l'ensemble des catégories de travailleurs sans distinction. Bien que le fait que la requérante soit fonctionnaire et que dès lors cela renforcerait l'exigence d'une motivation, a tout le moins dans le secteur public, il convient de déclarer sans incidence le statut de la demanderesse²¹⁵.

Malgré l'échec évident au test de conformité, certains auteurs revendiquent cependant que la loi du 29 juillet 1991 relative au secteur public est d'application et que dès lors il convient de ne pas considérer celui-ci comme dénué de motivation formelle. A cela, il convient de répondre qu'il n'en demeure pas moins que malgré la possible application de la loi du 29 juillet 1991, rien ne permet de cadencer les motifs de licenciement par des « motifs légitimes », comme le prévoit notamment la convention n° 158 de l'OIT²¹⁶. Des lors, quand bien même la loi sur la motivation formelle des actes administratifs

²¹⁵ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 179.

²¹⁶ Propos de Steve Gilson recueillis lors de son interview, le 23 avril 2015.

trouverait à s'appliquer afin d'offrir une motivation dans le secteur public, celle-ci ne garantit aucun encadrement et par conséquent, s'écarte du droit international.

On peut donc en conclure assez facilement que le nouveau régime, de par son champ d'application, **n'est pas conforme**, aussi bien à la convention n° 158 de l'OIT qu'à l'arrêt K.M.C c. Hongrie rendu par la Cour européenne des droits de l'homme.

Section 2 : Licenciement manifestement déraisonnable

- i. Les notions de la C.C.T. n°109, identiques à celles reprises dans la convention 158 de l'OIT ?

Nous venons de voir que le champ d'application de la C.C.T. n°109 se distingue de la convention 158 de par le fait qu'elle ne s'applique qu'au secteur privé. Néanmoins, l'on remarquera que les **exclusions** permises par la convention 158 sont dans leur totalité reprises au sein de la C.C.T. n°109. Il y a fort à parier que les partenaires sociaux se sont à tous le moins inspirés de la convention internationale lors de la rédaction de la convention collective. Tout comme le permet la convention 158, la C.C.T. n°109 exclut de son champ d'application les contrats intérimaires, les six premiers mois d'un contrat de travail – nommé période d'essai dans la convention 158 –, les contrats à durée indéterminée.

La convention internationale se réfère ensuite à la notion de « **licenciement injustifié** » lorsqu'un travailleur est victime d'un licenciement qui n'est pas liée à l'un des trois motifs qu'elle autorise. La C.C.T. n°109 parle quant à elle de « **licenciement manifestement déraisonnable** ». Les deux notions sont relativement identiques en ce sens qu'elles n'autorisent comme motif de licenciement, que les trois mêmes hypothèses à savoir que le licenciement soit 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. De cette première constatation, la C.C.T. n°109 est donc conforme à la convention 158 de l'OIT. Cependant, la convention collective n°109 va plus loin et exige une condition supplémentaire – qui ne figure pas dans la convention 158 – pour que le licenciement ne soit pas déclaré irrégulier, à savoir « qu'il n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable ». La C.C.T. n°109 abandonne donc la notion de « motif valable » pour celle d'« employeur normal et raisonnable ». En conséquence, la difficulté d'obtenir qu'un licenciement soit déclaré régulier, est d'autant plus grande dans la C.C.T. n°109 étant donné qu'il convient de remplir deux conditions alors qu'il n'en nécessite qu'une seule dans la convention 158. Il s'agit donc ici d'une différence fondamentale entre les deux types de convention. De plus, contrairement à la convention 158, la C.C.T. n°109 n'a pas illustré ce qu'il y a lieu d'entendre par « motif non valable », ce qui selon nous est à regretter.

La notion de **renonciation** du droit de contester le licenciement est directement intégrée dans la convention 158 de l'OIT. Lorsque le travailleur n'exerce pas son droit dans un délai raisonnable, il y a

renonciation implicite à l'invoquer. Cette conséquence n'est en revanche pas explicitement reprise dans la C.C.T. n°109 mais on peut, au regard du support choisi par le législateur – convention collective – conclure qu'à partir du 1 juillet 2015, le délai de prescription pour intenter une contestation contre un licenciement est de 6 mois. Par conséquent, la convention 158 offre plus de liberté et une possibilité de délai plus ou moins long, lorsqu'elle recourt à la notion de « délai raisonnable ».

Nous l'avons évoqué précédemment, le droit social belge est avant tout un droit indemnitaire puisqu'il offre des indemnités lorsqu'il y a manquement au droit social. C'est donc en toute logique que la convention collective n°109 a prévu comme **sanction** au licenciement manifestement déraisonnable, une indemnité équivalente à plusieurs semaines de rémunération. La convention 158 s'écarte de cette conception indemnitaire en favorisant la réparation par nature, à savoir l'annulation du licenciement et/ou la réintégration du travailleur. Ce n'est que lorsqu'il est impossible de procéder de la sorte qu'une indemnité sera versée au travailleur. La conception de la sanction qu'ont les deux conventions est donc radicalement différente, ce qui écarte une fois de plus la convention collective n°109 de la convention 158.

ii. Contrôle du juge

Le **contrôle « marginal »** a été choisi par la convention collective n°109 pour contrôler le licenciement qui fait l'objet d'une contestation en justice par le travailleur. Se limitant à la vérification d'une part de l'existence d'un lien entre les motifs et les hypothèses de licenciement autorisées par la loi et d'autre part du caractère normal et raisonnable de la décision prise, ce contrôle apparaît somme toute restreint.

La convention de l'OIT n°158 n'a quant à elle émise aucune restriction au pouvoir de contrôle du juge sur l'appréciation d'un licenciement en contestation. Le **pouvoir du juge** est considéré comme **total et entier** en ce sens qu'il peut vérifier les motifs invoqués mais également « les autres circonstances du cas d'espèce »²¹⁷. En d'autres termes, la convention internationale ne restreint pas le champ d'action du juge contrairement à la convention collective n°109.

Bien que l'arrêt K.M.C c. Hongrie, en lui-même, n'offre aucune précision quant au contrôle du juge, la Cour européenne des droits de l'homme impose, de manière générale, que les juridictions saisies d'une contestation examinent la véracité des motifs retenus contre le travailleur²¹⁸.

Le contrôle marginal prévu dans la C.C.T. n°109 n'est donc certainement pas fidèle et identique à celui réservé par la convention de l'OIT puisqu'il s'avère plus que restrictif du point de vue de la prise en compte d'éléments factuels quant à l'opportunité de licencier. En revanche, la réponse doit être plus nuancée quant à l'arrêt K.M.C c. Hongrie dans la mesure où celui-ci n'y fait guère référence et que la Cour, de manière générale, n'interdit pas le contrôle marginal du licenciement. Selon nous, le contrôle marginal mis en place par les partenaires sociaux sera conforme aux dires de la Cour

²¹⁷ Article 9 de la convention n°158 de l'Organisation Internationale du Travail concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, *op. cit.*

²¹⁸ C.E.D.H., arrêt *Koskinas c. Grèce*, 20 juin 2002, §30, n° 47760/99, disponible sur <http://www.echr.coe.int>.

européenne des droits de l'homme s'il revête deux pouvoirs : la vérification de l'exactitude et de l'existence des motifs invoqués par l'employeur ainsi que l'examen du lien causal entre les motifs et le licenciement. Ce dernier doit obliger l'employeur à fournir les éléments attestant de l'existence dudit lien causal. Si l'employeur motive son licenciement par « défaut de compétence », celui-ci doit alors le justifier par des évaluations par exemple²¹⁹. Cette opinion, a fait l'objet de vives tensions dans la mesure où certains prétendent alors à une violation du principe du contrôle marginal et de la liberté de l'employeur. Néanmoins, bien qu'il faille tenir compte de la volonté des partenaires sociaux et de la marginalité du contrôle, nous persistons à dire que les motifs invoqués ne peuvent en aucun cas être arbitraires, ce qui implique dès lors que l'employeur doive apporter la preuve du lien causal. Cet échec partiel au test de conformité doit toutefois être nuancé attendu qu'il y a fort à parier que les tribunaux du travail continueront à fonctionner tels qu'ils le faisaient sous l'empire de l'article 63, c'est-à-dire en pleine juridiction.

Section 3 : Motivation du licenciement : la motivation évolutive

Il est regrettable de constater un manque de transparence de la C.C.T. n°109 en ce qui concerne la caractérisation de la motivation. Malgré l'évidence selon laquelle, la motivation du nouveau régime belge se doit d'être intangible pour correspondre aux volontés des partenaires sociaux, nous n'avons pu que constater que la convention dissuade – par des indemnités – mais n'interdit nullement à l'employeur de modifier sa motivation en cours de procédure.

Cette possibilité offerte par la C.C.T. n°109 à l'employeur **s'oppose radicalement à l'arrêt K.M.C.** rendu par le Cour européenne des droits de l'homme. On le rappelle, l'intérêt majeur de cet arrêt est de permettre aux travailleurs, à travers la motivation du licenciement, de connaître les raisons de leurs congés afin de pouvoir valablement les contester. Partant, il est incontestable que cette brèche laissée par la C.C.T. n°109 est contraire à l'enseignement de la Cour européenne des droits de l'homme dans la mesure où le travailleur n'aura aucune garantie de pouvoir contester valablement son licenciement si celui-ci se base sur des motifs qui peuvent être modifié en cours de route. L'employeur qui invoquerait des motifs « x » à la demande du travailleur, pour ensuite les modifier par des motifs « y » une fois la procédure judiciaire lancée par le travailleur, est une situation dans laquelle ce dernier aura alors fondé sa contestation sur de « mauvais » motifs. De par cette zone grise laissée par les partenaires sociaux, la C.C.T. n°109 ne garantit pas au travailleur, selon nous, un recours effectif contre son licenciement.

Plus fondamentalement encore, sur ce point de comparaison, la C.C.T. n°109 **s'oppose également à la convention n°158 de l'OIT**. La convention internationale introduit l'audition préalable afin de permettre au travailleur d'être entendu avant un éventuel licenciement. Dès lors une certaine manière, la motivation du licenciement doit se retrouver dans la décision elle-même et constitue donc une

²¹⁹ Propos de Steve Gilson recueillis lors de son interview, le 23 avril 2015.

motivation substantielle. Il serait en effet invraisemblable d'entendre le travailleur pour un motif déterminé et par la suite licencier ce même travailleur pour d'autres motifs pour lesquels il n'aura évidemment pas été entendu. Cela signifie que les motifs pour lesquelles le travailleur a été entendu fondent la décision même du licenciement sans quoi l'audition préalable serait inutile. De par l'audition préalable, la convention n°158 de l'OIT empêche l'employeur de pouvoir modifier ses motifs invoqués préalablement à la procédure en justice mais également préalablement au licenciement.

L'on peut donc en conclure que pour être conforme aux exigences internationales, C.C.T. n°109 aurait dû faire preuve de plus de transparence soit en prévoyant de manière explicite l'interdiction pour l'employeur de modifier ses motifs du licenciement soit en instaurant l'audition préalable au licenciement.

Section 4 : Indemnités

L'employeur est susceptible de se voir infliger deux types d'indemnités prévues par la C.C.T. n°109 lorsqu'il licencie un travailleur. Il supportera une amende civile s'il est en défaut de motivation du licenciement et une indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable s'il licencie un travailleur de façon irrégulière.

L'amende civile, nous l'avons vu, est égale à deux semaines de rémunération. Selon nous, le **montant insignifiant** de l'indemnité ne remplit pas le rôle dissuasif qu'elle devrait revêtir et ne garantit dès lors pas au travailleur la communication des raisons de son licenciement. Il convient toutefois de préciser que la motivation, lorsque le travailleur en a fait la demande, n'est pas une option mais une véritable obligation qui, lorsqu'elle n'est pas respectée est sanctionnée. Le faible montant de l'indemnité ne conforte cependant pas le caractère obligatoire de la motivation et ne remplit pas pleinement son rôle de garant des objectifs de la C.C.T.. Si les partenaires sociaux en sont arrivés à la conclusion selon laquelle une sanction équivalente à deux semaines de rémunérations suffit pour incontestablement contraindre l'employeur à s'exécuter, nous pensons qu'ils ont tort. Par conséquent, selon nous cette indemnité déroge aux exigences imposées par la Cour dans son arrêt K.M.C. à savoir l'obligation de motiver le licenciement afin de garantir un recours effectif pour le travailleur. En revanche, aucune comparaison ne peut être faite avec la convention n°158 de l'OIT puisqu'il n'existe pas d'indemnité similaire – en cas d'absence de motivation– eu sein de cette convention.

L'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable quant à elle varie en fonction du caractère déraisonnable du licenciement et ne peut être supérieure à 17 semaines de rémunération. En comparaison, l'OIT reste très vague concernant l'appréciation du montant de l'indemnité en cas de licenciement injustifié puisqu'elle fait référence à une « indemnité adéquate » laissant alors une marge d'appréciation aux états signataires.

Néanmoins, peut-on véritablement considérer qu'une indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable de maximum 17 semaines de rémunération est une indemnité adéquate au sens de la

convention n°185 ? A notre sens, nous pouvons en douter. Elle en effet inférieure d'une part à celle qui était prévue dans le cadre de l'article 63 de la loi sur le contrat de travail mais d'autre part aux autres pays européens²²⁰.

Section 5 : La charge de la preuve

La charge de la preuve est conçue de façon différente dans la C.C.T. n°109 et dans la convention n°158 de l'OIT. L'organisation internationale du travail prévoit dans la convention n°158 deux possibilités, soit la charge de la preuve pèse sur les épaules des deux parties soit elle est supportée par l'employeur qui doit **prouver les motifs** qu'il invoque. Cette deuxième possibilité se rapproche quelque peu des différents cas de figure prévu par la C.C.T. n°109. Nous l'avons vu, au sein de la convention collective, la charge de la preuve varie en fonction des manquements de l'un ou de l'autre. Si l'employeur a conformément communiqué les motifs du licenciement, on peut supposer, au regard du libellé de l'article 10, que l'employeur devra tout de même apporter la preuve des faits qu'il a allégués. Il devra apporter la preuve des motifs mais aussi la preuve que ceux-ci ne sont pas manifestement déraisonnables lorsqu'il n'a pas ou à mal communiqué les motifs du licenciement. Ces deux éventualités se rapprochent de la convention n°158 dans la mesure où la preuve des motifs est à charge de l'employeur.

Néanmoins, il ne s'agit que d'un rapprochement et non d'une véritable similitude étant donné que soit l'employeur n'est **pas le seul à supporter la charge de la preuve** – première possibilité – soit l'employeur doit prouver à la fois les **motifs** du licenciement mais également le **caractère manifestement raisonnable** de ceux-ci – deuxième possibilité –, ce qui n'est pas prévu dans la convention n°158 de l'OIT.

En ce qui concerne la troisième possibilité, le travailleur qui ne fait pas de demande de motivation du licenciement, devra supporter entièrement la charge de la preuve – motifs et caractère manifestement déraisonnable –. Cette dernière éventualité s'écarte donc fondamentalement de ce que prévoit la convention internationale.

Section 6 : L'audition préalable et la motivation a posteriori

Nous l'avons vu, dans le cadre de la C.C.T. n°109, les partenaires sociaux n'ont pas fait le choix d'introduire une audition du travailleur préalablement à son licenciement. En revanche, contrairement au secteur privé, le secteur public connaît le principe « *audi alteram partem* » qui est un principe général de droit administratif qui impose à l'employeur d'entendre la personne contre qui une mesure grave, non disciplinaire est pressentie et ce pour des raisons liées à sa personne ou à son comportement²²¹. L'application de ce principe sur le lien que l'autorité administrative entretient avec

²²⁰ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 232.

²²¹ F. LAMBINET, S. GILSON, *op. cit.*, p. 21, (à paraître).

son personnel, contractuel comme statuaire, est généralement admis, bien que la jurisprudence puisse varier. Nous ne nous attardons pas sur ce point.

L'intérêt qui nous anime dans ce dernier point est de savoir si l'absence d'audition préalable est en accord avec l'arrêt K.M.C. et donc avec l'article 6 de la C.E.D.H. ainsi qu'avec la convention n° 158 de l'OIT. A notre sens, il serait difficile d'en arriver à la conclusion selon laquelle l'arrêt K.M.C. et dès lors l'article 6 de la C.E.D.H., contraignent à l'introduction de l'audition préalable du travailleur afin de garantir de tenue d'un procès effectif. Pour ce faire, il suffit simplement que le travailleur dispose des raisons de son licenciement qu'importe qu'il s'agisse d'une motivation formelle ou substantielle. Sur base de ce constat, il convient dès lors d'apprécier ce manquement du droit belge non pas au regard de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme mais par rapport à la convention n°158 de l'OIT.

L'article 7 de la convention n°158 de l'OIT prévoit spécifiquement l'audition préalable dans deux hypothèses : lorsque sa conduite ou son travail est remis en cause. Ce mécanisme étant explicitement établi, l'on peut donc en conclure qu'à défaut d'audition préalable du travailleur, son licenciement pourrait être déclaré comme injustifié. Comme le souligne S. Gilson, et nous partageons cette avis, « il est possible de conclure au caractère abusif du licenciement en l'absence d'audition préalable dès lors que, si cette obligation n'est pas prévue comme telle en droit belge, elle peut découler du principe d'exécution de bonne foi des contrats et de l'abus de droit interprété à la lumière des dispositions internationales dont l'article 7 de la Convention n° 158 de l'OIT ». Nous sommes d'avis que la jurisprudence, sur base de son interprétation du principe de l'abus de droit, puisse déclarer le licenciement des travailleurs comme étant abusif par le simple fait de l'absence d'audition préalable. Néanmoins, nous sommes conscients qu'une telle possibilité reste théorique et qu'une application de celle-ci demeure incertaine voir peu probable quand bien même la Belgique est partisane des solutions qui sortent de l'ordinaire. Selon nous, l'absence d'audition préalable est à regretter car elle aurait donné plus de garanties et plus de protection au travailleur. Toutefois, nous ne pensons pas que son absence vienne grever le régime belge au point de le rendre non conforme aux différentes exigences internationales.

En ce qui concerne la problématique de la motivation *a posteriori* et de sa comptabilité avec les enseignements de la Cour de Strasbourg, celle-ci est intimement liée aux propos développés ci-dessus. En l'absence d'obligation pour l'employeur de motiver le congé dans l'acte et en l'absence d'audition préalable qui implique indirectement une motivation substantielle, la motivation du congé est alors considérée comme « *a posteriori* ».

Pour ce qui est de la conformité de cette motivation avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, certains auteurs invoquent un double argument en sa défaveur. Tout d'abord, le licenciement ne fait toujours pas l'objet d'une véritable obligation de motivation dans la mesure où ce n'est que sur demande que les raisons du congé peuvent être obtenues. Il n'existe dès lors qu'un **droit** pour le travailleur de réclamer que son congé soit motivé. Nous ne partageons cependant

pas cet avis dans la mesure où selon nous, l'activation du droit du travailleur entraîne immanquablement une obligation pour l'employeur de motiver le licenciement.

Ensuite, ils considèrent que l'employeur bénéficie toujours du choix de ne pas divulguer les motifs du licenciement et de payer l'amende administrative civile. Cet argument est d'autant plus crédible que l'amende évoquée est faible et de ce fait encourage l'employeur dans cette voie. Malgré tout, selon nous, l'employeur – bien qu'il puisse se voir infliger une amende civile en cas de défaut de motivation – ne bénéficie **pas** de la **faculté** de ne pas communiquer les motifs du congé. Notre propos est le suivant : à partir du moment où le travailleur actionne son droit de connaître les motifs de son licenciement, l'employeur a l'**obligation** de les lui fournir et ne dispose des lors pas d'une véritable faculté de refus. Ce rappel a toute son importance afin de confirmer la volonté des partenaires sociaux, à savoir donner au travailleur le droit de connaître les raisons de son licenciement lorsqu'il en fait la demande.

A notre sens, la motivation *a posteriori* mise en place par la convention collective n°109 est conforme aux exigences de l'arrêt K.M.C. de par son principe qui tend en définitive à assurer la motivation du licenciement. Néanmoins nous ne pouvons que regretter le manque de mise en œuvre de mécanismes – audition préalable, amende civile forte - afin de garantir et d'assurer la volonté des partenaires sociaux et du droit international. N'aurait-il été plus judicieux de prévoir, à défaut d'audition préalable, une véritable sanction en cas de refus de motivation du licenciement telle que frapper l'employeur d'une amende civile plus conséquente.

Conclusion

En définitive, le nouveau régime du licenciement belge que nous avons présenté n'est-il tout de même pas une avancée positive en droit du travail ? Bien que la convention collective de travail n°109 souffre de certaines lacunes, il n'en reste pas moins qu'un progrès doit être souligné et félicité. Ayant mobilisé une grande partie du monde du travail belge, ce nouveau régime est le fruit d'une réflexion et d'une prise en compte de l'ensemble des avis des acteurs du milieu, bien qu'absent lors de l'élaboration de certains régimes et/ou textes juridiques. Malgré tout, il faut bien reconnaître que ce changement ne s'est pas fait à l'initiative des autorités belges puisqu'il est vrai que ce progrès découle essentiellement de pressions ou de contraintes provenant d'instruments ou d'organismes extérieurs au pouvoir législatif belge. Ainsi, il serait faux de dire que volontairement et rapidement, le monde juridique belge s'est rendu compte de la nécessité qu'il y avait à protéger le travailleur et en a développé les moyens. Bien qu'il soit regrettable qu'il ait fallu pousser le législateur belge jusque dans ses derniers retranchements pour obtenir ce nouveau régime, il faut à tout le moins reconnaître que le système mis en place constitue **un bon pas dans une bonne direction**.

Le régime du licenciement instauré par la convention collective n°109 laisse planer un double sentiment, celui de **contradiction** et celui **d'inachevé**.

La C.C.T. n°109 met en avant de grands principes qui vont servir de base, de socle pour la mise en œuvre du régime qu'elle intronise. On y retrouve notamment le principe du contrôle marginal du juge, la volonté d'instaurer une véritable obligation de motivation ou encore la suppression des différences de traitement. Ces volontés trouvent une certaine justification et raison d'être mais sont également en désaccord avec d'autres choix mis en place par les partenaires sociaux. Ainsi, le contrôle marginal provient d'une volonté de conserver les libertés de l'employeur en limitant le pouvoir du juge, qui ne pourra dès lors pas apprécier l'opportunité des décisions prises contre le travailleur. Néanmoins, dans un deuxième temps, la C.C.T. octroie la possibilité pour le juge d'apprécier sans limite les faits afin de déterminer le montant de l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable. Ensuite, alors que la volonté première des partenaires sociaux était d'instaurer une véritable obligation de motivation du licenciement, on remarque qu'elle ne sera actionnée qu'après une demande du travailleur et qu'à défaut de motivation, seul un faible montant constituera la sanction. Pour finir, l'objectif premier de cette impulsion législative qui était de gommer les différences de traitement, se trouve contredit par l'instauration d'une C.C.T. qui ne profite qu'au secteur privé. Voilà tant de principes et d'intentions criés haut et fort par les partenaires sociaux dès le début des négociations mais, faut-il le constater, qui ont du mal à trouver leur place au sein du nouveau régime.

Le deuxième sentiment ressenti à l'analyse de la convention collective n°109 est une sensation d'inachevé. Ce constat se fonde sur trois éléments en particulier : les indemnités, des imprécisions et le choix de recourir à une C.C.T.. Ainsi, alors que la convention collective n°109 instaure une motivation du licenciement mais qu'elle ne l'accompagne pas d'une sanction sévère en cas de

manquement, on a le sentiment que les partenaires sociaux ne sont pas allés au bout des choses. Il en est de même lorsque la C.C.T. ne règle pas des questions importantes telles que la motivation évolutive. Pour finir, cette constatation vient se renforcer par le choix même du législateur de recourir à une convention collective de travail pour introduire la motivation du licenciement plutôt qu'un texte de loi dont l'applicabilité toucherait l'ensemble des travailleurs.

Les incohérences et les lacunes existent bel et bien au sein de la convention collective de travail n°109 ; néanmoins quel texte n'en présente pas ? L'intérêt ici était de déterminer si le régime belge mis en place s'inscrivait tout de même dans le respect du droit international. Selon nous, les partenaires sociaux ont le mérite de s'en être à tout le moins inspiré pour rédiger la C.C.T. n°109. De nombreuses notions sont empruntées à la **convention n°158** de l'OIT, il en est de même des exclusions ou encore de l'ancien mécanisme de l'article 63 de la loi sur le contrat de travail. Il est donc clair que les partenaires sociaux ont voulu s'accorder sur la lignée internationale en introduisant la C.C.T. n°109. Nous ne pouvons cependant que regretter que la convention collective de travail ne présente pas un régime plus complet en établissant par exemple un contrôle total et entier des juridictions sur le licenciement. Selon nous, la plus grande des maladroites réside cependant dans **l'absence d'audition** préalable du travailleur qui constitue pourtant l'un des mécanismes les plus progressiste et préventif que la convention n°158 ait développé.

Lorsqu'on analyse ensuite le régime belge au regard de l'arrêt de la C.E.D.H. du 10 juillet 2012, il est relativement évident que notre système mis en place remplit les exigences posées par la Cour. La convention collective répond à la volonté première de l'arrêt, en offrant la possibilité au travailleur de connaître les motifs de son licenciement. Partant, le système belge emprunte la bonne direction et satisfait principalement aux volontés de la Cour. Encore une fois cependant, on ne peut que critiquer négativement le manque de jusqu'au-boutisme des partenaires sociaux qui aurait permis plus de concordance avec l'arrêt s'ils avaient accordé plus de précisions et de poids aux dispositions de la C.C.T.. L'obligation de motivation résultant d'une demande du travailleur, les faibles sanctions, le manque de justesse concernant la motivation évolutive, sont des exemples concrets du manque de lucidité dont on fait preuve les rédacteurs de la convention.

En résumé, le nouveau régime du licenciement belge s'inspire et s'inscrit relativement bien dans le droit international actuel, sans toutefois être sans reproche du point de vue de sa conformité. Sans doute ce constat mitigé provient-il du mode de fonctionnement « à la belge », c'est-à-dire le **compromis**. Nous supposons que les partenaires sociaux ont voulu à fois tenir compte du droit international et à la fois de prendre en considération l'histoire belge, afin de rassembler au mieux les différentes aspirations. Et comme tout compromis, ceci donne parfois lieu à des incohérences, à un sentiment d'imperfection. Dès lors, dans leur souci de satisfaire à l'ensemble des revendications, les rédacteurs ont quelques peu failli à leur mission. Selon nous, mieux vaut satisfaire pleinement un nombre limité d'exigences que de satisfaire à moitié l'ensemble de celle-ci. En d'autres termes, **préférons la qualité à la quantité**.

Bibliographie

Législation

Législation internationale

Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, fait à Genève le 22 juin 1982.

Charte des droits fondamentaux, UE, 2000/C 364/01, *J.D.E.*, 2000.

Charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961.

Législation nationale

Code judiciaire belge.

Convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, 20 mars 2014.

Loi 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.

Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991, p. 19976.

Loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, *M.B.*, 31 décembre 2013, p.104147.

Jurisprudence

Jurisprudence C.E.D.H.

C.E.D.H. (2^e sect.), arrêt *K.M.C. c. Hongrie*, 10 juillet 2012, req. n° 19554/11.

C.E.D.H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, 21 novembre 2006, req. n° 34503/97.

C.E.D.H., arrêt *Koskinas c. Grèce*, 20 juin 2002, req. n° 47760/99.

C.E.D.H., arrêt *Osman c. Royaume Unis*, 28 Octobre 1998, req. n° 23452/94.

Jurisprudence belge

Cass., 14 mai 1975, *J.T.T.*, 1976, p. 206.

Cass., 23 mai 1981, *J.T.T.*, 1981, p. 240.

C. trav. Mons, 9 octobre 1981, *J.T.T.*, 1983, p. 22.

C.A., 21 juin 2001, n°84/2001, disponible sur <http://www.const-court.be>.

C. trav. Bruxelles, 23 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 343.

Cass., 22 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 3.

C. trav. Mons, 5 février 2014, *Chr. D.S.*, 2014, p. 23.

Cass., 12 mai 2014, *Chr. D.S.*, 2015, p. 10.

Doctrine

BOUVIER, P., *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck, 2002.

C.L., « L'arrêt K.M.C. c/ Hongrie: un arrêt éclairant », *Chron. D.S.*, 2013, liv. 7, pp. 399 à 400.

CLESSE, CH-E., « Motivation, motifs du congé et licenciement abusif », in *Le licenciement abusif : notions, évolutions, questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, n°84, p. 145.

CLESSE, J., HUBIN, J., *Questions spéciales de droit social : hommage à Michel Dumont*, CUP, vol. 150, Bruxelles, Larcier, 2014.

CRAHAY, P., « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *Ors.*, 2014, liv. 4, pp. 2 à 13.

DEAR, L., GILSON, S., « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », in *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, sous la coordination de M. Baukens, F. Rozenberg, F. Kéfer, Limal, Anthemis, 2014, pp. 161 à 242.

DECKERS, H., JOASSART, P., « Le droit à la motivation du licenciement : règles de forme et cumul d'indemnités », in *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, sous la coordination de M. Baukens, F. Rozenberg, F. Kéfer, Limal, Anthemis, 2014, pp. 271 à 296.

DEJONGHE, D., DECRUYENAERE, K., *Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De CAO, nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht*, pp. 94 à 105.

DEMEZ, G., « La motivation du licenciement: une juste cause », in *Motivation et motifs du congé*, Waterloo, Kluwer, 2006. pp. 61 à 76.

DEPRINCE, O., « Motivation du licenciement après la loi du 26 décembre 2013 et la convention collective de travail n°109 : une insécurité juridique plus que jamais présente dans le secteur public », in *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, sous la coordination de M. Baukens, F. Rozenberg, F. Kéfer, Limal, Anthemis, 2014, pp. 243 à 270.

DESMET, C., « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *J.T.T.*, 2013, liv. 1165, pp. 337 à 343.

DEVILLE, G., GEEREBAERT, P., « [Motivering van het ontslag] CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse », *Chron. D.S.*, 2014, liv. 3, pp. 123 à 139.

ELTZER, L., PLASSCHAERT, E., « La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *J.T.*, 2014, liv. 6565, pp. 377 à 389.

FUNCK, H., « L'arrêt K.M.C. c/ Hongrie: un arrêt non applicable en droit belge », *Chron. D.S.*, 2013, liv. 7, p. 400.

GERARD, S., MICHAUX, A.-V., CRABEELS, E., « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *Chron. D.S.*, 2014, liv. 3, pp. 140 à 150.

GILSON, S., « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis? L'exemple du licenciement des contractuels de la fonction publique », *Ors.*, 2006, liv. 4, 1ère partie: liv. 4, 8-21, 2ème partie: liv. 5, pp. 1 à 7.

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

LAMBINET, F., GILSON, S., *Le droit social belge du licenciement est-il conforme aux exigences du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt K.M.C c. Hongrie ?* (à paraître).

LENAERTS, H., « Le droit de la rupture du contrat de travail révolutionné », *Ors.*, 2014, liv. 1, pp. 2 à 17.

NYSSSEN, B., « Motiver le congé ? Une évolution pleine de risques », in *Motivation et motifs du congé*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 77 à 85.

RASE, L., « La loi du 26 décembre 2013, dite loi relative au statut unique », *Scolanews*, 2014, liv. 6, pp. 1 à 8.

RÉGNIER, J., « Le licenciement individuel : mesures préventives et motivation », *J.T.T.*, 1973, pp. 257 et suiv.

STIEVENARD, T., « La motivation du licenciement », *Séminaire Van-han & Van-han du 12 décembre 2013*, pp. 53 et suiv.

STRONGYLOS, M., « Licenciement et motivation: la conséquence de l'acte de rupture non ou mal motivé », *Pacioli*, 2006, liv. 218, pp. 4 à 8.

STRONGYLOS, M., R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, Limal, Anthemis, 2014.

VAN GEHUCHTEN, P.-P., « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », in *Motivation et motifs du congé*, Waterloo, Kluwer, 2006 pp. 11 à 38.

VAN KERREBROECK, N., VERWILGHEN, M., *Harmonisation des statuts ouvriers–employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, Bruxelles, Larcier, 2014.

WANTIEZ, M., G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *J.T.T.*, 2014, liv. 1191, pp. 261 à 269.

Divers

Doc. Parl., Sén., sess. 1977-1978, 258/2.

Avis du Conseil d'état n°54.231/1 du 6 novembre 2013, *doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n°53-3144/001.

C.I.T., 59 session, 1974, Rapport III (Partie 4B).

Recommandation n° 166 sur le licenciement, 68ème session, C.I.T., 22 juin 1982.

Table des matières

Introduction.....	1
Chapitre 1 : Les Contours de la notion licenciement	3
Section 1 : Notion de « congé ».....	3
Section 2 : Notion de motivation	4
Section 3 : Différents types de motivation	6
i. Motivation formelle et motivation substantielle	6
ii. Motivation <i>ex ante</i> et motivation <i>ex post</i>	6
iii. Motivation intangible et motivation évolutive	7
Chapitre 2 : La Convention n°158 de l'OIT et à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 juillet 2012	8
Section 1 : Arrêt de la C.E.D.H. du 10 juillet 2012.....	8
i. Contexte de l'arrêt	8
ii. Décision de la Cour	8
iii. Enseignements	9
iv. Observations.....	10
Section 2 : La Convention n°158 de l'Organisation internationale du travail.....	11
i. Mise en contexte.....	11
ii. Champ d'application	12
Chapitre 3 : Le régime antérieur au nouveau système du licenciement en Belgique.....	17
Section 1 : Le choix d'une absence de motivation	17
i. Principe.....	17
ii. Critiques du système	19
Section 2 : Exceptions au principe de non motivation au regard des secteurs de travail et aux catégories de travailleurs	20
i. Ouvriers du secteur privé et public	20
ii. Employés du secteur privé et public.....	21
iii. Particularité du secteur public	22
iv. Licenciement pour motif grave et les fausses exceptions	22
Chapitre 4 : Facteurs de l'évolution du nouveau système.....	24
Section 1 : Contexte national	24

Section 2 : Contexte international	25
i. Convention n°158	25
ii. Convention européenne des droits de l'homme	26
iii. Chartes	26
Chapitre 5 : La convention collective de travail n°109	28
Section 1 : Introduction	28
i. Choix de recourir à la convention collective	28
ii. Objectifs poursuivis	30
Section 2 : Champ d'application	31
i. Ratione temporis	31
ii. Ratione personae	31
a) Secteur privé	31
b) Types de contrats visés par la C.C.T. n°109	32
c) Préavis réduit	34
d) Licenciement faisant l'objet d'une procédure spéciale	35
e) Autres exclusions	37
Section 3 : Le droit de connaître les motifs concrets qui ont conduit au licenciement	38
i. Principe : droit général d'information <i>a posteriori</i>	38
a) Motivation « sur demande »	38
b) Motifs concrets	39
c) La motivation reprise dans la C.C.T. n°109 est-elle évolutive ou intangible ?	40
ii. Procédure	41
a) Communication des motifs d'initiative par l'employeur	41
b) Communication des motifs sur demande du travailleur	41
c) Les motifs repris dans le C4 constituent-ils une motivation au sens de la C.C.T. n°109 ?	42
iii. Sanctions	43
Section 4 : Le licenciement manifestement déraisonnable	44
i. Notion	44
a) Motifs légitimes autorisés par la loi	45
b) Un employeur normal et raisonnable	46
ii. Contrôle du juge	46

iii. La charge de la preuve	47
iv. Sanction	49
Chapitre 6 : Appréciation du régime Belge par rapport à la convention 158 de l'OIT et l'arrêt de la C.E.D.H.	50
Section 1 : Champ d'application : Absence de motivation conforme dans le secteur public ?	50
Section 2 : Licenciement manifestement déraisonnable	51
i. Les notions de la C.C.T. n°109, identiques à celles reprises dans la convention 158 de l'OIT ?	51
ii. Contrôle du juge	52
Section 3 : Motivation du licenciement : la motivation évolutive	53
Section 4 : Indemnités	54
Section 5 : La charge de la preuve	55
Section 6 : L'audition préalable et la motivation a posteriori	55
Conclusion	58
Bibliographie	60

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

