

Faculté de droit et de criminologie

L'effectivité de la protection contre le licenciement accordée aux travailleurs ayant fait l'objet d'un transfert conventionnel d'entreprise en vertu de la C.C.T. n° 32*bis* : analyse de l'exception relative aux « raisons économiques, techniques ou d'organisation ».

Auteur : **BARBERA Lindsay**

Promoteur(s) : **LAMINE Auriane**

Année académique 2019-2020

Master en **droit à finalité spécialisée justice civile et pénale**

Juin 2020

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

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

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

REMERCIEMENTS

La rédaction de ce mémoire a été possible grâce la contribution de plusieurs personnes, à qui je souhaiterais témoigner toute ma gratitude.

J'aimerais tout d'abord remercier ma promotrice Madame Auriane LAMINE pour sa disponibilité ainsi que ses conseils judicieux et avisés durant ces deux années. Rédiger ce mémoire sous sa supervision fut extrêmement enrichissant.

Je tiens également à remercier Madame Valérie FLOHIMONT qui m'a permis de donner un sens à mes études en me faisant partager sa passion pour le droit social et grâce à qui j'ai pu découvrir le sujet qui a guidé mon mémoire. Je remercie les professeurs qui m'ont enseigné le droit social, Monsieur Steeve GILSON, Madame Auriane LAMINE, Monsieur Jean-François NEVEN, Monsieur Filip DORSSEMONT et Monsieur Peter PECINOVSKY, et qui m'ont permis d'accroître cette passion pour cette merveilleuse branche du droit.

« Les professeurs sont irremplaçables : ils vous apprennent à apprendre » Julien Green

Enfin, mes plus profonds remerciements vont à mes parents qui m'ont donné la chance de suivre des études universitaires. Tout au long de mon cursus, ils ont été présents et ont su me soutenir à chaque instant. Merci à Stefano MARICOSU pour son soutien inestimable lors des périodes de doute et de découragement. Avoir rédigé ce mémoire est une réelle fierté pour moi, mais ma plus grande fierté est de partager cette réussite avec vous.

« L'amour d'une famille, le centre autour duquel tout gravite et tout brille » Victor Hugo

TABLE DES MATIERES

Introduction	1
Chapitre 1. Cadre législatif et évolution historique en matière de transfert conventionnel d'entreprise	3
Section 1. Etat du droit européen quant au sort des travailleurs ayant fait l'objet d'un transfert conventionnel d'entreprise	3
§1. Cheminement vers l'adoption de la directive 2001/23	3
§2. Nature juridique de la directive et les conséquences qui en résultent	4
Section 2. État du droit belge au regard du droit européen : de l'absence d'un cadre légal spécifique à l'imprégnation du droit européen.	7
§1. Situation antérieure à l'adoption de la réglementation européenne	7
§2. Situation postérieure à la réglementation européenne	8
§3. Nature juridique de la convention collective n° 32bis	11
Section 3. Finalités poursuivies par lesdits instruments et affrontements interdisciplinaires	11
§1. Le travailleur ou l'élément clé de la finalité.....	11
§2. Une finalité notable sujette à conciliation.....	12
A. Stabilité d'emploi	12
B. Liberté d'entreprendre	15
§3. Interaction du droit social avec d'autres finalités.....	16
Chapitre 2. Cadre théorique : au cœur du mécanisme même du transfert conventionnel d'entreprise	19
Section 1. Définition et champ d'application du transfert conventionnel d'entreprise	19
§1. Bref aperçu de la notion de transfert conventionnel d'entreprise.....	19
§2. Champ d'application de la C.C.T. n° 32 bis	20
A. Champ d'application territorial	20
B. Champ d'application matériel	21
C. Champ d'application personnel.....	21
Section 2. Un préalable positif : information et consultation des représentants des travailleurs/travailleuses.....	22
§1. Information et consultation en présence d'un conseil d'entreprise ou d'une délégation syndicale	23
A. Contenu de l'information et de la consultation	24
B. Moment opportun pour s'acquitter des présentes obligations	25
§2. « Un préalable positif » mis à mal en l'absence d'organes de concertation	26

Section 3. Exposé sommaire de quelques conséquences pouvant résulter d'un transfert conventionnel d'entreprise : Quid du sort des travailleurs transférés ?	27
§1. La reprise de l'ensemble du personnel	27
§2. Le maintien des conditions de travail	28
Chapitre 3. Analyse d'une conséquence spécifique : l'interdiction de licenciement, consécration de l'objectif des instruments réglementant la matière	29
Section 1. Une interdiction « de principe »	29
§1. Ratio legis de l'interdiction de licenciement	29
§2. L'interdiction de licenciement vue sous de multiples angles	30
Section 2. Les limites à l'interdiction de licenciement : une protection bafouée par ses exceptions et mettant à mal son effectivité ?	33
§1. Généralités	33
§2. Portée de l'exception relative aux « raisons économiques, techniques ou d'organisation »	36
A. Présentation de l'exception à travers un examen législatif, doctrinal et jurisprudentiel	36
B. Réflexion critique	40
C. État du motif relatif aux « raisons économiques » au regard du droit international	42
Section 3. Les conséquences du non-respect de la protection accordée aux travailleurs	44
§1. Charge de la preuve : discrimination statutaire ?	44
§2. Sanctions et contrôle marginal du juge	50
Chapitre 4. Pistes de réponses de <i>lege feranda</i> à travers une analyse jurisprudentielle et doctrinale	56
Section 1. Approche comparée avec le droit français	56
Section 2. Propositions personnelles en vue de renforcer l'effectivité de la protection des travailleurs transférés	59
A. Notion de raisons économiques, techniques ou d'organisation	59
B. Appréciation des raisons économiques, techniques ou d'organisation	60
C. Compétence des organes paritaires	61
D. Sanction spécifique	63
E. Stabilité emploi	64
Conclusion	65
Annexe I – Tableau comparatif relatif au licenciement pour motif économique en droit belge et en droit français	67
Annexe II – Tableau relatif à l'admission de l'exception relative aux raisons économiques,	

techniques ou d'organisation par les cours et les tribunaux.....	75
Bibliographie	81

INTRODUCTION

« Né au siècle dernier, au fil des victoires remportées par les mouvements sociaux, le droit du travail a cessé de n'être que le droit d'un contrat civil, le contrat de travail. Il s'est rapproché d'un droit des relations de travail au sein des entreprises. Le mouvement ainsi évoqué s'est caractérisé par une protection croissante des salariés. »

F. Terre¹

Le transfert conventionnel d'entreprise est un phénomène indéniablement lié à l'évolution économique. En effet, la « vie des entreprises » est rythmée par d'innombrables fluctuations susceptibles d'engendrer des « *modifications de structure des entreprises* » pouvant se traduire par des transferts d'entreprise², lesquels ont un impact sur le domaine de l'emploi. Il est dès lors loisible de s'interroger sur le sort des travailleurs étant au service de l'entreprise concernée par le transfert et confrontés au changement d'employeur. Il apparut impératif de protéger ces travailleurs afin d'assurer, notamment, le maintien de leurs droits. La directive européenne 2001/23 a donc été adoptée en vue d'organiser le transfert des contrats de travail du cédant au cessionnaire. Cette directive européenne a fait l'objet d'une transposition en droit belge par le biais de la convention collective de travail n° 32bis.

Ces deux réglementations relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise visent toutes deux à assurer la stabilité d'emploi. Afin de remplir cet objectif de stabilité d'emploi, le travailleur transféré bénéficie d'une protection contre le licenciement, sous réserve de deux exceptions : l'employeur sera autorisé à licencier le travailleur pour motif grave ou pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation.

Cette seconde exception qui est modalisée de manière floue et utilisée de manière relativement large est de nature à susciter une question de la plus haute importance : **Les exceptions à l'interdiction de licenciement dans le cadre d'un transfert conventionnel d'entreprise ne prennent-elles pas le pas sur la protection accordée par la convention collective n° 32bis, et pourquoi ?** Nous pourrions en fait nous demander si la protection accordée aux travailleurs concernés par le transfert susmentionné est réellement effective. Il y a lieu de préciser d'emblée que dans le cadre de ce mémoire, nous nous référerons à la conception classique de l'effectivité³, à savoir « *le degré de réalisation, dans les pratiques*

¹ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2015, p. 91.

² Deuxième considérant de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.C.E.*, L 082, 22 mars 2001.

³ Voy. L. HEUSCHLING, « « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme / du droit.

sociales, des règles énoncées par le droit »⁴. Comme le relève A. Jeammaud, l'effectivité se présente comme « *un objet d'indispensable inquiétude pour les juristes soucieux de convaincre qu'ils ne s'enferment pas dans « l'univers abstrait des règles » et sont attentifs à l'inscription de celles-ci dans les pratiques sociales* »⁵. En d'autres termes, nous cherchons concrètement à savoir si les travailleurs sont réellement protégés dans la réalité sociale ou s'il s'agit d'une simple règle théorique et abstraite contenue dans la législation.

Ce mémoire en droit social tentera de répondre à la question énoncée ci-dessus et sera, de surcroît, l'occasion de se pencher sur d'autres problématiques toutes aussi importantes, telles que les affrontements interdisciplinaires engendrés par le transfert conventionnel d'entreprise ou encore la notion de stabilité d'emploi. Nous avons décidé de nous pencher sur cette problématique pour diverses raisons. Tout d'abord, le transfert conventionnel d'entreprise est un phénomène passionnant dans la mesure où il engendre des conséquences significatives sur le plan des droits et de la protection des travailleurs. La protection des travailleurs est un sujet qui a fait couler beaucoup d'encre mais demeure un sujet d'actualité qui est source d'évolution. Ensuite, cette matière suscite un réel intérêt dans la mesure où elle a, dans un premier temps, été traitée au niveau de l'union européenne et transposée ensuite en droit belge. N'est-ce pas un des grands enjeux de cette magnifique discipline qu'est le droit de traiter d'un sujet à l'aune du droit européen ?

Ce mémoire sera décliné en quatre chapitres. Dans un premier temps, le cadre législatif européen et national sera abordé (I), avant de s'intéresser, de manière purement théorique, au mécanisme du transfert conventionnel d'entreprise (II). Ensuite, il s'agira d'analyser la protection contre le licenciement ainsi que ses contours (III). C'est principalement dans cette partie de l'exposé que l'exception relative aux raisons économiques, techniques ou d'organisation sera examinée. Enfin, la dernière partie de ce mémoire permettra de s'interroger sur des éventuelles pistes de réponses en vue d'améliorer l'effectivité de la protection contre le licenciement (IV). C'est à travers cette ultime partie que ce mémoire tentera d'apporter sa pierre à l'édifice et ce, au titre d'une réflexion *de lege feranda*.

Analyse des mots et des concepts », in A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 29.

⁴ P. LASCOUMES, « Effectivité », in M. VAN DE KERCHOVE et A.-J. ARNAUD *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 217.

⁵ Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », in *Droit et société* n° 79, Editions juridiques associées, 2011, p. 717, disponible sur <https://www.cairn.info> (2 mai 2020) ; A. JEAMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit », in P. AUVERGNON (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, COMPTRASEC, 2006, p. 34.

CHAPITRE 1. CADRE LEGISLATIF ET EVOLUTION HISTORIQUE EN MATIERE DE TRANSFERT CONVENTIONNEL D'ENTREPRISE

Section 1. Etat du droit européen quant au sort des travailleurs ayant fait l'objet d'un transfert conventionnel d'entreprise

§1. Cheminement vers l'adoption de la directive 2001/23

Outre le fait d'être lié à l'évolution économique, bon nombre de transferts d'entreprises ont également résulté de la concurrence entre les entreprises à la suite de la « réalisation du marché commun (...), de la suppression des entraves au commerce et à la concurrence sur le territoire européen »⁶.

En vue d'éviter des différences de législations en la matière entre les États membres (certains pays disposaient d'une législation, d'autres non), le Conseil de l'Union européenne a adopté, sur proposition de la Commission européenne, la directive 77/187/C.E.E. du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements. L'Union européenne se devait de prendre des dispositions compte tenu du fait que les différentes législations régissant les droits des travailleurs pouvaient avoir des répercussions immédiates sur le fonctionnement du marché commun⁷.

La directive précitée est fondée d'une part sur l'article 100 du Traité de Rome - qui correspond actuellement à l'article 94, lequel fonde expressément l'adoption des directives « *pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun* », et d'autre part sur l'article 117 du Traité de Rome - qui correspond actuellement à l'article 136, qui prévoit « *l'amélioration des conditions de vie et de travail* » ainsi qu'une « *protection sociale adéquate* ».

La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a d'ailleurs rappelé dans l'arrêt *Abels* les fondements de la directive au regard de ses considérants et des articles 100 et 117 du traité instituant la Communauté européenne (inscription de la protection des travailleurs dans une perspective d'évolution économique et amélioration des conditions de

⁶ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, Limal, Anthémis, 2019, p. 8.

⁷ Troisième et quatrième considérants de la directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *J.O.C.E.*, L 061, 5 mars 1977.

vie et de travail), avant de préciser que la directive a pour objectif « *d'empêcher que la restructuration à l'intérieur du marché commun ne s'effectue au préjudice des travailleurs des entreprises concernées* »⁸. Dans l'arrêt *Wendelboe*, la Cour met également l'accent sur les finalités poursuivies par la directive au travers de ses dispositions relatives au maintien des conditions de travail antérieures au transfert et à la protection des travailleurs contre le licenciement⁹.

La directive 77/187 a par la suite été revue par la directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 « *à la lumière de l'impact du marché intérieur, des tendances législatives des États membres en ce qui concerne le sauvetage des entreprises en difficultés économiques, de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, de la directive 75/129/CEE du Conseil du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs et des normes législatives déjà en vigueur dans la plupart des États membres* »¹⁰.

Enfin, la directive 2001/23 est venue codifier la directive 98/50 tout en conservant son contenu et est désormais l'instrument européen régissant la matière du transfert conventionnel d'entreprise. Les modifications apportées concernent essentiellement la numérotation des dispositions¹¹ et l'abrogation de la directive 77/187¹².

§2. Nature juridique de la directive et les conséquences qui en résultent

Les dispositions de la directive 2001/23 qui réglementent actuellement la matière du transfert conventionnel d'entreprise peuvent être invoquées par un particulier contre un État en cas de défaut de transposition de la directive dans l'ordre juridique national dans les délais ou lorsque la transposition est inexacte¹³. Pour pouvoir être invoquées, il est requis que les dispositions soient claires, précises et inconditionnelles¹⁴, ce qui est en l'occurrence le cas. La directive a donc ce qu'il convient d'appeler « un effet direct vertical ». Cela n'implique toutefois pas qu'elle dispose également d'un effet direct horizontal. En effet, un particulier ne

⁸ C.J.C.E., 7 février 1985, arrêt *Abels*, aff. C-135/83, point 18.

⁹ C.J.C.E., 7 février 1985, arrêt *Wendelboe*, aff. 19/83, point 15.

¹⁰ Troisième considérant de la directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *J.O.C.E.*, L 201, 17 juillet 1998.

¹¹ L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », in G. VAN DEN AVYLE (dir.), *Guide social permanent, tome 5 – Commentaire droit du travail*, Liège, Wolters Kluwer, 2007, Partie IV, liv. I, titre I, Chap. II, p. 10, n° 80.

¹² Article 12 de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 précitée.

¹³ P. JEHASSE, « La liquidation en droit social [Le transfert conventionnel d'entreprise] », in *Manuel de la liquidation*, Malines, Kluwer, 2007, Partie III, titre I, pp. 586-587 ; L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 11, n° 110.

¹⁴ P. JEHASSE, *ibidem*, p. 587 ; C.J.C.E., 8 octobre 1985, aff. 80/86, Point 7.

pourrait pas invoquer une disposition de ladite directive devant une juridiction nationale à l'encontre d'un autre particulier dans la mesure où la directive ne confère aucune obligation aux particuliers¹⁵. Notons, en outre, qu'il existe un principe en vertu duquel l'interprétation du droit interne doit se faire « à la lumière » de la directive européenne et des finalités poursuivies par celle-ci¹⁶ en vue de respecter l'article 189, alinéa 3 du Traité de Rome en vertu duquel « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

Par ailleurs, la directive 2001/23 qui vise essentiellement la protection des travailleurs transférés, a un caractère impératif et est d'ordre public¹⁷. La jurisprudence de la Cour de justice est, à cet égard, constante, et ce caractère juridique a notamment pour conséquence qu'aucune dérogation défavorable aux travailleurs n'est admise¹⁸. La directive est en ce sens unilatéralement impérative. Ainsi, la protection est inébranlable et ce fait indéniable découle notamment de ce double constat : d'une part, la protection n'est pas tributaire du consentement du cédant et/ou du cessionnaire¹⁹ et d'autre part, elle ne peut faire l'objet d'une renonciation de la part des travailleurs eux-mêmes ou de leurs représentants²⁰.

Il existe cependant une réserve à l'interdiction de dérogation défavorable aux travailleurs²¹, laquelle s'apprécie restrictivement. La Cour de justice a, effectivement, postulé que « dans la mesure où le droit national permet, en dehors de l'hypothèse d'un transfert d'entreprise, de modifier la relation de travail dans un sens défavorable aux travailleurs, notamment en ce qui concerne leur protection contre le licenciement, une telle modification n'est pas exclue en raison du seul fait que l'entreprise a entre-temps fait l'objet d'un transfert et que, par conséquent, l'accord a été convenu avec le nouveau chef d'entreprise. En effet, le cessionnaire étant subrogé au cédant en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive, en ce qui concerne les droits et obligations découlant de la relation de travail, celle-ci peut être

¹⁵ C.J.C.E., 26 février 1986, arrêt *Marshall*, aff. 152/84, point 48.

¹⁶ C.J.C.E., 7 décembre 1995, arrêt *Spano*, aff. C-472/93, point 17 ; Cass., 28 septembre 2001, *J.T.*, 2001.

¹⁷ L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 16 ; V. BERTRAND, « Jurisprudence récente en matière de transfert d'entreprise », *J.T.T.*, 1990, pp. 33-34.

¹⁸ C.J.C.E., 12 mars 1998, arrêt *Dethier Equipement*, aff. C-319/94, *Rec.*, 1998, point 40 ; C.J.C.E., 14 novembre 1996, arrêt *Rotsart de Hertaing*, aff. C-305/94, *Rec.*, 1996, point 17 ; C.J.C.E., 25 juillet 1991, arrêt *d'Urso*, aff. C-362/89, *Rec.*, 1991, point 11 ; C.J.C.E., 10 février 1988, arrêt *Daddy's Dance Hall A/S*, aff. 324/86, *J.T.T.*, 1988, point 14.

¹⁹ L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 16, n° 180 ; C.J.C.E., 14 novembre 1996, arrêt *Rotsart de Hertaing*, aff. C-305/94, *Rec.*, 1996, point 20 ; C.J.C.E., 25 juillet 1991, arrêt *d'Urso*, aff. C-362/89, *Rec.*, 1991, point 11.

²⁰ L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 17 ; C.J.C.E., 25 juillet 1991, arrêt *d'Urso*, aff. C-362/89, *Rec.*, 1991, point 11 ; C.J.C.E., 10 février 1988, arrêt *Daddy's Dance Hall A/S*, aff. 324/86, *J.T.T.*, 1988, point 15.

²¹ L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 17, n° 190.

modifiée à l'égard du cessionnaire dans les mêmes limites qu'elle aurait pu l'être à l'égard du cédant, étant entendu que, dans aucune hypothèse, le transfert d'entreprise ne saurait constituer en lui-même le motif de cette modification »²². Concrètement, cela signifie que les conditions de travail des travailleurs transférés pourraient devenir moins favorables suite à une modification opérée par le cessionnaire, pour autant que le transfert d'entreprise ne soit pas lui-même la cause de cette modification. Cette condition constitue une restriction non négligeable, et peut être garantie par le fait que la modification ait lieu postérieurement au transfert, soit « *à une date suffisamment éloignée* »²³.

Enfin, comment faut-il interpréter l'article 3, paragraphe 1 de la directive 2001/23 en vertu duquel « *les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire* », et le postulat selon lequel les droits conférés aux travailleurs - et notamment le transfert de plein droit des contrats - ne peuvent dépendre du consentement du cédant et/ou du cessionnaire ou des travailleurs ? (voy. *supra*) Faut-il en déduire que le travailleur ne peut qu'acquiescer au transfert de son contrat de travail ? La Cour de justice a répondu par la négative dans l'arrêt *Mikkelsen c. Danmols Inventar*. Elle considère en effet que le travailleur peut librement décider de ne pas poursuivre sa relation de travail avec le cessionnaire et que l'article 3, paragraphe 1 de la directive ne trouve pas à s'appliquer dans pareille hypothèse²⁴. Elle a par la suite confirmé sa position dans l'arrêt *Katsikas*, considérant qu'au nom des droits fondamentaux des travailleurs, ceux-ci peuvent librement choisir leur employeur et qu'il n'y a aucune obligation dans leur chef de poursuivre leur relation de travail avec le cessionnaire²⁵.

Il n'existe toutefois pas un droit du travailleur de renoncer à son transfert²⁶. Deux cas de figure peuvent se présenter : soit il y a transfert automatique du contrat de travail du simple fait du transfert d'entreprise dès lors que le travailleur ne s'y oppose pas ou marque son accord. Dans ce cas, il ne pourra pas renoncer au bénéfice des droits qui lui sont garantis par la directive ; soit le travailleur renonce de son plein gré au transfert de son contrat de travail auquel cas, il n'y a plus lieu de se référer à la directive mais bien à ce que chaque État membre aura décidé²⁷, à savoir que « *le contrat ou la relation de travail doit être considéré comme résilié soit à l'initiative du salarié, soit à l'initiative de l'employeur* » ou « *que le*

²² C.J.C.E., 10 février 1988, arrêt *Daddy's Dance Hall A/S*, aff. 324/86, *J.T.T.*, 1988, point 17.

²³ L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 17, n° 200.

²⁴ C.J.C.E., 11 juillet 1985, arrêt *Mikkelsen c. Danmols Inventar*, aff. 105/84, *J.T.T.*, 1986, point 16.

²⁵ C.J.C.E., 16 décembre 1992, arrêt *Katsikas*, aff. C-132/91, C-138/91, C-139/91, points 31-33.

²⁶ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), p. 67.

²⁷ F. KEFER, *ibidem*, p. 67.

*contrat ou la relation de travail est maintenu avec le cédant »*²⁸.

La Belgique ne contient aucune disposition réglementant le sort qui est réservé au travailleur qui renonce à son transfert. Nous retiendrons simplement que le travailleur ne dispose pas du droit de prétendre que sa relation de travail avec le cédant soit maintenue. Les parties peuvent néanmoins convenir que le travailleur ne passera pas au service du cessionnaire mais qu'il restera au service du cédant par le biais d'une convention tripartite. Cette pratique est acceptée par les juges²⁹. À défaut d'une telle convention, le travailleur n'a d'autre choix que de présenter sa démission au cédant, laquelle sera précédée d'un préavis légal³⁰.

La nature juridique spécifique de la norme européenne réglementant le transfert conventionnel d'entreprise laisse entrevoir une réelle volonté d'effectivité de la protection accordée aux travailleurs. L'examen de la directive à la lumière de la jurisprudence en la matière renforce l'objectif de protection de par l'absence de consentement à celle-ci.

Section 2. État du droit belge au regard du droit européen : de l'absence d'un cadre légal spécifique à l'imprégnation du droit européen.

§1. Situation antérieure à l'adoption de la réglementation européenne

Avant l'adoption de la directive européenne réglementant le transfert conventionnel d'entreprise, le droit belge était dépourvu d'un cadre légal spécifique en la matière. La question du sort des contrats de travail à la suite d'un transfert d'entreprise était réglée par le Code civil de 1804. Il y avait donc lieu de se référer au droit des obligations et à son principe de la relativité des conventions selon lequel « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* »³¹. Il résulte de cette disposition que bien que l'entreprise fût transférée, il n'en allait pas de même pour les contrats de travail dès lors qu'ils n'avaient d'effet qu'entre les parties contractantes, à savoir les travailleurs et l'employeur initial, c'est-à-dire le cédant. Les travailleurs se trouvaient alors licenciés suite à une rupture unilatérale des contrats de travail³². Le cédant n'était plus en mesure de respecter son engagement, à savoir fournir du travail puisqu'il avait remis ses moyens de production³³. Cette situation complexe était analysée comme étant une manifestation de la volonté du cédant de mettre fin au contrat³⁴. Le

²⁸ C.J.C.E., 16 décembre 1992, arrêt *Katsikas*, aff. C-132/91, C-138/91, C-139/91, point 36.

²⁹ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), p. 68.

³⁰ F. KEFER, *ibidem*, p. 68.

³¹ Art. 1165 C. civ. ; P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 580 ; L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 19.

³² P. JEHASSE, *ibidem*, p. 580.

³³ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), p. 7.

³⁴ F. KEFER, *ibidem*, p. 7 ; V. BERTRAND, M. JAMOULLE, *Transfert des contrats de travail et cession*

cédant n'était plus lié aux travailleurs qu'en sa qualité de débiteur d'indemnités de rupture³⁵.

Les travailleurs se retrouvaient d'autant plus démunis puisqu'ils ne pouvaient exiger du cessionnaire la poursuite de la relation de travail, faute de relation juridique avec ce dernier³⁶. Le cessionnaire pouvait également être amené à se retrouver dans une situation qui lui était peu favorable dans la mesure où le travailleur devait consentir à la cession du contrat de travail. À défaut, ce nouvel employeur, désireux de faire fructifier son affaire, ne pouvait exiger des travailleurs qualifiés qu'ils passent à son service³⁷. Doctrine et jurisprudence sont donc intervenues et la Cour de cassation va rendre un arrêt en faveur du cessionnaire en considérant que le consentement des travailleurs n'est plus requis pour procéder à la cession de l'entreprise, à la double condition que le cédant demeure le débiteur des rémunérations (1) et que le cessionnaire ne modifie pas des éléments essentiels du contrat de travail (2)³⁸. Auparavant, l'on se fondait sur l'article 1275 du Code civil qui prévoyait que le débiteur (= le cédant) ne pouvait céder sa dette que moyennant le consentement du créancier (= le travailleur)³⁹. Dans son arrêt de 1972⁴⁰, la Cour de cassation avait déjà énoncé que « *la cession d'entreprise impliquait, en elle-même, une cession active et passive du contrat de travail ne nécessitant pas l'accord du salarié* »⁴¹. Cette décision a fait l'objet de nombreux commentaires divergents, certains positifs, d'autres négatifs.

§2. Situation postérieure à la réglementation européenne

L'adoption de la directive 77/187 ne pouvait être que bénéfique pour l'ordre juridique belge dépourvu jusque-là d'une réglementation spécifique et mettant tant les travailleurs que les employeurs dans une situation intenable. En vertu de l'article 8 de ladite directive, les États membres disposaient d'un délai de deux ans pour s'y conformer en adoptant les dispositions nécessaires.

La Belgique s'y est conformée un an plus tard, le 28 février 1978 par le biais de la convention collective de travail n° 32 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de

d'entreprise : la directive européenne et les droits belge, français et allemand, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 17.

³⁵ V. BERTRAND, M. JAMOULLE, p. 17.

³⁶ V. BERTRAND, M. JAMOULLE, *ibidem*, p. 17.

³⁷ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), p. 13 ; P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 581 ; V. BERTRAND et M. JAMOULLE, *op.cit.* (voy. note 34), p. 17.

³⁸ P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 581 ; L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 20, n° 240 ; Cass., 6 juin 1973, *Pas.*, 1973.

³⁹ V. BERTRAND et M. JAMOULLE, *op.cit.* (voy. note 34), p. 17. Des solutions étaient recherchées en vue de pallier au problème relatif au consentement du travailleur à travers des mécanismes du droit civil, notamment la novation, la stipulation pour autrui ou encore la délégation imparfaite, sans succès.

⁴⁰ Cass., 20 décembre 1972, *Pas.*, 1973.

⁴¹ V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 565.

changement d'employeur du fait du transfert conventionnel d'entreprise. La transposition permettant la mise en œuvre de la directive avait été confiée aux partenaires sociaux au sein du Conseil national du travail, par essence compétents pour la conclusion de conventions collectives de travail⁴². La convention collective n° 32 avait été rendue obligatoire par l'arrêté royal du 19 avril 1978⁴³. La Belgique n'était cependant pas un « bon élève » dans la mesure où elle avait été condamnée par la Cour de justice de la communauté européenne dans une affaire l'opposant à la Commission. En effet, la Belgique ne s'était pas acquittée des obligations qui lui incombait dès lors qu'elle n'avait pas adopté « *dans le délai prescrit toutes les mesures nécessaires pour se conformer intégralement à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 77/187 du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements* »⁴⁴, et qu'elle avait prévu d'exclure certaines catégories de travailleurs de la protection contre le licenciement. Étaient ainsi exclus, les travailleurs qui étaient en période d'essai et les travailleurs qui avaient atteint l'âge de la retraite.

Suite à l'adoption de cette première convention collective, le Conseil national du travail avait rendu, le 9 juillet 1980, un avis n° 657 concernant le règlement des droits des travailleurs repris par un nouvel employeur reprenant l'actif de l'entreprise à la suite d'une faillite ou d'un concordat judiciaire. Le Conseil national du travail avait pu constater que tant la convention collective n° 32 que la directive 77/187 n'envisageaient nullement l'hypothèse de la reprise d'une entreprise en difficulté de telle sorte que ses travailleurs ne se voyaient pas reconnaître les droits qui étaient pourtant reconnus aux travailleurs relevant de ces deux réglementations légales. En réaction à ce constat sidérant, la convention collective de travail n° 32bis⁴⁵ fut adoptée en vue d'étendre le champ d'application de la convention collective n° 32 qui n'envisageait que le transfert conventionnel d'entreprise⁴⁶. La convention collective n° 32bis visait donc trois hypothèses : le transfert conventionnel d'entreprise, le transfert en cas de reprise d'actif après faillite et enfin le transfert opéré dans le cadre d'un concordat judiciaire⁴⁷. Pour le reste, les dispositions relatives au transfert conventionnel d'entreprise, à

⁴² Art. 1 et 6 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail, *M.B.*, 15 janvier 1969.

⁴³ *M.B.*, 25 août 1978.

⁴⁴ C.J.C.E., 15 avril 1986, arrêt *Commission c. Belgique*, aff. 237/84, *Rec.*, 1986, point 19.

⁴⁵ Convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, *M.B.*, 9 août 1985.

⁴⁶ L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 21, n° 280.

⁴⁷ T. CAVENAILE et F. LIGOT, « Les aspects sociaux de la cession d'une entreprise en difficulté », *in* M.

proprement parler, étaient restées identiques. Cette seconde convention collective a été rendue obligatoire par l'arrêté royal du 25 juillet 1985⁴⁸. Notons que la procédure du concordat judiciaire a par la suite été abrogée et désormais, la convention collective n° 32*bis* ne vise plus que le transfert conventionnel d'entreprise et le transfert en cas de reprise d'actif après faillite. Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises⁴⁹ instituant un mécanisme de transfert sous autorité de justice, la convention collective n° 102 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice a été conclue.

La réglementation belge relative à la matière du transfert conventionnel d'entreprise n'a pas été un long fleuve tranquille et a connu plusieurs modifications par le biais de conventions collectives de travail subséquentes. Tout d'abord, la convention collective n° 32*ter* fut adoptée le 2 décembre 1986. Son article premier a permis l'abrogation de l'article 9 de la convention collective n° 32*bis* qui prévoyait l'exclusion de certaines catégories de travailleurs (voy. *supra.*) qui se retrouvait dans cette convention suite à l'avis n° 657 du Conseil national du travail qui avait donné son approbation provisoire quant à cette exclusion. Trois ans plus tard la convention collective n° 32*quater* fut également adoptée le 19 décembre insérant en son article premier la responsabilité *in solidum* du cédant et du cessionnaire concernant les dettes qui existaient déjà lors du transfert. Afin de se conformer à la directive 2001/83 qui avait modifié la directive 98/50, le Conseil national du travail a ensuite conclu la convention collective n° 32*quinquies* le 13 mars 2002, laquelle a été rendue obligatoire par un arrêté royal du 14 mars 2002⁵⁰. Son objet consiste d'une part à préciser la notion de « transfert » à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne de justice et d'autre part à organiser l'information des travailleurs en l'absence de représentants des travailleurs au sein de l'entreprise⁵¹⁵². Le 27 septembre 2016, la convention collective n° 32*sexies* fut conclue. Enfin, une énième convention collective a été adoptée récemment, le 23 avril 2019, il s'agit

GREGOIRE et D. PASTEGER (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, Liège, Larcier, 2015, p. 230 ; L. PELTZER, *ibidem*, p. 21.

⁴⁸ M.B., 9 août 1985.

⁴⁹ M.B., 9 février 2009.

⁵⁰ M.B., 29 mars 2002.

⁵¹ L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 23, n° 320 ; Avis du conseil national du travail n° 1392 du 13 mars 2002 concernant la transposition en droit belge de la directive 98/50/CE du Conseil des Communautés européennes du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE du 14 février 1977 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, pp. 7 et 17.

⁵² S'agissant de l'évolution de la C.C.T. n° 32*bis*, voy. L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), pp. 21-22, n° 290.

de la convention collective n° 32/7.

À la lumière de ce qui précède, nous pouvons souligner le rôle actif des partenaires sociaux dans la transposition de la norme européenne de par les avis⁵³ rendus au sein du Conseil national du travail ainsi que par la conclusion des conventions collectives⁵⁴. Comme nous pourrions le constater ultérieurement, ils jouent également un rôle non négligeable lorsque la décision est prise d'opérer un transfert conventionnel d'entreprise (voy. *infra*).

§3. Nature juridique de la convention collective n° 32bis

En termes de nature juridique et à l'instar de la directive européenne qu'elles mettent en œuvre, les dispositions de la convention collective n° 32bis sont unilatéralement impératives⁵⁵. En effet, tout comme la directive 2001/23, la présente convention ne permet aucune dérogation qui serait défavorable aux travailleurs. En outre, les travailleurs n'ont pas la faculté de pouvoir renoncer à leurs droits⁵⁶ mais ils ont la faculté de renoncer au transfert lui-même. Cette faculté constitue le fondement du caractère unilatéralement impératif⁵⁷. Il paraît également opportun de relever le caractère d'ordre public de la convention collective de par le fait qu'elle est rendue obligatoire par un arrêté royal et qu'elle peut donner lieu à une sanction pénale en cas de transgression⁵⁸. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est prononcée la cour du travail de Liège dans divers arrêts⁵⁹, cette position n'est toutefois pas unanime.

Section 3. Finalités poursuivies par lesdits instruments et affrontements interdisciplinaires

§1. Le travailleur ou l'élément clé de la finalité

Ainsi qu'il l'a été dit précédemment, plusieurs directives européennes se sont succédé au fil du temps. Les finalités poursuivies par celles-ci sont toutefois restées inchangées. En effet, la protection des travailleurs est incontestablement l'objectif principal des instruments réglementant la matière du transfert conventionnel d'entreprise, et ce dès l'adoption de la première directive. Il ressort effectivement de l'exposé des motifs de la proposition de directive 77/187 que « *les modifications apportées à la structure des entreprises par le processus de concentration affectent souvent profondément la situation sociale des*

⁵³ Art. 1^{er} de la loi organique du 29 mai 1952 du Conseil national du travail, *M.B.*, 31 mai 1952.

⁵⁴ Loi du 5 décembre 1968 précitée.

⁵⁵ P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 588 ; L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 22, n° 300.

⁵⁶ M. DAVAGLE, « Le transfert conventionnel d'entreprise », in X, *Guide juridique de l'entreprise - Traité théorique et pratique*, 2^e éd., titre VI, liv. 66.2, Chap. X, Liège, Kluwer, 2013, p. 92.

⁵⁷ C. trav. Liège (8^e ch.), 3 juin 2004, inéd., R.G. n° 31 186/2002.

⁵⁸ L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 22, n° 300.

⁵⁹ C. trav. Liège, 18 octobre 1999, *J.T.T.*, 2000 ; C. trav. Liège, 29 juillet 1997, *J.T.T.*, 1997 ; C. trav. Liège, 8 septembre 1986, *J.T.T.*, 1987.

travailleurs (...) et les systèmes juridiques des États membres applicables à de telles opérations ne prennent pas suffisamment en considération les intérêts des travailleurs. C'est le cas, notamment, lorsque les mutations s'opèrent selon les règles du droit civil et commercial, qui n'ouvrent aucun recours au travailleur pour exiger de son nouvel employeur le maintien des relations de travail préexistantes »⁶⁰. En ce sens, la directive 2001/23 vise à favoriser la situation des travailleurs en assurant le maintien de leurs droits. Il était impératif de favoriser la situation des travailleurs jusque-là démunis et ce, dans une perspective d'amélioration de leurs conditions de vie et de travail conformément à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs⁶¹.

§2. Une finalité notable sujette à conciliation

Aussi, la directive de par son objectif relatif à la protection des travailleurs, doit également s'accommoder avec d'autres objectifs tout aussi importants, tels que la stabilité de l'emploi et la liberté d'entreprise.

A. Stabilité d'emploi

Outre le fait d'assurer le maintien des droits des travailleurs, la directive vise encore à garantir la stabilité d'emploi⁶². Cette notion peut susciter un certain nombre d'interrogations, en commençant par sa signification. En vue de faciliter sa compréhension, nous pouvons déjà avancer que l'objectif de stabilité d'emploi ne peut être accompli que si les travailleurs faisant l'objet du transfert conventionnel d'entreprise ne peuvent être licenciés par le cédant et le cessionnaire⁶³. Les notions de stabilité d'emploi et de licenciement sont donc intimement liées. De même, le fait pour un employeur de ne pas pouvoir licencier son travailleur comme bon lui semble et d'ainsi être limité sous quelques réserves (motifs déterminés, période déterminée ou encore procédure préalable), constitue une garantie à la stabilité d'emploi⁶⁴. Cette ébauche de définition, inspirée de la clause de stabilité d'emploi, semble parfaitement correspondre à l'objectif de stabilité d'emploi voulu par le législateur européen, et cela est d'autant plus juste compte tenu de la protection contre le licenciement accordé aux

⁶⁰ Doc. R/2155/75 (SOC 167).

⁶¹ Cinquième considérant de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 précitée.

⁶² V. BERTRAND et M. JAMOULLE, *op.cit.* (voy. note 34), p. 13 ; Concl. Av. gén. M. DARMON avant C.J.C.E., 10 février 1988, arrêt *Daddy's Dance Hall A/S*, aff. C-324/86, *Rec.*, 1988, p.147.

⁶³ L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 146, n° 310 ; M. JAMOULLE et F. KEFER, « La protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprise », *Act. dr.*, 1995, p. 68.

⁶⁴ A. FRANKART, « Les aménagements conventionnels du droit de licencier : la clause de stabilité de l'emploi », in S. GILSON (coord.), *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à P. Blondiau*, Bruxelles, Anthémis, 2008, p. 200 ; P. HUMBLET et M. RIGAUX (dir.), *Aperçu du droit du travail belge*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 4 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 900.

travailleurs concernés par le transfert.

Il n'en demeure pas moins que nous pourrions considérer que la stabilité d'emploi peut dans certains cas s'expliquer par des licenciements. Tel pourrait notamment être le cas dans l'hypothèse d'une entreprise en difficulté. Le fait de devoir reprendre l'ensemble des travailleurs d'une entreprise insolvable mais susceptible d'être remise à flot pourrait faire fuir des potentiels acquéreurs. La meilleure solution pour tenter de sauver l'entreprise peut consister à procéder à une diminution du personnel, ce qui irait dans l'intérêt commun des travailleurs. Le cas contraire, l'ensemble des travailleurs se verraient licenciés, faute d'avoir trouvé un acquéreur⁶⁵. Nous pourrions considérer qu'*in fine* la stabilité d'emploi est une notion relativement subjective, laquelle doit s'apprécier en fonction de l'entreprise concernée par le transfert.

Enfin, dès lors que la directive prévoit en son article 3 le maintien des conditions de travail des travailleurs, nous pouvons nous interroger sur l'interprétation de la stabilité d'emploi à l'aune de ce droit. Faut-il interpréter la notion de stabilité d'emploi comme signifiant qu'il vaut mieux licencier certains travailleurs afin que d'autres puissent maintenir leurs conditions de travail ou, à l'inverse que chacun renonce quelque peu à ses conditions de travail et que par conséquent on licencie le moins possible ? À cet égard, le *ius variandi* pourrait constituer une piste de réponse dans la mesure où des licenciements peuvent être évités de par son exercice⁶⁶. Le *ius variandi* peut être résumé de la sorte : « *Le pouvoir patronal de la direction conféré par le contrat auquel le travailleur a consenti permet à l'employeur – à défaut de spécification contractuelle – de déterminer unilatéralement le contenu des prestations et les conditions de travail de son salarié et de les modifier sous réserve du respect des règles impératives* »⁶⁷.

Le *ius variandi* a toutefois été encadré par la jurisprudence européenne s'agissant de l'hypothèse particulière du transfert conventionnel d'entreprise : les conditions de travail ne peuvent faire l'objet que d'une modification non substantielle et le transfert d'entreprise ne peut en aucun cas être le moteur de ladite modification⁶⁸. Cette seconde limite est cependant

⁶⁵ Concl. Av. gén. GORDON SLYNN du 8 novembre 1984, arrêt *Abels*, aff. C-135/83, *Rec.*, p. 460 ; C.J.C.E., 7 février 1985, arrêt *Abels*, aff. C-135/83, point 21.

⁶⁶ L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture du contrat de travail », in M. DUMONT (dir.), *Le droit du travail dans tous les secteurs*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, p. 164.

⁶⁷ F. KEFER, « L'harmonisation des conditions individuelles de travail en cas de transfert conventionnel d'entreprise », in J.-F. LECLERCQ (dir.), *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 102.

⁶⁸ C.J.C.E., 10 février 1988, arrêt *Daddy's Dance Hall A/S*, aff. 324/86, *J.T.T.*, 1988, point 17.

sujette à discussion. Sur base de l'arrêt de la C.J.C.E. du 11 novembre 2004⁶⁹, Loïc Peltzer considère que les conditions de travail peuvent être modifiées dans un transfert d'entreprise pour autant que la modification ne soit pas substantielle⁷⁰, auquel cas il y aurait une résiliation du contrat de travail imputable au cessionnaire⁷¹. La modification non substantielle semble être la seule limite dès lors qu'une partie de la doctrine ne requiert plus que la modification soit étrangère au transfert d'entreprise lui-même⁷². Plus récemment, la Cour de justice a jugé « [qu']*afin d'assurer un juste équilibre entre les intérêts des travailleurs, d'une part, et ceux du cessionnaire, d'autre part, le cessionnaire peut, pour un motif autre qu'un transfert d'entreprise et dans la mesure où le droit national le lui permet, procéder aux ajustements et aux adaptations nécessaires à la continuation de son activité* »⁷³. Par cet arrêt, il y a fort à penser que la Cour met un terme à toute controverse, considérant que le transfert d'entreprise ne peut être le motif de la modification.

En outre, d'aucuns diront que l'objectif visant à assurer une stabilité d'emploi peut « *justifier une mise au second plan de la protection des droits acquis des travailleurs* »⁷⁴. Toutefois, si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice, nous pouvons constater que dans plusieurs décisions, elle dément l'argument selon lequel « *une solution de maintien de l'emploi avec renoncement des droits acquis serait plus favorable aux travailleurs* »⁷⁵.

Compte tenu de ce qui précède, nous pourrions interpréter la stabilité d'emploi comme voulant limiter au maximum le nombre de licenciements, en permettant notamment une modification non substantielle des conditions de travail. Suivant cette interprétation, l'objectif de stabilité d'emploi serait rempli. Cela semble respecter le prescrit de l'article 4.2 de la directive ainsi que l'objectif de protection qu'elle prône dans la mesure où l'appréciation du *ius variandi* n'est pas cantonnée au seul intérêt de l'employeur⁷⁶, mais est « *exercé dans*

⁶⁹ C.J.C.E., 11 novembre 2004, arrêt *Delahaye*, C-425/02.

⁷⁰ S. GILSON et S. PALATE, « Le *ius variandi* de l'employeur en cas de réorganisation de l'entreprise », in *Les restructurations en droit social : questions spéciales – Capita Selecta*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 131.

⁷¹ L. PELTZER, « Le transfert d'entreprise et l'outsourcing pour faire face à la crise : aspects sociaux », in D. PLAS et S. GILSON (dir.), *Le droit social face à la crise*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 99 et s.

⁷² L. PELTZER, « *Ius variandi* et transfert d'entreprise : quelques réflexions (critiques) autour de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2016 », *J.T.T.*, 2017, p. 70 ; S. GILSON, « La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble », in *La modification unilatérale du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 16 ; L. PELTZER, « Quelques arrêts clés de la Cour de justice en matière de transfert d'entreprises », in M. DUMONT (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Liège, Anthémis, 2008, p. 570.

⁷³ C.J.U.E., 6 avril 2017, arrêt *Unionen*, C-336/15, point 27.

⁷⁴ A. LAMINE, « Les droits des travailleurs en cas de transfert d'une entreprise insolvable », *J.D.E.*, 2018, pp. 168-169.

⁷⁵ A. LAMINE, *ibidem*, p.173 ; C.J.C.E., 7 décembre 1995, arrêt *Spano*, aff. C-472/93, points 34-35 ; C.J.C.E., 25 juillet 1991, arrêt *d'Urso*, aff. C-362/89, *Rec.*, 1991, points 18-19.

⁷⁶ L. DEAR, *op.cit.* (voy. note 66), p. 163.

l'intérêt de l'entreprise, et donc, indirectement, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs »⁷⁷.

En Belgique, le droit de modification unilatérale de l'employeur comporte des balises portant sur les éléments essentiels du contrat et sur les éléments accessoires convenus par les parties⁷⁸. Le *ius variandi* de l'employeur ne peut donc porter sur ces éléments. Si la modification outrepassé les limites du *ius variandi*, il y aura inexécution fautive du contrat⁷⁹. Il convient de préciser que le transfert et le changement d'identité de l'employeur ne peuvent être invoqués en guise de modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat⁸⁰.

Nous reviendrons sur cette notion de stabilité d'emploi ultérieurement (voy. *infra*).

B. Liberté d'entreprendre

Bien que le travailleur soit principalement au centre des attentions, la réglementation ne néglige pas pour autant le nouvel employeur. En effet, il apparaît qu'à l'époque déjà la directive 77/187 ne visait pas seulement à « *sauvegarder, lors d'un transfert d'entreprise, les intérêts des travailleurs, mais entend assurer un juste équilibre entre les intérêts de ces derniers, d'une part, et ceux du cessionnaire, d'autre part* »⁸¹. Il se peut que le droit des travailleurs au maintien de leurs conditions de travail tel que prescrit par l'article 3 de la directive 2001/23 puisse difficilement se concilier avec la liberté d'entreprendre prévue à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne. Tel est notamment le cas dans l'arrêt *Werhof* où un contrat de travail contenait une clause de renvoi à une convention collective dont seul le cédant était partie. La Cour de justice a eu à se prononcer quant au fait de savoir si dans cette situation, l'article 3, §1^{er} de la directive devait être interprété comme liant également le cessionnaire à des conventions collectives conclues postérieurement à la convention qui était en vigueur lors du transfert (interprétation dynamique de la clause de renvoi)⁸². La Cour a répondu par la négative, considérant « *qu'il ne saurait être fait abstraction de ceux (= les intérêts) du cessionnaire, qui doit être en mesure*

⁷⁷ P. BLONDIAU, « La portée de l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978. Les clauses relatives aux conditions de travail », in V. VANNES (dir.), *Clauses spéciales du contrat de travail – utilité – validité – sanction*, Actes du colloque organisé par la Conférence du Jeune barreau de Nivelles le 30 avril 2003, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 44.

⁷⁸ S. GILSON et S. PALATE, *op.cit.* (voy. note 70), pp. 120-121 ; A. MORTIER, « La modification du contrat de travail en droit belge et en droit français », *Rev. dr. Ulg*, 2010, p. 324 ; Cass., 13 octobre 1997, *Pas.*, 1997, II, p. 1010 ; Cass., 20 décembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 108 ; Cass., 27 janvier 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 492.

⁷⁹ F. KEFER, *Les transferts conventionnels d'entreprises en Europe. Frictions entre le droit européen et les droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 26.

⁸⁰ F. KEFER, *ibidem*, p. 27 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. I, Liège, Faculté de droit, 1982, p. 154.

⁸¹ C.J.U.E., 18 juillet 2013, arrêt *Alemo- Herron*, aff. C-426/11, point 25.

⁸² F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), pp. 78-79.

de procéder aux ajustements et aux adaptations nécessaires à la continuation de son activité »⁸³.

La Cour a confirmé sa position dans l'arrêt *Alemo* où le transfert d'entreprise s'est réalisé entre une personne morale de droit public et une personne morale de droit privé. Compte tenu des divergences imparables concernant les conditions de travail entre ces deux secteurs, « *des ajustements et des adaptations* » considérables sont nécessaires pour la poursuite de l'activité du cessionnaire. Or la clause de renvoi dynamique dont il était question dans cet arrêt était un obstacle au juste équilibre voulu par la directive entre les intérêts respectifs du cessionnaire et des travailleurs. La Cour affirme ici clairement que l'article 3 de la directive 2001/23 doit être interprété conformément à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux qui proclame la liberté d'entreprise, laquelle comprend la liberté contractuelle. À cet égard, il ressort que « *le cessionnaire doit avoir la possibilité de faire valoir efficacement ses intérêts dans un processus contractuel auquel il participe et de négocier les éléments déterminant l'évolution des conditions de travail de ses employés en vue de sa future activité économique* »⁸⁴, ce qui n'était en l'occurrence pas le cas. La substance du droit à la liberté d'entreprise se trouve donc altérée dès lors que la liberté contractuelle est grandement limitée. Une telle situation n'est pas admissible et ce, même si les mesures prises par les États membres conformément à l'article 8 de la directive sont davantage favorables aux travailleurs. Si la Cour fait ici primer la liberté d'entreprise, il ne s'agit pas d'un principe absolu, dans la mesure où une clause de renvoi dynamique peut être parfaitement valable au regard de l'article 3 de la directive et de l'article 16 de la Charte lorsque « *le droit national reconnaît au cessionnaire la possibilité de faire valoir efficacement ses intérêts et d'adapter, après le transfert, de manière consensuelle ou unilatérale, les conditions de travail existant à la date du transfert* »⁸⁵.

§3. Interaction du droit social avec d'autres finalités

La pérennité d'une entreprise est un chemin semé d'embûches pouvant engendrer un transfert d'entreprise, mais quand est-il lorsque l'entreprise en question est insolvable ou qu'elle fait face à des difficultés financières conséquentes ? Très vite, l'application de la directive européenne à ce genre de situation a fait l'objet d'interpellations. À cet égard, il est opportun

⁸³ C.J.C.E., 9 mars 2006, arrêt *Werhof*, aff. C-499/04, point 31 ; L. PELTZER, « Actualités en matière de transfert d'entreprise », in H. MORMONTDIR (dir.), *Le droit social tous azimuts*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 150 et s. ; C. ENGELS et N. THOELEN, « Overgang van onderneming volgens C.A.O. nr. 32bis met wijziging van paritair comité. Lessen uit het arrest Alemo-Herron », *J.T.T.*, 2014, p. 100.

⁸⁴ C.J.U.E., 18 juillet 2013, arrêt *Alemo-Herron*, aff. C-426/11, point 33.

⁸⁵ F. KEFER, « Le maintien des conventions collectives de travail après un transfert d'entreprise : la jurisprudence de la Cour de justice clarifie-t-elle le débat ? », *J.T.T.*, 2018, p. 148 ; C.J.U.E., 27 avril 2017, arrêt *Asklepios c. Felja et Graf*, aff. C-680/15 et 681/15.

de citer à titre d'exemple l'arrêt *Abels* qui traite du transfert d'entreprise dans le cadre d'une entreprise en difficulté. Cette situation provoque ce que nous allons appeler un « affrontement interdisciplinaire » dans la mesure où le transfert conventionnel d'entreprise interagit avec de nombreuses autres finalités. En l'espèce, l'arrêt précité permet d'établir un lien étroit entre le droit social d'une part et le droit de la faillite d'autre part. La directive initiale de 1977 étant muette quant aux entreprises en difficulté, la Cour a finalement considéré que la directive ne s'appliquait pas au transfert d'entreprise opéré suite à une faillite⁸⁶, en raison notamment des spécificités propres à chacune de ces deux branches distinctes. En effet, « *ces deux branches du droit sont dissociées. Elles suivent des voies différentes mais parallèles, qui ne se rencontrent pas souvent* »⁸⁷, de telle sorte qu'il pourrait être dérogé aux dispositions du droit social en raison des dispositions particulières du droit de la faillite⁸⁸.

Désormais, la directive 2001/23 exclut expressément la faillite : ses dispositions protectrices (articles 3 et 4) « *ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente* »⁸⁹. Le critère retenu par la Cour est donc l'objectif que la procédure d'insolvabilité poursuit : s'il s'agit de la liquidation des biens du cédant, la directive ne sera pas applicable, elle le sera à l'inverse s'il s'agit de permettre à l'entreprise de poursuivre son activité⁹⁰. Les États membres peuvent néanmoins décider d'appliquer les mesures de protection prévue par la directive en se fondant sur leur droit national⁹¹. La Cour considère qu'en procédant de la sorte les États membres offrent un régime plus favorable aux travailleurs par rapport à la directive⁹².

L'objet de ce mémoire étant la convention collective n° 32bis, nous ne nous étendrons pas sur la faillite, bien que ladite convention ait instauré un régime de protection minimale en faveur

⁸⁶ P. DAILLIER, « Le droit de l'Union européenne en matière de droit du travail », in J.-M. THOUVENIN et A. TREBILCOCK (dir.), *Le droit international social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1076.

⁸⁷ COM (94) 300 final, Proposal for a Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, Bruxelles, 8 septembre 1994, point 10.

⁸⁸ C.J.C.E., 7 février 1985, arrêt *Abels*, aff. C-135/83, point 15.

⁸⁹ Art. 5, §1 de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 précitée.

⁹⁰ A. MORTIER, « Le champ d'application matériel de la réglementation relative au transfert conventionnel d'entreprise », *Orientations*, 2016, p. 17 ; Pour des applications du critère, voy. par exemple : C.J.C.E., 7 décembre 1995, *Spano*, aff. C-472/93, points 26-29 ; C.J.C.E., 25 juillet 1991, arrêt *d'Urso*, aff. C-362/89, *Rec.*, 1991, points 29, 32-34 ; C.J.C.E., 7 février 1985, arrêt *Abels*, aff. C-135/83, point 15.

⁹¹ Art. 5, §1 de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 précitée ; C.J.C.E., 7 février 1985, arrêt *Abels*, aff. C-135/83, point 24.

⁹² C.J.U.E., 28 janvier 2015, arrêt *Gimnasio Deportivo San Andrés SL*, aff. C-688/13, point 56.

des travailleurs repris en cas de reprise d'actif après faillite dans son troisième chapitre⁹³. Il en va de même du transfert sous autorité de justice qui est régi par la convention collective n° 102 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice (voy. *supra*). Bien que ces matières fassent l'objet d'un régime et d'un contentieux conséquent qui leur sont propres, il était toutefois judicieux d'évoquer la situation des entreprises en difficulté afin de mettre en exergue que la directive réglementant le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements pouvait être confrontée à d'autres finalités : droit de la faillite, droit de l'insolvabilité...avec lesquelles la conciliation n'est pas chose aisée. Partant, nous ne pouvons que constater que le transfert d'entreprise est une matière vaste dont l'interaction avec d'autres matières est inéluctable.

De manière générale, nous pouvons dire que cette matière implique que le droit social doit constamment s'articuler avec le droit économique. Nous pouvons déjà identifier cette articulation à travers l'un des objectifs de la directive 77/187/C.E.E., lequel consiste à « *réduire les différences qui subsistent entre les États membres en ce qui concerne la protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprise car ces différences ont un impact certain sur le fonctionnement du marché commun* »⁹⁴. À cela, nous pouvons ajouter que bon nombre de transferts d'entreprise peuvent s'expliquer en raison de l'évolution économique⁹⁵. L'économie a toujours été, et est encore, un aspect indissociable au bon fonctionnement de la société. En outre, le transfert conventionnel d'entreprise peut avoir d'énormes conséquences sur cet aspect, et vice versa. L'économie pourrait effectivement influencer un employeur à céder son entreprise. Sur ce point, on retrouvera cet affrontement interdisciplinaire entre le droit social et le droit économique à travers l'exception à la protection contre le licenciement relative aux raisons économiques (voy. *infra*).

⁹³ J. CLESSE et F. KEFER, « L'exécution du contrat de travail », in *Manuel de droit du Travail*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 326.

⁹⁴ Troisième et quatrième considérants de la directive (CEE) n° 77/187 du Conseil du 14 février 1977 précitée. Le droit économique, de par l'établissement du marché commun demeure un aspect prépondérant du droit européen, voy. B. BERCUSSON, *European Labour, Law*, Cambridge, Cambridge university press, 2009, p. 5.

⁹⁵ Deuxième considérant de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 précitée.

CHAPITRE 2. CADRE THEORIQUE : AU CŒUR DU MECANISME MEME DU TRANSFERT CONVENTIONNEL D'ENTREPRISE

Section 1. Définition et champ d'application du transfert conventionnel d'entreprise

§1. Bref aperçu de la notion de transfert conventionnel d'entreprise

À titre liminaire, précisons ce qu'il y a lieu d'entendre par la notion de « transfert conventionnel d'entreprise » pour ensuite se pencher sur la problématique qui nous intéresse dans ce mémoire, à savoir l'effectivité de la protection des travailleurs. Ainsi, en vertu de la C.C.T. n° 32bis, constitue un transfert conventionnel d'entreprise « *tous les cas de changement d'employeur du fait du transfert conventionnel d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise* »⁹⁶. Ces termes figurent également dans la définition de la directive 2001/23, qui est applicable en vertu de son article premier à « *tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion* ».

Il ressort de ces définitions trois éléments constitutifs⁹⁷ permettant d'analyser si une opération correspond à un transfert conventionnel d'entreprise :

- Un changement d'employeur

Pour qu'il y ait changement d'employeur, il faut que l'identité juridique de l'employeur soit modifiée⁹⁸. Autrement dit, le cédant n'est plus l'employeur des travailleurs faisant partie de l'entreprise transférée⁹⁹.

- L'origine conventionnelle du transfert

La notion de transfert conventionnel fait l'objet d'une interprétation souple tant en droit belge qu'en droit européen. En effet, pour que le transfert soit conventionnel, il n'est pas requis que le cédant et le cessionnaire aient des relations contractuelles directes, il peut s'agir d'un

⁹⁶ Art. 1, al. 1, 1° de la convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 précitée.

⁹⁷ La présente section consistant en un bref aperçu de la notion du transfert conventionnel d'entreprise, les éléments constitutifs font l'objet d'une présentation sommaire, pour de plus amples explications voy. T. VIERIN, « Les conditions d'application de la directive européenne relative au transfert d'entreprise à la lumière de la dernière jurisprudence européenne », *Orientations.*, 2002, liv. 11, pp. 253-258 ; L. PELTZER, « Les arrêts Süzen, Schmidt et Rotsart de Hertaing : source d'incohérence ? », obs. sous C.J.C.E., 10 décembre 1998, *Chron. D.S.*, 1999.

⁹⁸ V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, op.cit. (voy. note 41), p. 599 ; P. CRAHAY, « La convention collective n° 32bis et le transfert d'entreprise », *Chron. D.S.*, 1991, p. 121 ; C.J.C.E., 2 décembre 1999, arrêt *Allen*, aff. C-234/98, points 16-17 ; C. trav. Liège (6^e ch.), 7 mai 2010, R.G. n° 36.550/09-36.629/09.

⁹⁹ M. DAVAGLE, op.cit. (voy. note 56), p. 92 ; Art. 2, 3° de la convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 précitée.

simple accord de volonté dans lequel le transfert trouve indirectement son origine¹⁰⁰.

- Un transfert qui porte sur une entreprise ou une partie de celle-ci

Il convient ici de se référer à l'article 6, alinéa 2 de la C.C.T. n° 32bis en vertu duquel « *est considéré comme transfert, le transfert d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire* ». Cet élément requiert donc le transfert d'une entité économique et le maintien de l'identité (identité d'activité et identité d'entité) de l'entité économique transférée¹⁰¹.

§2. Champ d'application de la C.C.T. n° 32 bis

Le champ d'application de la C.C.T. n° 32bis sera analysé ci-après dans les grandes lignes compte tenu de la jurisprudence abondante en la matière. L'exposé sera décliné en trois points : le champ d'application territorial (A), matériel (B) et personnel (C).

A. Champ d'application territorial

En vertu de l'article 1^{er}, §2 de la directive 2001/23, cette dernière trouve à s'appliquer « *si et dans la mesure où l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement à transférer se trouve dans le champ d'application territorial du traité* ». Le critère retenu est de ce fait la localisation géographique de l'entreprise transférée, sans avoir égard à la nationalité et au domicile de l'employeur¹⁰².

Un conflit de lois peut toutefois surgir lorsque l'entreprise transférée se rattache à la Belgique mais également à un autre pays. Ce conflit sera résolu par le règlement Rome I¹⁰³ qui déterminera la loi applicable. Ledit règlement contient une règle de conflit particulière en son article 8 relative au contrat individuel de travail. Ainsi, le choix de la loi applicable au contrat de travail appartient aux parties. « *À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail* »¹⁰⁴, étant entendu

¹⁰⁰ A. MORTIER, « Le champ d'application matériel de la réglementation relative au transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 90), p. 7 ; P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 607 ; P. CRAHAY, « La convention collective n° 32bis et le transfert d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 98), p. 121 ; C.J.C.E., 24 janvier 2002, arrêt *Temco*, aff. C-51/00, point 32.

¹⁰¹ P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 601.

¹⁰² F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), p. 13 ; C. WANTIEZ, *Transfert conventionnel d'entreprise et droit du travail*, Bousval, E.D.S., 1996, p. 54 ; V. BERTRAND et M. JAMOULLE, *op.cit.* (voy. note 34), p. 88.

¹⁰³ Règlement (CE) n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.U.E.*, L 177/6, 4 juillet 2006.

¹⁰⁴ Art. 8 du règlement (CE) n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 précité.

que « *les parties ne peuvent évincer entièrement la seconde, car elles ne peuvent en écarter les dispositions impératives* »¹⁰⁵.

B. Champ d'application matériel

Le champ d'application matériel correspond aux trois éléments constitutifs (appelés également conditions) du transfert conventionnel d'entreprise repris à l'article premier de la directive et à l'article premier, alinéa 1, premièrement de la C.C.T. n° 32bis. (voy. *supra*.).

C. Champ d'application personnel

- Les travailleurs

Les bénéficiaires de la protection contre le licenciement ainsi que du droit au maintien du contrat de travail sont, en vertu de la directive 2001/23 et de la C.C.T. n° 32bis, les travailleurs. La directive européenne ne contient pas de définition uniforme de la notion de travailleur mais se borne à renvoyer au droit national en précisant qu'il s'agit de « *toute personne qui, dans l'Etat membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi* » (art. 2, § 1er, d)¹⁰⁶.

En Belgique, la C.C.T. n° 32bis considère qu'un travailleur est une « *personne qui, en vertu d'un contrat de travail ou d'apprentissage, fournit des prestations de travail* », les « *personnes qui, autrement qu'en vertu d'un contrat de travail, fournissent des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne* » y sont également assimilés (art. 2, 1°, et art. 3, 1°).

Sont de ce fait exclus, les travailleurs indépendants et ceux étant soumis à un statut de droit public¹⁰⁷. Il en va de même des travailleurs contractuels du secteur public, en raison de l'article 2, §3, 1° de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires qui prévoit expressément une telle exclusion¹⁰⁸. Ces travailleurs pourraient néanmoins invoquer la directive à l'encontre de « l'État employeur » compte tenu

¹⁰⁵ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), p. 14. Pour plus de détails, voy. F. KEFER, *ibidem*, pp. 16-18.

¹⁰⁶ Cette définition est le fruit de la consécration de la jurisprudence : C.J.C.E., 14 septembre 2000, arrêt *Collino et Chapierro*, aff. C-343/98, *J.T.T.*, 2001, p. 297.

¹⁰⁷ C.J.C.E., 14 septembre 2000, arrêt *Collino et Chapierro*, aff. C-343/98, *J.T.T.*, 2001, point 24.

¹⁰⁸ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), p. 24 ; A. MORTIER, « Le champ d'application matériel de la réglementation relative au transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 90), p. 4 ; P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 593 ; A. RENARD, « La non application de la loi sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires au personnel engagé dans les services publics. Quelques précisions quant à la portée de l'article 2, §3, 1° de la loi du 5 décembre 1968 », *Chron. D.S.*, 1986, pp. 2-5.

de son effet direct vertical¹⁰⁹.

- Le cédant et le cessionnaire

La C.C.T. n° 32bis, à l'instar de la directive 2001/23 définit le cédant comme « *la personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert, perd la qualité d'employeur à l'égard des travailleurs de l'entreprise transférée ou de la partie d'entreprise transférée* » (art. 2, 3°). Quant au cessionnaire, il est défini comme étant « *la personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'article 1er, acquiert la qualité d'employeur à l'égard des travailleurs de l'entreprise transférée ou de la partie d'entreprise transférée* » (art. 2, 4°).

Tout comme les travailleurs relevant du secteur public, les entreprises publiques se trouvent également exclues du champ d'application de la C.C.T. n° 32bis (voy. *supra.*). Ainsi, une jurisprudence et une doctrine majoritaire considèrent que la présente convention n'est applicable que lorsque le cédant et le cessionnaire relèvent du secteur privé¹¹⁰. En prévoyant une telle exclusion, la C.C.T. n° 32bis est en parfaite contradiction avec la directive 2001/23 qui trouve à s'appliquer « *aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif* » (art. 1, 1. c)).

Au vu de ce qui précède, il semblerait donc que la transposition de la directive soit inadéquate dès lors qu'elle se doit de protéger tous les salariés. Seul le législateur pourrait intervenir en vue de pallier cette divergence, faute pour les partenaires sociaux de pouvoir le faire¹¹¹.

Section 2. Un préalable positif : information et consultation des représentants des travailleurs/travailleurs

Comme il l'a déjà été rappelé précédemment, les partenaires sociaux ont, dès le départ, joué un rôle actif en matière de transfert conventionnel d'entreprise de par la conclusion de la C.C.T. n° 32bis. Cette section permet de mettre en évidence le rôle encore plus accru des représentants des travailleurs lorsqu'une décision de procéder à un transfert conventionnel d'entreprise est prise. Les obligations d'information et de consultation¹¹² seront analysées

¹⁰⁹ C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 15 ; C. trav. Liège, 10 juin 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 371.

¹¹⁰ L. PELTZER, « Le transfert conventionnel d'entreprise : lignes de force et questions d'actualité en droit belge et européen », in J.-F. LECLERCQ (dir.), L. PELTZER et E. PLASSCHAERT (coord.), *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 73-75 ; M. DE VOS et I. DE WILDE, « Veranderingsmanagement en personeelsbeleid in een overheidscontext », in M. DE VOS et I. PLETS (éd.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Bruges, die Keure, 2005, pp. 95-96.

¹¹¹ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, op.cit. (voy. note 6), p. 25.

¹¹² Voy. art. 2 de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *J.O.C.E.*, L 80/29, 23 mars 2002.

suyvant deux cas de figure : en présence d'un conseil d'entreprise ou d'une délégation syndicale (§1) et en l'absence de tels organes de concertation (§2).

§1. Information et consultation en présence d'un conseil d'entreprise ou d'une délégation syndicale

En vertu de l'article 7 de la directive 2001/23, une obligation d'information et de consultation des représentants du personnel pèse sur le cédant et le cessionnaire. Conformément au premier paragraphe dudit article, le cédant et le cessionnaire doivent fournir des informations relatives à la date fixée ou proposée pour le transfert, au motif du transfert, aux conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs et aux mesures envisagées à l'égard de ces derniers. Ces informations doivent être communiquées en « temps utile », soit avant que le transfert ne soit effectivement réalisé. Selon le second paragraphe, l'obligation de consultation, quant à elle, intervient lorsque des mesures concernant les travailleurs sont envisagées par le cédant et le cessionnaire. Pour qu'un accord puisse être conclu sur ces mesures, les représentants des travailleurs doivent également être consultés « en temps utile ».

Concernant la transposition de ces dispositions, il est à noter que la C.C.T. n° 32*bis* ne contient aucune disposition quant aux obligations d'information et de consultation en présence d'organes de concertation¹¹³. D'autres instruments permettent cependant de pallier son silence¹¹⁴ : lorsqu'un conseil d'entreprise est institué au sein de l'entreprise concernée par le transfert, la C.C.T. n° 9¹¹⁵ trouve à s'appliquer et il en va de même de l'article 25 de l'arrêté royal du 27 novembre 1973¹¹⁶ qui prévoit la communication par l'employeur au conseil d'entreprise de toute décision interne pouvant avoir des répercussions importantes sur l'entreprise ; à défaut d'un conseil d'entreprise et en présence d'une délégation syndicale, la C.C.T. n° 5¹¹⁷ s'applique ; enfin, en l'absence d'un conseil d'entreprise et d'une délégation syndicale, la loi du 4 août 1996¹¹⁸ s'applique, donnant ainsi

¹¹³ J. PEETERS, « C.A.O nr. 32 quinquies : enkele arbeidsrechtelijke aspecten van overgang van onderneming herbekeken », *R.W.*, 2002, p. 532.

¹¹⁴ Voy. commentaire de l'article 15*bis* de la convention collective de travail n° 32*bis* du 7 juin 1985 précitée.

¹¹⁵ Convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclus au sein du Conseil national du travail, rendue obligatoire par l'A.R. du 12 septembre 1972, *M.B.*, 25 novembre 1972.

¹¹⁶ Arrêté royal du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprises, *M.B.*, 28 novembre 1973.

¹¹⁷ Convention collective de travail n° 5 du 24 mai 1971 concernant le statut des délégations syndicales du personnel des entreprises, *M.B.*, 1^{er} juillet 1971. Conformément à l'article 24 de la C.C.T. n° 5, la délégation syndicale exercera les compétences dévolues au conseil d'entreprise par l'article 11 de la C.C.T. n° 9.

¹¹⁸ Art. 65*decies* de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 18 septembre 1996.

compétence au Comité pour la prévention et la protection au travail. L'exposé qui suit sera subdivisé en deux parties, nous analyserons le contenu de l'information et de la consultation (A) et le moment opportun pour s'acquitter de ces obligations (B).

A. Contenu de l'information et de la consultation

À l'instar de la directive, les informations qui doivent être communiquées par le cédant et le cessionnaire sont les motifs qui fondent le transfert conventionnel d'entreprise, et les conséquences économiques, financières et sociales pouvant en résulter¹¹⁹. L'information ne peut toutefois pas porter atteinte au déroulement des négociations déjà en cours¹²⁰.

Bien que la C.C.T. n° 9 énonce, de manière globale, les informations, nous pouvons voir que la pratique admet des informations pouvant être beaucoup plus vastes et précises, allant au-delà du prescrit de la C.C.T. n° 9. À titre illustratif nous pouvons mentionner l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 7 décembre 2017¹²¹ dans lequel la cour avait considéré qu'il y avait eu violation du droit à l'information et à la consultation des représentants des travailleurs. La cour avait donc prescrit au cédant et au cessionnaire de procéder à une concertation et de transmettre une série d'informations telles que : l'évolution récente et l'évolution probable des activités de l'entreprise et sa situation économique ; le budget d'investissement compte tenu notamment des acquisitions d'équipement ; le budget d'exploitation ; les modes de financement de l'exploitation du fonds de commerce ; etc, soit des informations postérieures au transfert. Nous ne pouvons qualifier cette décision d'arrêt de principe, d'autant plus « *qu'il n'existe pas d'obligation générale de communiquer des informations aussi détaillées* »¹²². Néanmoins, nous pouvons en déduire que les informations à communiquer varieront en fonction de chaque cas d'espèce. De telles informations peuvent certes paraître excessives mais elles sont sans aucun doute les plus pertinentes en vue de rendre l'information et la consultation pleinement efficaces.

La consultation, quant à elle, fait référence aux « *répercussions sur les perspectives d'emploi du personnel, l'organisation du travail et la politique de l'emploi en général* »¹²³. La compétence consultative ne consiste cependant pas à prendre position quant à la décision du

¹¹⁹ Commentaire de l'article 11 de la la convention collective de travail n°9 du 9 mars 1972 précitée.

¹²⁰ Commentaire de l'article 11 de la la convention collective de travail n°9 du 9 mars 1972 précitée.

¹²¹ C. trav. Bruxelles, 7 décembre 2017, R.G. n° 2017/CB/12.

¹²² J.-Ph., CORDIER et A. GUERIT, « L'information et la consultation des représentants des travailleurs en cas de transfert conventionnel d'entreprise : quel est leur contenu et quand doivent-elles être opérées ? », in V. D'HUART et F. KEFER (dir.), *Casus de droit social*, Limal, Anthémis, 2019, p. 159.

¹²³ Art. 11 de la convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 précitée.

cédant mais se limite simplement aux conséquences faisant suite à sa décision¹²⁴. La consultation présente tout de même un intérêt considérable dès lors qu'elle permet d'aboutir, dans la mesure du possible, à un juste équilibre entre les intérêts respectifs des parties en ce qu'elle aspire à un « *échange de vues et l'établissement d'un dialogue qui ne peuvent être que bénéfiques tant pour les travailleurs que pour l'employeur, en sauvegardant dans la mesure du possible l'emploi et par là même des relations professionnelles harmonieuses et un climat social favorable à la continuation des activités de l'employeur* »¹²⁵. Nous pouvons, de ce fait, considérer que l'information et la consultation ont pour but de permettre aux représentants des travailleurs « *de procéder, en connaissance de cause, à des échanges de vues au cours desquels ils pourront formuler leurs avis, suggestions ou objections* »¹²⁶.

B. Moment opportun pour s'acquitter des présentes obligations

Selon l'article 11 de la C.C.T. n° 9, le cédant et le cessionnaire doivent s'acquitter de leur obligation d'information « *en temps opportun et avant toute diffusion* ». Le commentaire dudit article donne de plus amples précisions en prévoyant que « *l'information doit être donnée dès que possible et à un moment où la direction et les délégués des travailleurs au conseil d'entreprise, peuvent se concerter en temps utile, au sujet notamment des mesures d'ordre social à prendre en vue d'atténuer au maximum les répercussions de la décision sur les perspectives de l'emploi et l'organisation du travail* ». Suivant l'article 3 de cette même C.C.T., l'information et la consultation doivent se faire préalablement à la mise en œuvre de la décision. Notons que l'adjectif « préalable » utilisé tant dans le commentaire de l'article 11 que dans l'article 3 est relativement vague et la doctrine n'est pas unanime quant au moment opportun pour s'acquitter des obligations d'information et de consultation. Trois courants doctrinaux¹²⁷ peuvent ainsi être brièvement énoncés :

- Le premier se fondant sur l'article 3 de la C.C.T. n° 9 considère que l'information et la consultation doivent avoir lieu avant toute décision de droit ou de fait¹²⁸.
- Le second se fondant sur l'article 11 de la C.C.T. n° 9 considère que l'information et la consultation doivent avoir lieu après que la décision formelle est prise mais avant son exécution. Cette doctrine considère en outre qu'une convention de transfert a déjà

¹²⁴ V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, op.cit. (voy. note 41), p. 656.

¹²⁵ C.I.T., 82^{ème} session, 1995, Etude d'ensemble sur la protection du licenciement injustifié, point 283.

¹²⁶ J.-Ph., CORDIER et A. GUERIT, op.cit. (voy. note 122), p. 156.

¹²⁷ Pour une réflexion critique, voy. J.-Ph., CORDIER et A. GUERIT, *ibidem*, pp.167-171.

¹²⁸ C. ENGELS, *Overgang van onderneming in het kader van de CAO nr. 32bis*, Bruges, die Keure, 2017 ; C. ENGELS, *Overdracht van onderneming en outsourcing – Arbeidsrechtelijke aspecten*, Gand, Larcier, 2000.

été signée¹²⁹.

- Le troisième se fondant sur un arrêt de la cour du travail de Bruxelles¹³⁰ et permettant de concilier les articles 3 et 11 de la C.C.T. n° 9 considère que l'information et la consultation doivent avoir lieu lorsque le projet de transfert est « *probable et apparent mais où celui-ci n'est pas encore concrétisé par une convention déjà signée entre les parties* »¹³¹¹³². Tout comme J.-Ph. Cordier et A. Guérit, c'est à ce troisième courant que nous nous rallions, puisque c'est à ce moment que l'information et la consultation seront le plus efficaces dans la mesure où elles seront susceptibles d'avoir une influence sur les répercussions de la décision de transfert du cédant.

Au vu de ce qui précède, nous pouvons considérer que l'information et la consultation des représentants des travailleurs sont un préalable positif. En effet, ces obligations peuvent constituer une piste de réponse favorable à notre question de recherche permettant d'affirmer que, dans une certaine mesure, la protection des travailleurs transférés se veut effective dès lors que les représentants des travailleurs seront informés et consultés « *sur les moyens à mettre en œuvre, en vue d'éviter les licenciements (...), sur les dispositions à adopter en vue du reclassement rapide et de la réadaptation professionnelle et sociale* »¹³³. Les représentants des travailleurs jouent donc un rôle non négligeable et constituent une source de protection. Cela est d'autant plus vrai qu'en cas d'inobservation des obligations d'information et de consultation, le cédant et le cessionnaire s'exposent à des sanctions pénales (peines d'emprisonnement et/ou amendes), compte tenu du fait que la C.C.T. n° 9 ait été rendue obligatoire par arrêté royal¹³⁴. Par ailleurs, notons que l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 7 décembre 2017 est une source d'espoir vers une protection plus accrue des travailleurs.

§2. « Un préalable positif » mis à mal en l'absence d'organes de concertation

Lorsqu'il n'y a pas de représentants des travailleurs au sein de l'entreprise concernée par le transfert, la directive stipule qu'il appartient aux États membres de prévoir une information

¹²⁹ C. BAYART et P. DE KOSTER, « Informatie en consultatie van werknemers bij bedrijfsovernames en vennootschaps- transacties : algemeen deel », *J.T.T.*, 2001, p. 326.

¹³⁰ C. trav. Bruxelles, 31 juillet 2007, R.G. n° 49110, 49111, 49112 et 49113.

¹³¹ J.-Ph., CORDIER et A. GUERIT, *op.cit.* (voy. note 122), p. 169.

¹³² J. PEETERS, *Informatie en raadpleging van werknemers bij herstructurering*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 493-496.

¹³³ Commentaire de l'article 11 de la convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 précitée.

¹³⁴ Art. 56 de la loi du 5 décembre 1968 précitée. Il en va de même s'agissant de l'obligation d'information des travailleurs concernés par le transfert en l'absence d'organes de concertation, prévue à l'article 15bis de la C.C.T. n° 32bis.

préalable des travailleurs. Ces derniers disposent des mêmes informations que les entreprises ayant des représentants des travailleurs, à savoir : la date fixée ou proposée pour le transfert, le motif du transfert, les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs et les mesures envisagées à l'égard des travailleurs¹³⁵. Tandis que la C.C.T. n° 32*bis* ne contient aucune disposition quant aux obligations d'information et de consultation en présence d'organes de concertation, il n'en va pas de même en l'absence de tels organes. En effet, l'information prévue par l'article 15*bis* de ladite C.C.T. est calquée sur celle prévue par l'article 7.6 de la directive européenne.

Ainsi, les travailleurs doivent être directement informés mais ils ne disposent pas d'une compétence consultative. L'absence d'obligation de consultation nous semble regrettable et ne va pas dans un sens favorable à l'effectivité de la protection prônée tant par la directive 2001/23 que par la C.C.T. n° 32*bis* dès lors que les travailleurs n'auront aucun moyen pour tenter d'influencer les conséquences qui pourraient résulter de la décision de transfert. De ce fait, il nous semble qu'une harmonisation des obligations d'information et de consultation en présence et en l'absence de représentants des travailleurs ne pourrait être que bénéfique en vue de conférer un effet utile auxdites obligations.

Section 3. Exposé sommaire de quelques conséquences pouvant résulter d'un transfert conventionnel d'entreprise : Quid du sort des travailleurs transférés ?

§1. La reprise de l'ensemble du personnel

Transposant de manière fidèle l'article 3, alinéa 1^{er} de la directive 2001/23, l'article 7 de la C.C.T. n° 32*bis* énonce que « *les droits et obligations qui résultent pour le cédant de contrats de travail existant à la date du transfert au sens de l'article 1er, 1°, sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire* »¹³⁶. Il résulte de cette disposition que le transfert des droits et des obligations est automatique par le seul fait du transfert et que ce transfert automatique s'applique à « *l'ensemble des contrats en cours au moment de l'opération* »¹³⁷. Il découle de ce transfert, une obligation pour le cessionnaire de reprendre l'ensemble du personnel¹³⁸. Cette obligation a par ailleurs été confirmée par les arrêts *Urso* et *Rotsart de Hertaing* ainsi que par nos cours de travail¹³⁹.

¹³⁵ Art. 7.6 de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 précitée.

¹³⁶ Pour rappel, cette disposition est impérative (voy. *supra.*).

¹³⁷ P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 612 ; P. CRAHAY, « La convention collective n° 32*bis* et le transfert d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 98), p. 125.

¹³⁸ P. JEHASSE, *ibidem*, p. 612 ; L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), pp. 133-136.

¹³⁹ C.J.C.E., 14 novembre 1996, arrêt *Rotsart de Hertaing*, aff. C-305/94, *Rec.*, 1996, points 20-21 ; C.J.C.E., 25

Par ailleurs, le cédant et le cessionnaire ne peuvent pas convenir de reprendre uniquement une partie du personnel en opérant de la sorte une sélection¹⁴⁰. La cour du travail de Liège a explicitement consacré cette interdiction de procéder à une sélection en déclarant que « *tous les contrats de travail du personnel occupé dans l'entreprise au moment du transfert de cette dernière, sont cédés de plein droit du cédant au cessionnaire (...). L'impérativité reconnue à la norme formulée par l'article 7 de la C.C.T. n° 32bis implique que le cédant et le cessionnaire n'ont pas la faculté de décider, notamment dans leur convention de cession, que certains membres du personnel de l'un ne sont pas repris par l'autre, c'est-à-dire que leurs contrats ne seront pas cédés* »¹⁴¹. S'agissant de la renonciation des travailleurs à passer au service du cessionnaire, il est renvoyé au premier chapitre.

§2. Le maintien des conditions de travail

Le maintien des conditions de travail est également une conséquence du transfert automatique des droits et obligations résultant du contrat de travail. Ainsi, les travailleurs passant au service du cessionnaire peuvent prétendre que ce dernier respecte les droits qu'ils avaient acquis auprès du cédant. Parallèlement, la reprise du personnel par le cessionnaire ne peut se faire à des conditions de travail moins avantageuses¹⁴². Les conditions de travail dont il est question sont celles inhérentes à la formation du contrat de travail. À cet égard, A. Guérit résume parfaitement ce qu'il y a lieu d'entendre par cette obligation de maintien des conditions de travail : « (...) *non seulement le contrat de travail est maintenu, mais il l'est dans son contenu et ses modalités. C'est en effet le même contrat qui se poursuit avec toutes ses composantes, qu'il s'agisse du salaire et de ses modalités de paiement, de l'objet même des prestations, de leur volume horaire, de leur lieu d'exécution, de la durée et des conditions de travail* »¹⁴³. Il existe cependant des exceptions prévues aux articles 3.4 de la directive 2001/23 et 4 de la C.C.T. n° 32bis portant sur « *les prestations prévues par les régimes de retraite, de survie et d'invalidité, à titre de régimes complémentaires de prévoyance sociale* ». Enfin, conformément aux articles 4 de la directive 2001/23 et 10 de la C.C.T. n° 32bis, il y a

juillet 1991, arrêt d'Urso, aff. C-362/89, *Rec.*, 1991, points 9 et 12 ; C. trav. Gand, 8 novembre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 111 ; C. trav. Liège, 27 juin 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 469.

¹⁴⁰ V. NEUPREZ et W. VAN EECKHOUTTE, « [Résiliation dans certaines circonstances] Cession d'entreprise », in *Compendium Social. Droit du travail*, Malines, Wolters Kluwer, 2019, p. 2853 ; F. KEFER, « Le transfert conventionnel d'entreprise : cela arrive plus souvent qu'on le ne pense », *B.S.J.*, 2019, p. 7 ; C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, op.cit. (voy. note 109), p. 113 ; C. trav. Liège, 27 juin 2006, *J.T.T.*, 2006 ; C. trav. Liège 29 juillet 1997, *J.T.T.*, 1997.

¹⁴¹ C. trav. Liège, 29 juillet 1997, *Chron. D.S.*, 1997, p. 255. La Cour a par la suite confirmé sa jurisprudence, voy. C. trav. Liège, 28 juin 2000, inéd., R.G. n° 28 371/99.

¹⁴² M. DAVAGLE, op.cit. (voy. note 56), p. 97.

¹⁴³ G. GUERY, *Restructuration d'entreprises en Europe*, De Boeck Université, 1999, p. 212.

résiliation du contrat de travail du fait de l'employeur que s'il s'agit d'une modification substantielle des conditions de travail intervenue par le fait du transfert. Rappelons toutefois, qu'il n'en demeure pas moins que le cessionnaire dispose d'un *ius variandi*¹⁴⁴, et peut, de ce fait, sous certaines réserves procéder à une modification des conditions de travail dans l'intérêt de son entreprise, notamment en cas de difficultés économiques : « *L'employeur, maître des biens de production, a le droit de gérer ses affaires au mieux de ses intérêts. Également maître des activités humaines en vertu de son pouvoir contractuel d'autorité et de direction, il a le droit d'utiliser, de la manière la plus efficace, les capacités de travail que le personnel met à sa disposition et, au besoin, de réorganiser les modalités de travail de ce personnel en vue d'améliorer le rendement de son entreprise. La légitimité des modifications qu'il décide, et plus spécialement l'existence d'une volonté de mettre fin à la relation contractuelle qui en découlerait, paraît devoir s'apprécier essentiellement dans le cadre du contrat* »¹⁴⁵

CHAPITRE 3. ANALYSE D'UNE CONSEQUENCE SPECIFIQUE : L'INTERDICTION DE LICENCIEMENT, CONSECRATION DE L'OBJECTIF DES INSTRUMENTS REGLEMENTANT LA MATIERE

C'est principalement à travers ce chapitre que nous tenterons de répondre à la question de recherche qui nous intéresse, qui pour rappel est : « **Les exceptions à l'interdiction de licenciement dans le cadre d'un transfert conventionnel d'entreprise ne prennent-elles pas le pas sur la protection accordée par la C.C.T. n° 32bis, et pourquoi ?** ». Les différentes sections qui suivront permettront d'émettre des hypothèses tantôt favorables, tantôt défavorables à l'effectivité de la protection contre le licenciement.

Section 1. Une interdiction « de principe »

§1. Ratio legis de l'interdiction de licenciement

Tel qu'énoncé précédemment, la directive 2001/23 a pour objectif la protection des travailleurs en cas de changement d'employeur, laquelle se traduit notamment par le maintien de leurs droits¹⁴⁶. Tant la directive que la C.C.T. n° 32bis visent, en outre, à garantir la stabilité d'emploi. Or dans cette perspective, le transfert de plein droit du cédant au cessionnaire des droits et obligations résultant des contrats de travail tel que prévu par l'article 7 de la C.C.T. n° 32bis ne suffit pas à lui seul à rencontrer cet objectif de stabilité d'emploi si

¹⁴⁴ Pour le surplus voy. *supra*. Chapitre 1 où le *Ius variandi* fait l'objet d'un exposé plus détaillé.

¹⁴⁵ P. CRAHAY, « Modification des conditions de travail et résiliation du contrat de travail », *J.T.T.*, 1985, p. 85.

¹⁴⁶ Troisième considérant de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 précitée.

le cédant et le cessionnaire demeurent libres de procéder à des licenciements¹⁴⁷. En effet, afin de pouvoir garantir le maintien des droits des travailleurs, conséquence directe du transfert automatique des droits et obligations résultant du contrat de travail, les travailleurs doivent pouvoir rester au service du cessionnaire dans des conditions analogues à celles qui les liaient au cédant¹⁴⁸.

Nous pouvons donc considérer que l'interdiction de licenciement est le corollaire logique de l'obligation à charge du cessionnaire de reprendre l'ensemble du personnel. De manière générale, cette conséquence spécifique relative à l'interdiction de licenciement semble être la clef de voûte de la protection des travailleurs dès lors que les autres conséquences en dépendent : le maintien des conditions de travail et la reprise de l'ensemble du personnel ne sont effectivement possibles que si les travailleurs transférés bénéficient d'une protection contre le licenciement, de telle sorte que le cédant et le cessionnaire ne peuvent les licencier sous quelques réserves (voy. *infra*).

Afin de rendre la protection des travailleurs optimale, l'interdiction de licenciement a donc été consacrée aux articles 4, § 1 de la directive 2001/23 et 9, §1 de la C.C.T. n° 32bis qui stipule que « *le changement d'employeur ne constitue pas, en lui-même, un motif de licenciement pour le cédant ou pour les cessionnaires* ». Il résulte de cette disposition qu'il est interdit de licencier les travailleurs lorsque le licenciement intervient en raison du seul transfert et a pour conséquence la privation du bénéfice de la protection offerte aux travailleurs par la C.C.T. n° 32bis (voy. *infra*). Le licenciement sera d'ailleurs illicite et constitutif d'une infraction conformément à l'article 189 du Code pénal social s'il a pour seule motivation le transfert lui-même¹⁴⁹.

§2. L'interdiction de licenciement vue sous de multiples angles

L'interdiction de licenciement vaut tant pour le cédant que pour le cessionnaire. En d'autres termes, les travailleurs ne peuvent être licenciés ni par le cédant avant le transfert, ni par le cessionnaire après le transfert¹⁵⁰. Toutefois, aucune période précise de protection des travailleurs contre le licenciement n'est prévue par la directive 2001/24 et la C.C.T. n°

¹⁴⁷ M. JAMOULLE et F. KEFER, *op.cit.* (voy. note 63), p. 68 ; P. CRAHAY, « La convention collective n° 32bis et le transfert d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 98), p. 125.

¹⁴⁸ C.J.C.E., 14 novembre 1996, arrêt *Rotsart de Hertaing*, aff. C-305/94, *Rec.*, 1996, point 15 ; C.J.C.E., 5 mai 1988, arrêt *Berg*, aff. 87/144, *Rec.*, 1988, point 12 ; C.J.C.E., 10 février 1988, arrêt *Daddy's Dance Hall A/S*, aff. 324/86, *J.T.T.*, 1988, point 9 ; C.J.C.E., 17 décembre 1987, arrêt *Ny Mølle Kro*, aff. 287/86, point 12.

¹⁴⁹ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen, op.cit.* (voy. note 6), p. 114.

¹⁵⁰ T. CAVENAILE et F. LIGOT, *op.cit.* (voy. note 47), p. 249 ; C.J.C.E., 15 juin 1988, arrêt *Bork International*, aff. 101/87, *J.T.T.*, 1989 ; C.J.C.E., 7 février 1985, arrêt *Wendelboe*, aff. 19/83.

32bis¹⁵¹. Cette carence est regrettable et suscite deux questions profondément liées :

- À quel moment l'interdiction de licenciement s'applique-t-elle ?

La cour du travail de Liège s'est d'emblée montrée très protectrice en considérant que le licenciement était couvert par l'interdiction de principe dès qu'une relation de cause à effet pouvait être démontrée entre le transfert de l'entreprise et la rupture du contrat de travail et ce, peu importe le moment où le travailleur a effectivement été licencié¹⁵².

La C.J.C.E., quant à elle, a considéré dans l'arrêt *Bork International* que l'interdiction de licenciement trouve à s'appliquer lorsque le contrat ou la relation de travail prend fin « à une date antérieure à celle du transfert mais décidé en prévision de celui-ci »¹⁵³. La protection contre le licenciement est donc applicable lorsque le licenciement a lieu en vue de procéder au transfert. Nous pouvons en déduire qu'afin de savoir s'il y a interdiction de licencier, il faut s'intéresser au motif du licenciement, lequel doit être le seul fait du transfert. Cela nous amène à nous poser une seconde question :

- Comment déterminer qu'un licenciement est motivé par le seul fait du transfert ?

C'est à nouveau dans l'arrêt *Bork International* que la C.J.C.E. s'est prononcée sur cette question essentielle. Elle a estimé que pour déterminer si la motivation du licenciement réside dans le seul fait du transfert, il y a lieu de tenir compte des « circonstances objectives » dans lesquelles le licenciement est survenu¹⁵⁴. Il faudra par exemple avoir égard à la date à laquelle le licenciement est intervenu. Le fait que le licenciement ait lieu à une date relativement proche de celle du transfert constitue un indice non négligeable. Ainsi, la cour du travail de Liège a considéré que « le licenciement au 31 décembre (...) et la cession de l'entreprise au 26 janvier 1979 sont intervenus dans un temps tellement proche que ces deux faits doivent être considérés comme liés »¹⁵⁵. La reprise par le cessionnaire des travailleurs qui avaient été licenciés avant le transfert est également un critère qui peut être pris en compte¹⁵⁶.

Ce second cas de figure vise, par exemple, la situation où le cédant licencie des travailleurs en raison du transfert et dans un but bien précis, à savoir la reprise de ces travailleurs par le

¹⁵¹ V. NEUPREZ et W. VAN EECKHOUTTE, *op.cit.* (voy. note 140), p. 2857 ; P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 617 ; M. JAMOULLE et F. KEFER, *op.cit.* (voy. note 63), p. 68.

¹⁵² C. trav. Liège, 29 novembre 1999, *Chron. D.S.*, 2001, p. 34 ; C. trav. Liège, 28 mars 1984, *J.T.T.*, 1984, p. 364.

¹⁵³ P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 617 ; C.J.C.E., 15 juin 1988, arrêt *Bork International*, aff. 101/87, *J.T.T.*, 1989, point 18.

¹⁵⁴ C.J.C.E., 15 juin 1988, arrêt *Bork International*, aff. 101/87, *J.T.T.*, 1989, point 18.

¹⁵⁵ C. trav. Liège (10^e ch.), 28 mars 1984, *R.D.S.-T.S.R.*, 1985, p. 59 ; Voy. aussi C. trav. Bruxelles, 22 avril 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 404 ; Trib. trav. Liège, 29 avril 1991, *J.T.T.*, 1999, p. 355.

¹⁵⁶ C.J.C.E., 15 juin 1988, arrêt *Bork International*, aff. 101/87, *J.T.T.*, 1989, point 18.

cessionnaire après une journée de chômage. Cela permet au cessionnaire de les embaucher à des conditions qui lui sont plus avantageuses. Une telle situation viole l'article 9 de la C.C.T. n° 32bis. Tel était le cas dans l'arrêt *Bork*, où le travailleur qui avait été licencié par le cédant et réengagé par le cessionnaire par la suite, revendiquait le paiement des arriérés de rémunération et des congés payés au cessionnaire. Cette situation est de nature à nous interpellier dès lors que la décision de procéder au licenciement est devenue effective avant la date du transfert et que les dispositions de la directive et de la C.C.T. s'appliquent aux contrats de travail existants à la date du transfert. De ce fait, il apparaît évident qu'en agissant de la sorte, le cédant et le cessionnaire souhaitent se soustraire au principe du maintien des contrats de travail qui, en vertu des articles 3 de la directive et 7 de la C.C.T., est réservé aux travailleurs étant toujours liés par un contrat de travail à la date du transfert.

En vue d'éviter cette matoiserie, la Cour de justice est intervenue afin de renforcer la protection contre le licenciement dont les contours n'étaient qu'esquissés. Elle s'est prononcée en faveur de ce que F. Kefer appelle une « fiction du maintien des contrats de travail »¹⁵⁷. Selon la Cour, lorsqu'il apparaît que les travailleurs sont licenciés par le cédant pour un motif illicite, ceux-ci doivent être considérés « *comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert, avec la conséquence, notamment, que les obligations d'employeur à leur égard sont transférées de plein droit du cédant au cessionnaire* »¹⁵⁸. Dans l'arrêt *Bork*, c'est donc à bon droit que le travailleur licencié avait réclamé le paiement des arriérés de rémunération et des congés payés à son nouvel employeur, le cessionnaire, compte tenu du transfert de ladite dette de rémunération. La Cour a, par la suite, confirmé cette fiction dans l'arrêt *Temco*¹⁵⁹. C'est en ce sens que s'est également prononcée la jurisprudence belge qui a considéré que le principe du maintien des contrats de travail ne peut être mis à mal par un licenciement illicite¹⁶⁰.

Notons que cette fiction ne s'applique pas uniquement lorsque le travailleur licencié est ensuite réengagé par le cessionnaire. Tout travailleur licencié peu de temps avant le transfert pour un motif illicite verra son contrat de travail maintenu à l'égard du cessionnaire, et pourra « *se prévaloir vis-à-vis de ce dernier de l'irrégularité dudit licenciement* »¹⁶¹. À l'instar de la

¹⁵⁷ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, op.cit. (voy. note 6), p. 115.

¹⁵⁸ C.J.C.E., 15 juin 1988, arrêt *Bork International*, aff. 101/87, J.T.T., 1989, point 18.

¹⁵⁹ C.J.C.E., 24 janvier 2002, arrêt *Temco*, aff. C-51/00, point 28.

¹⁶⁰ C. trav. Anvers, 18 octobre 2000, *Chron. D.S.*, 2001, p. 460, note D. CUYPERS.

¹⁶¹ C.J.C.E., 12 mars 1998, arrêt *Dethier Equipement*, aff. C-319/94, *Rec.*, 1998, points 41-42 ; T. CAVENAILE et F. LIGOT, op.cit. (voy. note 47), p. 249.

Cour de justice, la cour du travail de Bruxelles ainsi que celle de Liège prévoient le maintien du contrat de travail même en l'absence d'une reprise par le cessionnaire des travailleurs licenciés¹⁶². En d'autres termes, le licenciement peut aussi être irrégulier du seul fait de la proximité du transfert et ce, indépendamment d'une reprise des travailleurs par le cessionnaire, s'il apparaît que l'intention du cédant de mettre fin au contrat en raison du transfert peut être déduite de ladite proximité¹⁶³.

Outre la proximité des dates relatives au licenciement et au transfert, et la reprise par le cessionnaire du personnel, un autre critère semble plus récemment avoir été dégagé par la Cour de justice, lequel se rapporte à l'intention de priver les travailleurs de leurs droits. Dans l'arrêt *Colino Sigüenza*, la Cour a considéré que le licenciement d'un professeur de musique à une date bien antérieure à celle du transfert et couvert par l'exception à l'interdiction de licenciement, n'était pas équivoque dans la mesure où « *les circonstances ayant donné lieu au licenciement de l'ensemble des travailleurs ainsi que la désignation tardive d'un nouveau prestataire de services ne relèvent pas d'une mesure délibérée visant à priver ces travailleurs des droits que la directive 2001/23 leur confère, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier* »¹⁶⁴.

Si d'un point de vue théorique la protection contre le licenciement fait l'objet d'une réglementation peu précise en se contentant d'énoncer l'interdiction de principe, nous pouvons souligner la rigueur avec laquelle la jurisprudence intervient. Effectivement, la pratique permet de couvrir diverses hypothèses dessinant les contours de l'interdiction du licenciement.

Section 2. Les limites à l'interdiction de licenciement : une protection bafouée par ses exceptions et mettant à mal son effectivité ?

§1. Généralités

L'interdiction de principe de procéder à des licenciements qui est instituée par la directive 2001/23 et la C.C.T. n° 32bis n'est pas un principe absolu. Certes, le licenciement ne peut pas intervenir en raison du seul fait du transfert mais il n'en demeure pas moins que le licenciement reste admis dans une certaine mesure. En effet, la C.C.T. n° 32bis prévoit expressément deux exceptions au principe de l'interdiction de licenciement, admettant ainsi que les travailleurs transférés peuvent être licenciés pour un motif grave ou pour des raisons

¹⁶²C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 22 avril 2008, *J.T.T.*, 2008 ; C. trav. Liège, 1^{er} décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 83.

¹⁶³L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 149.

¹⁶⁴C.J.U.E., 7 août 2018, arrêt *Colino Sigüenza*, aff. C-472/16.

économiques, techniques ou d'organisation¹⁶⁵. Notons que dans la directive 2001/23, seules les raisons économiques, techniques ou d'organisation sont prévues.

L'exception relative au motif grave n'est pas sujette à faire l'objet de quelconques critiques. Elle est évidente dans la mesure où dans notre ordre juridique, tout travailleur peut être licencié pour motif grave en vertu de la loi sur les contrats de travail¹⁶⁶, laquelle prévoit en son article 35 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* ». Cette même disposition précise également en son alinéa 2 qu'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* ».

Cette exception relative au motif grave semble tout à fait conciliable dans l'hypothèse particulière d'un transfert conventionnel d'entreprise dans la mesure où comme le souligne F. Kefer, « *la cause de ce licenciement est étrangère aux objectifs de la directive* »¹⁶⁷. En outre, la directive ne peut avoir pour objectif de protéger des travailleurs licenciés pour motif grave. En effet, ces derniers ne pourraient pas échapper à la sanction que constitue ce type de licenciement dès lors qu'en dehors d'un transfert, ils ne pourraient s'y soustraire. Aucun doute ne peut être émis quant au fait que le travailleur n'est pas licencié en raison du transfert mais bien en raison d'une faute grave, indépendante du transfert, qui lui est imputable. Par ailleurs, quand bien même un doute pourrait survenir, celui-ci pourrait être rapidement dissipé puisque le juge du fond dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain s'agissant des éléments constitutifs du motif grave. Il devra procéder au contrôle du motif grave en se penchant sur la réalité et la gravité de celui-ci¹⁶⁸. La Cour de cassation considère, de longue date, que « *le juge du fond décide souverainement en fait si la faute est assez grave et si elle rend la collaboration entre l'employeur et le travailleur immédiatement et définitivement impossible à condition de ne pas méconnaître la notion de motif grave* »¹⁶⁹. Cette exception à l'interdiction de licenciement de par sa rigueur et son contrôle opéré par le juge ne permet pas de déjouer l'effectivité de la protection accordée aux travailleurs transférés. Bien au contraire, elle permet à notre sens de rendre la protection pleinement effective. Effectivement, tout est

¹⁶⁵ Art. 9, al. 2 de la convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 précitée.

¹⁶⁶ Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.

¹⁶⁷ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen, op.cit.* (voy. note 6), p. 117.

¹⁶⁸ V. VANNES, *La rupture du contrat de travail pour motif grave*, t. I, Limal, Anthemis, 2019, p. 39.

¹⁶⁹ Cass., 6 novembre 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 482 ; Cass., 15 septembre 1986, *Pas.*, I, p. 47.

mis en œuvre pour s'assurer qu'il s'agit réellement d'un licenciement pour motif grave.

A titre illustratif, peut être licencié pour un motif grave, le travailleur qui renonce à passer au service du cessionnaire. Rappelons que dans un tel cas de figure, il convient de se référer non plus à la directive, mais bien à ce que chaque État membre a convenu. Bien que la C.C.T. n°32*bis* ne prévoie aucune disposition destinée à régler la situation dans laquelle le travailleur s'oppose à son transfert, nous pouvons considérer qu'un licenciement pour motif grave peut intervenir dans un cas spécifique. Si le travailleur renonce à son transfert et démissionne, aucun problème ne se pose. En revanche, il n'en va pas de même si le travailleur renonce à passer au service de son nouvel employeur et ne présente pas sa démission. Comme nous avons pu l'examiner dans le premier chapitre, le travailleur ne dispose pas d'un droit de prétendre que sa relation de travail avec le cédant soit maintenue.

Qu'en est-il lorsque le travailleur s'oppose à son transfert sans pour autant démissionner ? Tout comme T. Cavenaile, F. Ligot et L. Peltzer, nous pouvons considérer que dans pareille hypothèse, le travailleur manque à son obligation d'exécuter son contrat vis-à-vis du cessionnaire, qui par l'effet du transfert est devenu son nouvel employeur¹⁷⁰. Le cessionnaire peut donc sanctionner ledit manquement en licenciant le travailleur pour motif grave. Le licenciement pour motif grave peut ici être justifié par le refus du travailleur de passer au service du cessionnaire lequel peut constituer « *un acte d'insubordination caractérisé* »¹⁷¹. Pour pouvoir procéder à un tel licenciement, il faut toutefois vérifier que le travailleur se soit opposé de manière effective à son transfert, étant entendu que le fait d'effectuer ses prestations de travail à l'égard du cessionnaire de manière continue malgré le transfert ne permet pas de démontrer une telle opposition¹⁷².

Toujours en guise d'exemple, nous pouvons également invoquer un arrêt de la cour du travail de Liège où un transfert conventionnel d'entreprise avait eu lieu entre deux ASBL : l'ASBL A. et l'ASBL C. Dans le cas d'espèce, une travailleuse engagée en tant que téléphoniste avait été licenciée peu de temps avant le transfert. Le licenciement n'était nullement intervenu en raison du transfert, un document conclu entre les deux ASBL et la travailleuse prévoyant que cette dernière passerait au service de l'ASBL C. en atteste. Par ailleurs, il apparaît clairement que la travailleuse avait été licenciée en raison de son comportement, son employeur (ASBL A.) lui avait fait des remarques à plusieurs reprises afin qu'elle change son « accueil

¹⁷⁰ T. CAVENAILE et F. LIGOT, *op.cit.* (voy. note 47), p. 249 ; L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 138.

¹⁷¹ T. CAVENAILE et F. LIGOT, *ibidem*, p. 249 ; L. PELTZER, *ibidem*, p. 138.

¹⁷² C. trav. Anvers, 4 décembre 2002, *J.T.T.*, 2004, p. 305.

téléphonique » qui était désastreux. Or, une telle fonction reflète l'image de l'ASBL. Plusieurs plaintes avaient été déposées à son encontre par des clients. Ainsi, la cour a jugé qu'« *il est rapporté à suffisance que ce licenciement est étranger au transfert, (...) et encore que la seule cause, totalement étrangère au transfert conventionnel, du licenciement de S.S. est le comportement critiquable qu'elle a adopté vis-à-vis de certains clients de l'ASBL A* »¹⁷³.

La seconde exception concerne le licenciement intervenant pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation. Si l'exception relative au licenciement pour motif grave n'est pas problématique, ce deuxième type de licenciement autorisé est, *a contrario*, de nature à susciter diverses interrogations quant à l'effectivité de la protection contre le licenciement. Le prochain paragraphe s'attardera sur les raisons économiques.

La simple lecture de l'alinéa 2 de l'article 9 de la C.C.T. n° 32bis, qui est relatif aux exceptions, peut donner l'impression qu'il faille répondre par la négative à notre question de recherche. En effet, en énumérant de manière limitative les deux exceptions, l'interdiction de principe semble être parfaitement encadrée. Toutefois, nous pouvons nous demander si une réponse analogue pourra être dégagée à la suite d'un examen minutieux de l'exception ayant trait aux « raisons économiques, techniques ou d'organisation ».

§2. Portée de l'exception relative aux « raisons économiques, techniques ou d'organisation »

A. Présentation de l'exception à travers un examen législatif, doctrinal et jurisprudentiel

À l'instar de la directive 2001/23, la C.C.T. n° 32bis, autorise le licenciement des travailleurs pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation, lesquelles entraînent des modifications sur le plan de l'emploi. Cette seconde exception est susceptible de poser divers problèmes dans la mesure où tant la réglementation européenne que la réglementation belge se contentent de l'énoncer en s'abstenant de la définir. Il en va de même de la jurisprudence qui n'a encore jamais défini ce que les notions de raisons économiques, techniques ou d'organisation signifiaient¹⁷⁴.

Cette absence de définition claire et concise est problématique, de telle sorte que nous pourrions considérer qu'il existe un vide juridique, lequel est source d'insécurité juridique pour les travailleurs. Il y a donc lieu de s'interroger sur la possibilité d'une conciliation de

¹⁷³ C. trav. Liège, 5 mai 2003, inéd., R.G. n° 30 887/02.

¹⁷⁴ L. PELTZER, « Le transfert conventionnel d'entreprise : lignes de force et questions d'actualité en droit belge et européen », *op.cit.* (voy. note 110), pp. 17-58.

cette exception avec l'interdiction de principe. Nous le savons, la directive et la C.C.T. n° 32bis ont pour objectif la stabilité d'emploi et la protection des travailleurs. Cependant, l'exception relative aux raisons économiques, technique ou d'organisation ne permet-elle pas de déjouer l'interdiction de licenciement ? Rappelons tout d'abord que le licenciement des travailleurs ne peut pas intervenir en prévision du transfert et avoir pour motif « le seul fait du transfert ». Si le licenciement est motivé par des raisons économiques, techniques ou d'organisations, lesquelles sont étrangères au transfert, le licenciement ne se heurtera guère à la protection et sera par conséquent régulier¹⁷⁵. Mais qu'en est-il lorsque ces mêmes raisons sont précisément liées au transfert conventionnel d'entreprise ? Et surtout, l'exception s'applique-t-elle lorsque les raisons sont liées au transfert ?

Deux thèses se sont opposées concernant le licenciement pour raisons économiques, techniques ou d'organisation lorsque celles-ci sont directement liées au transfert :

- Thèse restrictive

Cette thèse a été défendue par l'avocat général Van Gerven dans ses conclusions générales précédant l'arrêt *d'Urso*. Selon lui, tous licenciements pour raisons économiques, techniques ou d'organisation résultant du transfert font l'objet d'une prohibition expresse par la directive de telle sorte qu'ils ne peuvent être admis. L'exception ne pourrait jouer que si les licenciements ont eu lieu en dépit du transfert. Tel pourrait être le cas si la décision de licencier est bien antérieure à toute éventualité d'opérer un transfert d'entreprise. En d'autres termes, compte tenu de ce qui précède, maître Van Gerven considère que « *l'article 4 de la directive ne peut dès lors pas être invoqué comme argument pour licencier une partie des travailleurs en raison du transfert de l'entreprise* »¹⁷⁶.

Suivant cette thèse restrictive, les raisons économiques, techniques ou d'organisation ne seront que très peu admises puisqu'elles se heurteront généralement à l'interdiction de principe prévue à l'article 4 de la directive et à l'article 9 de la C.C.T. A titre illustratif, ne constituent pas un motif licite fondé sur des raisons économiques, techniques ou d'organisation, la mesure de réorganisation qui résulte directement du transfert¹⁷⁷, ou encore les difficultés de trésorerie auxquelles l'entreprise fait face, qui sont des motifs insuffisants

¹⁷⁵ L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », in S. GILSON et P. VANHAVERBEKE (coord.), *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthemis, 2015, p. 264.

¹⁷⁶ Concl. Av. gén. VAN GERVEN du 30 mai 1991, arrêt *d'Urso*, C-362/89, *Rec.*, 1991, p. I-4137.

¹⁷⁷ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, op.cit. (voy. note 6), p. 118.

pour justifier un licenciement¹⁷⁸.

- Thèse favorable

Quelques années plus tard, une thèse favorable est défendue par l'avocat général Lenz, laquelle s'oppose à la thèse précédemment défendue par l'avocat général Van Gerven. Celle-ci part du constat « *qu'aux termes de l'arrêt Bork e.a., l'article 4, paragraphe 1, s'oppose à un licenciement motivé par le seul fait du transfert* »¹⁷⁹. Des termes « motivé par le seul fait du transfert », il ressort que des licenciements peuvent être autorisés lorsqu'ils sont motivés par d'autres raisons, lesquelles figurent expressément dans le même article 4 qui autorise « *des licenciements pouvant intervenir pour des **raisons économiques, techniques ou d'organisation** impliquant des changements sur le plan de l'emploi* ». Eu égard à ce raisonnement, il en résulte que « *si le licenciement n'est pas intervenu au seul motif du transfert, le licenciement n'est pas invalidé du fait du transfert. (...). Le fait que la société était, au moment du licenciement, en liquidation, constitue également un aspect important. Cette circonstance laisse à penser qu'il s'agit d'un licenciement pour des raisons d'organisation* »¹⁸⁰.

L'avocat général Lenz considère dans ses conclusions que « *le liquidateur a, ainsi, la possibilité de procéder à des mesures de rationalisation avant la cession. L'acquéreur potentiel sera, par conséquent, plus enclin à reprendre la société en liquidation. Si l'on donne au cédant la possibilité de licencier pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation, cela facilite également la liquidation elle-même, tout en assurant le maintien des emplois dans l'entreprise en liquidation, augmentant, de ce fait, la protection des salariés* »¹⁸¹. Nous pouvons interpréter ces conclusions de la sorte : les mesures de rationalisation auxquelles le liquidateur peut procéder peuvent se traduire par des licenciements, lesquels seront réguliers puisque les mesures de rationalisation pourront être justifiées par les raisons économiques, techniques ou d'organisation.

Contrairement à la thèse restrictive, cette thèse favorable permet au cédant de procéder à des licenciements pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation alors même qu'un transfert est envisagé puisque le licenciement y est même lié. L. Peltzer est également partisan de cette thèse. Selon lui, les raisons économiques, techniques ou d'organisation « *ne doivent*

¹⁷⁸ C. trav. Liège, 27 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 412.

¹⁷⁹ Concl. Av. gén. LENZ du 11 juillet 1996, C-319/94, *Rec.*, 1998, point 57.

¹⁸⁰ Concl. Av. gén. LENZ du 11 juillet 1996, précitées, points 60 et 62.

¹⁸¹ Concl. Av. gén. LENZ du 11 juillet 1996, précitées, point 58.

*pas nécessairement être étrangères au transfert et peuvent y être directement liées »*¹⁸².

Une question peut cependant se poser : le licenciement n'est-il pas intervenu du « *seul fait du transfert, en prévision de celui-ci, en vue de le faciliter* » ? Un tel licenciement est formellement prohibé. L. Peltzer y a répondu en distinguant deux cas de figure : si le cédant (liquidateur) procède au licenciement préalablement à toute manifestation d'un potentiel cessionnaire (acquéreur), il pourra invoquer des raisons économiques, techniques ou d'organisation, cela permettra de rendre l'entreprise plus attractive aux yeux de potentiels acquéreurs ; à l'inverse si le cédant (liquidateur) procède au licenciement alors qu'il a déjà entamé des négociations avec un potentiel acquéreur, il y aura lieu de considérer que le licenciement a été opéré en prévision du transfert et une « *volonté de se soustraire aux obligations imposées par la directive et la C.C.T. n° 32bis* » pourra y être déduite¹⁸³. Mais comment être certain qu'aucune négociation ait eu lieu au préalable ?

Si nous nous basons sur les propos tenus ci-dessus par l'avocat général Lenz, nous pourrions considérer que l'exception relative aux raisons économiques, techniques ou d'organisation ne prend pas le pas sur la protection contre le licenciement accordé aux travailleurs faisant l'objet d'un transfert conventionnel d'entreprise. Bien au contraire, un tel raisonnement est de nature à répondre à l'objectif poursuivi par la directive 2001/23 et de la C.C.T. n° 32bis qui consiste à assurer la stabilité d'emploi qui, comme nous l'avons vu dans un chapitre précédent peut parfois s'expliquer par des licenciements lorsqu'il s'agit notamment d'une entreprise en difficulté. Autoriser le licenciement conformément à l'exception « raisons économiques, techniques ou d'organisation » permettrait de « sauver » l'entreprise et ainsi éviter que l'ensemble des travailleurs ne soient licenciés. Raisonner de la sorte va évidemment dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs (voy. *supra*). Il faut toutefois garder à l'esprit que la stabilité d'emploi est un concept à géométrie variable qui devra être apprécié en fonction de l'entreprise concernée par le transfert, ce qui nous amène à nous demander ce qu'il en est lorsqu'il s'agit d'une entreprise qui n'est pas en difficulté ?

Plus récemment, la Cour de justice a énoncé dans l'arrêt *Plessers* que l'article 4 de la directive doit être interprété comme signifiant que les raisons économiques, techniques ou d'organisation justifiant le licenciement ne peuvent être intrinsèques au transfert¹⁸⁴. Il faut des éléments supplémentaires. L'exception pourra donc être invoquée lorsque la décision de

¹⁸² L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 175), p. 266.

¹⁸³ L. PELTZER, *ibidem*, p. 270.

¹⁸⁴ C.J.U.E., 16 mai 2019, arrêt *Plessers*, aff. C-509/17, point 54.

procéder au licenciement n'a pas pour unique motif le transfert mais peut également être motivée par d'autres circonstances complémentaires qui y sont liées et pouvant être qualifiées de raisons économiques, techniques ou d'organisation¹⁸⁵. C'est également dans ce sens que s'est prononcée la Cour de justice s'agissant d'une affaire dans laquelle suite à un transfert d'entreprise, les propriétaires des locaux commerciaux (utilisés par le cédant comme siège de l'un de ses magasins) ont intenté une demande d'expulsion dès lors que le bail avait été transféré au cessionnaire sans qu'ils aient consenti à ladite cession de bail. La Cour a considéré que « *dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, l'éventuelle extinction des contrats de travail ne serait pas due au seul transfert d'entreprise. Elle serait causée par des circonstances supplémentaires telles que l'absence d'accord entre le cessionnaire et les bailleurs sur un nouveau contrat de bail, l'impossibilité de trouver un autre local commercial ou l'impossibilité de transférer le personnel dans d'autres magasins. Ces circonstances sont susceptibles d'être qualifiées de raisons économiques, techniques ou d'organisation au sens dudit article 4, paragraphe 1* »¹⁸⁶.

B. Réflexion critique

La question que nous nous posons au point A consistait à savoir si l'exception relative aux raisons économiques, techniques ou d'organisation pouvait s'appliquer lorsqu'elles étaient liées au transfert. Cette question appelle une réponse affirmative, auquel cas l'exception serait, selon L. Peltzer, dépourvue de sens. Il ne s'agirait en réalité pas d'une exception mais bien d'une « *simple application du principe selon lequel la cause du licenciement ne peut pas être le transfert conventionnel d'entreprise* »¹⁸⁷. Nous ne pouvons donc pas nous relier à la thèse restrictive, auquel cas l'exception serait presque inexistante. Les raisonnements tenus ci-dessus concernant la thèse favorable ne sont néanmoins pas exempts de toutes critiques. Ils peuvent faire l'objet de plusieurs objections.

Premièrement, en ce qui concerne la position de la Cour de justice dans l'arrêt *Plessers* cité précédemment, il apparaît clairement que la cause du licenciement est certes liée au transfert mais réside avant tout dans le refus de tiers (les propriétaires des locaux) de conclure un nouveau contrat de bail. Les circonstances supplémentaires jouent dans cet arrêt un rôle non négligeable. Si nous pouvons comprendre la position de la Cour dans ce cas d'espèce, il n'en

¹⁸⁵ L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 175), p. 265 ; Concl. Av. gén. SZPUNAR du 23 janvier 2019, arrêt *Plessers*, aff. C-509/17, point 76.

¹⁸⁶ C.J.C.E., 16 octobre 2008, arrêt *Kirtruna et Vigano*, C-313/07, point 46.

¹⁸⁷ L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 175), p. 264.

va pas de même en l'absence de l'intervention d'une tierce personne, dès lors que la cause principale du licenciement serait bien souvent le transfert lui-même et que les circonstances supplémentaires pourraient être difficiles à percevoir, et seraient peu décisives (voy. *infra*).

Deuxièmement, la thèse soutenue par l'avocat général Lenz, en plus d'être favorable au licenciement pour raisons économiques, techniques ou d'organisation directement liées au transfert, est, selon nous, aussi extensive. Il est évident qu'un tel licenciement pourrait considérablement élargir le champ d'application de cette exception. En effet, comme l'a remarquablement souligné F. Kefer, les raisons économiques ne doivent pas nécessairement se traduire par des difficultés économiques¹⁸⁸. Bien que le raisonnement tenu par l'avocat général Lenz dans ses conclusions générales concernait la situation spécifique du transfert d'une entreprise en difficulté, il semblerait que le licenciement intervenu suite au transfert, sans que celui-ci n'en soit la cause, en vue d'augmenter la compétitivité d'une entreprise qui ne fait pas face à des difficultés financières, soit également admis¹⁸⁹. Dans un tel cas de figure, le licenciement va à l'encontre de l'objectif de stabilité d'emploi, car la survie de l'entreprise n'est pas concernée, seul l'intérêt du cédant est recherché tandis que l'intérêt des travailleurs est méconnu. Compte tenu du champ d'application de cette exception, lequel est extrêmement large et susceptible de couvrir bon nombre de cas, il y a fort à penser que l'exception relative aux raisons économiques, techniques ou d'organisation est de nature à vider la protection de principe contre le licenciement de toute substance¹⁹⁰.

Troisièmement, à la lumière de ce qui précède nous pouvons émettre les constats suivants :

- Les raisons économiques, techniques ou d'organisation seront bien souvent le moteur d'une décision de procéder à un transfert conventionnel d'entreprise¹⁹¹. Les licenciements permettraient ainsi de rendre l'entreprise plus prospère et seraient de ce fait justifiés.
- Tout transfert implique nécessairement des changements, notamment dans le domaine de l'emploi¹⁹². Par conséquent, l'exception pourra s'appliquer. Nous rejoignons donc plusieurs auteurs en ce qu'ils considèrent qu'« *un transfert entraîne inévitablement des modifications de structure chez le cédant ou le cessionnaire et, partant, des « doubles*

¹⁸⁸ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), p. 117.

¹⁸⁹ C. JOTTEAU, *Le sort de la relation de travail dans les entreprises en difficulté*, Paris, LexisNexis, Planète social, 2015, p. 84.

¹⁹⁰ L. PELTZER, « Les contours de l'interdiction de licenciement en cas de cession conventionnelle », *Chron. D.S.*, 1999, p. 396.

¹⁹¹ V. BERTRAND et F. CAPRASSE, « Contrat de travail, cession d'entreprise et faillite », *J.T.T.*, 1986, p. 324

¹⁹² L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 175), p. 268.

emplois » : les licenciements décidés dans ces circonstances sont toujours justifiés »¹⁹³.

- T. Douillet s'est également interrogé sur la portée du principe de l'interdiction de licenciement car selon lui, « *il y a fort à penser que le transfert d'entreprise soit en soi un motif économique... autorisant le transfert* »¹⁹⁴.

Suite à ce triple constat, nous pouvons conclure en reprenant les termes de V. Bertrand et F. Caprasse selon lesquels « *le risque est grand que l'exception ne dévore le principe au point de le réduire à l'état de simple déclaration d'intention (...) les transferts qui ne reposent pas sur des raisons économiques ou techniques et qui ne s'accompagnent pas de remaniements dans l'organisation de l'entreprise sont presque des hypothèses d'école* »¹⁹⁵. Il y a lieu de s'interroger sur l'effectivité de la protection contre le licenciement : en effet, si tout transfert est justifié par cette large exception, quel est l'intérêt de cette protection ? Si nous nous en tenons à la portée de cette exception telle qu'il en est fait usage dans la jurisprudence, nous pouvons en déduire qu'effectivement l'exception relative aux « raisons économiques, techniques ou d'organisation » prend le pas sur la protection accordée par la C.C.T. n° 32bis dès lors qu'elle permet de justifier de nombreux licenciements qui devraient pourtant être illicites selon nous. En raison de l'absence de définition des « raisons économiques, techniques ou d'organisation » et de l'application vaste qui en est faite, la protection ne saurait être effective. Une définition des raisons économiques, techniques ou d'organisation serait la bienvenue afin de clarifier la situation problématique qu'engendre cette notion.

C. État du motif relatif aux « raisons économiques » au regard du droit international

La législation belge fait référence à plusieurs reprises aux « raisons économiques » en vue de justifier des licenciements, et ce y compris en dehors de l'hypothèse particulière d'un transfert conventionnel d'entreprise. Tel est notamment le cas en ce qui concerne les (candidats) délégués du personnel¹⁹⁶, les travailleurs licenciés collectivement¹⁹⁷ ou encore les travailleurs

¹⁹³ C. WANTIEZ, « Les interdictions de licenciement en matière de transfert conventionnel, transfert après faillite et transfert dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises. Sanctions », in J.-F. LECLERCQ (dir.), L. PELTZER et E. PLASSCHAERT (coord.), *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, p. 206.

¹⁹⁴ T. DOUILLET, « Vers un licenciement collectif en droit belge ? Plaidoyer pour un intérêt doctrinal et un encadrement juridique », *T.S.R.*, 2015, p. 606 ; voy. aussi V. BERTRAND et F. CAPRASSE, *op.cit.* (voy. note 191), p. 324.

¹⁹⁵ V. BERTRAND et F. CAPRASSE, *ibidem*, p. 324.

¹⁹⁶ Art. 2 de la loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail, ainsi que pour les candidats délégués du personnel, *M.B.*, 29 mars 1991.

¹⁹⁷ Convention collective n° 10 du 8 mai 1973 relatives aux licenciements collectifs, *M.B.*, 17 août 1973.

du secteur privé (auparavant ouvriers)¹⁹⁸¹⁹⁹. Ces législations utilisent tantôt les termes « raisons d'ordre économique ou technique », tantôt les termes de « nécessités du fonctionnement de l'entreprise », sans jamais prendre le soin de les définir. Partant, il se dessine de plus en plus en droit belge mais également ailleurs ce que T. Douillet appelle un « licenciement économique ».

À cet égard, deux formes de licenciement sont d'ailleurs distinguées en droit international : le licenciement fondé sur un motif personnel au travailleur et le licenciement fondé sur les nécessités économiques de l'entreprise²⁰⁰. L'article 4 de la convention n° 158 de l'O.I.T.²⁰¹ énonce qu'« *un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ». Notons que la Charte sociale européenne révisée qui prévoit le droit à la protection contre le licenciement en son article 24 admet ces mêmes motifs²⁰². Tant la Convention de l'O.I.T. que la recommandation n° 166²⁰³ ne font qu'énoncer « les nécessités de fonctionnement de l'entreprise » sans en donner une définition précise. Nous pouvons toutefois nous référer à la première discussion de la Conférence dans laquelle le Bureau de l'Organisation internationale du travail avait proposé une ébauche de définition. Celle-ci estime que ces motifs valables de licenciement « *comprennent en général des raisons de nature économique, technique, structurelle ou analogue. Les licenciements décidés pour de tels motifs peuvent être individuels ou collectifs et peuvent impliquer une compression des effectifs ou la fermeture de l'entreprise* »²⁰⁴. Une définition négative a également été donnée, laquelle se réfère aux « *besoins économiques, technologiques, structurels ou similaires* » tout en précisant que le motif « *n'est pas inhérent à la personne du salarié* »²⁰⁵. Il ressort de ces définitions que ce motif relatif aux « raisons économiques » désigne incontestablement « *des phénomènes, des mouvements qui affectent l'entreprise. L'adjectif économique semble ainsi avoir pour référent implicite l'entreprise* »²⁰⁶. Il en résulte que le licenciement sera subordonné aux aléas économiques de

¹⁹⁸ Article 63 de la loi du 3 juillet 1978 précitée.

¹⁹⁹ T. DOUILLET, *op.cit.* (voy. note 194), pp. 598-602.

²⁰⁰ T. DOUILLET, *ibidem*, p. 597.

²⁰¹ Convention n° 158 sur le licenciement de l'O.I.T., signée à Genève le 22 juin 1982.

²⁰² L'explication de l'article 30 dans le projet de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait également référence à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée et renvoi à la directive 77/187 de l'époque sur la protection des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises.

²⁰³ Recommandation n° 166 sur le licenciement, signée à Genève le 22 juin 1982.

²⁰⁴ C.I.T., 67^{ème} session, 1981, rapport VIII (1), p. 23.

²⁰⁵ Note sur la convention n° 158 et la recommandation n° 166 sur le licenciement de 2009, p. 2.

²⁰⁶ T. SACHS, *La raison économique en droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 63.

l'entreprise²⁰⁷.

Le licenciement en droit belge ne fait pas l'objet d'une telle distinction. L'absence de ratification de la Convention n°158 de l'O.I.T. par la Belgique et la réserve qu'elle a émise quant à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée en attestent. Il n'en demeure pas moins que les définitions proposées par l'Organisation internationale du travail pourraient être transposées *mutadis muntadis* en droit belge. Le licenciement intervenant pour un motif personnel inhérent au travailleur pourrait correspondre au licenciement pour motif grave. L'exposé ci-dessus nous sera utile dans le chapitre suivant et pourra intervenir au titre d'une réflexion de *lege feranda*.

Enfin, nous pouvons relever qu'en prévoyant une telle exception ayant trait aux « raisons économiques », les réglementations européennes, internationales et nationales font apparaître un affrontement interdisciplinaire entre le droit social d'une part et l'économie d'autre part. Nous avons vu que les raisons économiques se rapportent à tout ce qui a trait à l'entreprise, c'est-à-dire son activité, son fonctionnement et son environnement, lesquels sont susceptibles de fluctuer en fonction des aléas économiques²⁰⁸. En effet, l'économie peut engendrer des difficultés pour certaines entreprises ou des pressions concurrentielles auxquelles elles doivent faire face. Leurs activités, leurs fonctionnements et leurs effectifs seront inévitablement touchés et devront faire l'objet de divers ajustements en vue de s'adapter à l'économie et aux variations de la demande qu'elle entraîne sur le marché du travail. Cet affrontement permet d'expliquer à quel point il peut être difficile de concilier cette exception qui vise à défendre les intérêts de l'entreprise avec l'interdiction de principe qui, à l'inverse, vise à défendre les intérêts des travailleurs. Permettre une possible conciliation des intérêts de l'entreprise avec ceux des travailleurs représente tout l'enjeu de ce mémoire.

Section 3. Les conséquences du non-respect de la protection accordée aux travailleurs

§1. Charge de la preuve : discrimination statutaire ?

La réglementation relative au transfert conventionnel d'entreprise est muette concernant la question de la charge de la preuve. Tant la directive européenne que la C.C.T. n° 32bis ne prévoient pas à qui incombe la charge de la preuve des motifs du licenciement lorsque sa régularité est contestée²⁰⁹. Par conséquent, il convient d'en référer au droit commun qui

²⁰⁷ T. DOUILLET, *op.cit.* (voy. note 194), p. 619.

²⁰⁸ T. SACHS, *op.cit.* (voy. note 206), p. 63.

²⁰⁹ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), p. 118. ; S. GILSON, et D. PHILIPPE, « L'outsourcing : incidences en droit social et fiscal », in M. COIPEL et P.

précise en ses articles 1315 du Code civil et 870 du code judiciaire que « *chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue* »²¹⁰. La charge de la preuve devra donc être supportée par le travailleur si ce dernier considère que sa protection contre le licenciement a été violée. Il lui appartiendra d'apporter, préalablement, la preuve de l'existence d'un lien causal entre le licenciement et le transfert conventionnel d'entreprise²¹¹ étant donné que le licenciement ne peut intervenir du seul fait du transfert. À cet égard, nous pouvons rappeler que la concomitance des dates entre ces deux événements constitue un indice considérable²¹² (voy. *supra.*) mais ne peut suffire à elle seule pour établir le lien de causalité²¹³. Si le travailleur parvient à démontrer le lien de causalité, il pourra bénéficier de la protection contre le licenciement et il appartiendra ensuite à l'employeur de prouver que le licenciement est fondé sur un motif licite, à savoir un motif grave (par essence étranger au transfert) ou des raisons économiques, techniques ou d'organisation, lesquelles peuvent être liées au transfert²¹⁴. C'est d'ailleurs le raisonnement qui fut soutenu par la cour du travail de Liège dans un arrêt de 2003²¹⁵.

Nous pouvons considérer qu'en référer au droit commun de la preuve met à mal l'effectivité de la protection contre le licenciement. En effet, alors que la directive et la C.C.T. n° 32*bis* visent à protéger le travailleur, il lui appartient pourtant d'apporter la preuve de son licenciement en démontrant que la cause du licenciement est le transfert lui-même. Or, comme nous l'avons vu dans la section précédente, le fait de procéder au transfert sera bien souvent commandé par des raisons économiques, techniques ou d'organisation. Dès lors, comment le travailleur pourrait-il obtenir gain de cause en rapportant une preuve qui s'avérera difficile à établir et qui plus est sera couverte par l'exception ? En outre, cela impliquerait

WERY (éd.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e éd., titre IX, liv. 94*bis*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 29.

²¹⁰ T. DOUILLET, *op.cit.* (voy. note 194), p. 610 ; C. WANTIEZ, « Les interdictions de licenciement en matière de transfert conventionnel, transfert après faillite et transfert dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises. Sanctions », *op.cit.* (voy. note 193), p. 200 ; L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 150, point 390 ; M. JAMOULLE, et F. KEFER, *op.cit.* (voy. note 63), p. 69.

²¹¹ L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 175), p. 260 ; C. WANTIEZ, « Les interdictions de licenciement en matière de transfert conventionnel, transfert après faillite et transfert dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises. Sanctions », *op.cit.* (voy. note 193), p. 200 ; L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 150, point 390.

²¹² L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 175), p. 261 ; C. WANTIEZ, « Les interdictions de licenciement en matière de transfert conventionnel, transfert après faillite et transfert dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises. Sanctions », *op.cit.* (voy. note 193), p. 200.

²¹³ C. trav. Liège, 5 mai 2003, inédit, R.G. n° 30.887/02, p. 8. Voy. aussi C. trav. Liège, 15 février 1999, *Chr. D.S.*, 1999, p. 394.

²¹⁴ M. DAVAGLE, *op.cit.* (voy. note 56), p. 99 ; L. PELTZER, « Transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 11), p. 150, point 390.

²¹⁵ C. trav. Liège, 5 mai 2003, inédit, R.G. n° 30 887/02.

dans de nombreux cas que le travailleur se penche déjà lui-même sur les exceptions.

Toutefois, F. Kefer interprète l'arrêt de la cour du travail de Liège du 27 juin 2006 comme s'étant défait de la référence au droit commun, estimant que la charge de la preuve des motifs devait reposer sur l'employeur et non sur le travailleur. C'est évidemment au cédant et au cessionnaire « *d'établir la réalité de ces raisons économiques, techniques ou d'organisation puisqu'ils entendraient bénéficier ainsi d'une exception qu'ils invoquent* »²¹⁶²¹⁷. Un tel raisonnement serait plus enclin à respecter l'objectif de protection des travailleurs. Compte tenu de l'interdiction de principe, tous les licenciements intervenant dans le cadre d'un transfert conventionnel d'entreprise qui ne peuvent être couverts par les exceptions seront par nature irréguliers. La preuve des raisons économiques, techniques ou d'organisation doit donc être rapportée afin de démontrer que le licenciement est régulier. Ces raisons seront invoquées par le cédant et le cessionnaire en guise de justification, et c'est précisément par eux que lesdites raisons doivent être prouvées.

Par ailleurs, nous pouvons relever que la charge de la preuve se trouverait allégée si le cédant et le cessionnaire étaient tenus de motiver d'emblée le licenciement. Or, il n'en est rien, la directive et la C.C.T. n° 32*bis* ne prévoient pas une obligation de motivation du licenciement et le droit belge est également lacunaire sur ce point. Nous avons souligné dans la section précédente le refus de la Belgique de ratifier la Convention n° 158 de l'O.I.T. et la réserve émise quant à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée. La principale raison résidait dans l'absence d'obligation de motivation formelle du licenciement en droit belge²¹⁸. Nous pouvons tout de même faire l'état d'une évolution, certes considérable, mais toujours insuffisante selon nous.

De manière générale, nous pourrions considérer que la protection n'est pas effective au regard de la motivation du licenciement en droit belge. Durant de nombreuses années, aucune obligation de motiver le congé n'existait en droit belge sous réserve de quelques exceptions dont l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relatif au licenciement abusif d'un ouvrier qui prévoyait de manière indirecte une motivation du licenciement²¹⁹. Selon cet article, « *est considéré comme licenciement abusif (...), le licenciement d'un ouvrier engagé pour une durée*

²¹⁶ C. trav. Liège, 27 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 412.

²¹⁷ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), p. 119.

²¹⁸ T. DOUILLET, *op.cit.* (voy. note 194), p. 626 ; F. KEFER, « La motivation du licenciement en droit belge », *R.F.D.L.*, 2011, p. 436.

²¹⁹ L. DEAR et A. LHOSTE, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 », in *Actualité en droit social*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 43.

*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 »*²²⁰. L'application de l'ancien article 63 dans le cadre spécifique d'un transfert conventionnel d'entreprise est toutefois controversée. Néanmoins, plusieurs auteurs semblent trancher en faveur de son application en ce qu'ils affirment que les ouvriers *« peuvent invoquer le bénéfice de l'article 63 »*²²¹. Ainsi, selon L. Peltzer, les articles 63 de la loi sur le contrat de travail et 9 de la C.C.T. n° 32bis ne peuvent faire l'objet d'une lecture conjointe en raison de la diversité de leur objet et de leur champ d'application. Il considère que le fait que le licenciement soit irrégulier au sens de la C.C.T. n° 32bis parce qu'il ne peut être couvert par les raisons économiques, techniques ou d'organisation ne signifie nullement que l'employeur ne pourrait pas justifier le licenciement sur base des nécessités du fonctionnement de l'entreprise au sens de l'article 63²²².

Du côté de la jurisprudence, plusieurs juridictions se sont prononcées en faveur de l'application dudit article. Tel fut le cas de la cour du travail de Liège qui a jugé que *« s'avèrent incontestablement abusifs au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 les licenciements décidés, sans égard pour la situation qui devait en résulter pour les travailleurs concernés, dans la seule perspective de favoriser un transfert d'entreprise dont il devait s'avérer qu'il devait permettre au cessionnaire d'échapper aux règles de la C.N.T. n° 32bis destinées à protéger les travailleurs de l'entreprise cédante »*²²³. Soulignons toutefois que s'agissant des nécessités du fonctionnement de l'entreprise au sens de l'article 63 précité, la cour du travail de Mons a considéré qu' *« il s'agisse de l'organisation de l'entreprise, du comportement ou de l'attitude du salarié, l'employeur jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation ; qu'il évalue seul les orientations à donner à l'entreprise, leur répercussion sur l'emploi, les besoins et les moyens de fonctionnement »*²²⁴. Les nécessités du fonctionnement de l'entreprise ont également une portée large et font l'objet d'un pouvoir d'appréciation souverain de l'employeur. De ce fait, l'employeur pourra facilement se soustraire au caractère abusif du licenciement. La Cour de cassation dans un arrêt de 2013 a également admis l'application de l'article 63 dans le cadre d'un transfert conventionnel

²²⁰ Art. 63 de la loi du 3 juillet 1978 précitée.

²²¹ Voy. C. WANTIEZ, « Les interdictions de licenciement en matière de transfert conventionnel, transfert après faillite et transfert dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises. Sanctions », *op.cit.* (voy. note 193), p. 208.

²²² L. PELTZER, « De l'effectivité de l'interdiction de licencier en cas de transfert conventionnel d'entreprise », *Chron. D.S.*, 2001, p. 36.

²²³ L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 175), p. 277 ; C. trav. Liège (sect. Namur, 12^e ch.), 28 avril 2003, inéd., R.G. n° 7.094/2002.

²²⁴ C. trav. Mons, 23 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995.

d'entreprise et en a tiré l'enseignement suivant « *le congé, qui a été donné en violation de l'interdiction de licencier prévue aux articles 4.1 de la Directive 2001/23/CE et 9 de la convention collective de travail n° 32bis, n'est pas justifié par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service au sens de l'article 63, alinéa 1, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail* ». ²²⁵

L'application de cette disposition ne peut être que favorable pour l'ouvrier concerné par le transfert compte tenu des conséquences qu'il engendre sur le plan de la charge de la preuve. En effet, l'article 63 permet une obligation de motivation du licenciement *a posteriori* ²²⁶ et un renversement de la charge de la preuve. C'est au cédant ou au cessionnaire qu'il appartient de démontrer d'une part les faits constitutifs du licenciement, et d'autre part, que les faits en question peuvent être justifiés par un motif licite conformément à l'article 63 ²²⁷. Admettre une telle application permet de renforcer l'effectivité de la protection contre le licenciement dès lors que l'obligation de motivation du licenciement « *est de nature à contribuer à la stabilité d'emploi recherchée, car un contrôle des motifs implique, nécessairement, des restrictions à la liberté de licencier* » ²²⁸.

Les employés ne pouvaient toutefois pas invoquer l'article 63 et devaient apporter la preuve d'un abus de droit ²²⁹. Une différence de traitement était opérée entre les ouvriers et les employés de telle sorte que la protection des ouvriers était plus favorable et plus effective. Les partenaires sociaux sont donc intervenus et ont conclu la convention collective n° 109 ²³⁰. Cette C.C.T. a profondément bouleversé le droit du travail belge en instaurant, à compter du 1^{er} avril 2014, une obligation de motivation *a posteriori* pour tous les travailleurs, indistinctement (employés et ouvriers), du secteur privé lorsque ces derniers relèvent d'un employeur soumis au champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 ²³¹.

²²⁵ Cass., 29 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 991 ; F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, *op.cit.* (voy. note 6), p. 120.

²²⁶ L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014 », *J.T.T.*, 2014, p. 378.

²²⁷ L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, *ibidem*, p. 378.

²²⁸ S. GILSON, « Valeurs et intérêts en présence lors du licenciement en droit social belge », in A. AUTENNE, V. CASSIERS et A. STROWEL (coord.), *Droit, Économie et Valeurs*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 297 ; J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, Liège, Coll. scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, p. 139.

²²⁹ M. DAVAGLE, *op.cit.* (voy. note 56), p. 100.

²³⁰ Convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement, *M.B.*, 20 mars 2014.

²³¹ L. PELTZER, et E. PLASSCHAERT, *op.cit.* (voy. note 226), p. 383 ; Avis du Conseil national du travail n° 1891 du 12 février 2014 concernant l'harmonisation du statut ouvrier/employé – Motivation du licenciement. L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 reste toutefois applicable pour les employeurs qui ne sont pas soumis au champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires.

Il existe désormais en droit belge un « *droit pour le travailleur de connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement* »²³². La C.C.T. prévoit en outre une obligation à charge des employeurs : l'interdiction de procéder à un licenciement manifestement déraisonnable. Cette notion est définie à l'article 8 comme étant 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* ». Cette définition s'inspire fortement de celle du licenciement abusif d'un ouvrier et partant, le raisonnement relatif à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 tenu par la Cour de cassation dans l'arrêt du 29 avril 2013 pourrait être transposé, selon F. Kefer, de telle sorte que nous pourrions considérer que « *le congé qui a été donné en violation de l'interdiction de licencier prévue à l'article 9 de la convention collective de travail n° 32bis n'est pas justifié par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service au sens de la convention collective n° 109. Il restera à établir qu'un employeur normal et raisonnable n'aurait pas notifié de congé dans ces circonstances.* »²³³.

Nous pouvons effectivement considérer que la C.C.T. n° 109 s'applique en cas de transfert conventionnel d'entreprise, sur base d'un double constat : premièrement, les travailleurs transférés ne sont pas exclus du champ d'application de la C.C.T. n° 109²³⁴ et deuxièmement la réglementation relative au transfert conventionnel d'entreprise ne prévoit rien quant à la motivation et la charge de la preuve du licenciement²³⁵. Le fait d'invoquer cette C.C.T. dans le cadre de ce mémoire est donc pertinent, dès lors que si le caractère manifestement déraisonnable est contesté, la charge de la preuve reposera généralement sur l'employeur qui devra prouver les faits qu'il allègue, à moins que le travailleur n'ait pas adressé de demande à l'employeur afin de connaître les motifs concrets de son licenciement²³⁶.

L'entrée en vigueur en 2014 de la C.C.T. n° 109 constitue tout de même une avancée importante sans toutefois être, à nouveau, suffisante étant donné qu'elle « *n'introduit pas*

²³² Art. 1 de la convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement précitée.

²³³ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen, op.cit.* (voy. note 6), p. 122.

²³⁴ Art. 2 de la convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement précitée.

²³⁵ T. DOUILLET, *op.cit.* (voy. note 194), p. 611.

²³⁶ Art. 10 de la convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement précitée ; T. DOUILLET, *ibidem*, p. 611 ; L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, *op.cit.* (voy. note 226), p. 387.

d'obligation de motivation formelle spontanée et généralisée »²³⁷. De ce constat révoltant, il en résulte que nous pouvons nous interroger sur ce qu'un licenciement pour raisons économiques, techniques ou d'organisation peut bien vouloir dire dans un régime où la motivation formelle du licenciement est inexistante ? Nous pouvons déplorer l'inexistence d'une telle obligation en Belgique.

§2. Sanctions et contrôle marginal du juge

La directive 2001/23 ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de violation de l'interdiction de licenciement. Toutefois, il ressort des travaux préparatoires de la directive que la sanction à appliquer à l'employeur doit être déterminée par les États membres²³⁸. En ce sens, l'avocat général Slynn a déclaré que « *les États membres doivent prévoir des mesures de réparation effectives et non purement symboliques* »²³⁹. Ainsi, dans un tout autre contexte que celui du transfert conventionnel d'entreprise, la Cour de justice des communautés européennes a énoncé que « *lorsqu'une directive communautaire ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de violation de ses dispositions ou renvoie, sur ce point, aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, l'article 5 du traité impose aux États membres de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. À cet effet, tout en conservant un pouvoir discrétionnaire quant au choix des sanctions, ils doivent veiller à ce que les violations de la réglementation communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif* »²⁴⁰.

En dépit de cette obligation faite aux États membres, la C.C.T. n° 32bis ne prévoit aucune sanction particulière²⁴¹ de telle sorte que nous pourrions considérer que la Belgique manque à ses obligations communautaires. Selon L. Peltzer, cette carence indique une transposition « *incomplète ou non correcte de la directive européenne* »²⁴². À quoi bon ériger un principe interdisant le licenciement s'il n'est pas encadré par une sanction bien spécifique en cas de

²³⁷ L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, *ibidem*, p. 383.

²³⁸ P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 619 ; L. PELTZER « De l'effectivité de l'interdiction de licencier en cas de transfert conventionnel d'entreprise », (voy. note 222), p. 35 ; V. BERTRAND et F. CAPRASSE *op.cit.* (voy. note 191), p. 322.

²³⁹ Concl. Av. gén. GORDON SLYNN du 8 novembre 1984, arrêt *Abels*, aff. C-135/83, *Rec.*, p. 460.

²⁴⁰ C.J.C.E., 8 juin 1994, arrêt *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-383/92, point 40.

²⁴¹ P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 619.

²⁴² L. PELTZER, « De l'effectivité de l'interdiction de licencier en cas de transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 222), p. 35.

non-respect ? Nous pourrions en conclure que la protection accordée aux travailleurs transférés en vertu de la C.C.T. n° 32*bis* n'est pas effective puisque en cas de non-respect à l'interdiction de licenciement aucune sanction spécifique n'est prévue. En effet, l'absence de sanction est par essence source d'ineffectivité juridique²⁴³. Des sanctions peuvent néanmoins être appliquées sur base d'autres dispositions légales.

Sanction pénale

Toute violation de la C.C.T. n° 32*bis* pourra être sanctionnée conformément à l'article 56, 1°, de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires dès lors qu'il s'agit d'une C.C.T. ayant été rendue obligatoire par arrêté royal²⁴⁴. La transgression de la C.C.T. n° 32*bis* sera donc sanctionnée par le Code pénal social. En cas de licenciement irrégulier des travailleurs transférés, l'employeur s'exposera à une sanction de niveau 1²⁴⁵, soit une amende administrative pouvant aller de 10 à 100 euros²⁴⁶. Selon nous, une telle sanction n'est cependant pas dissuasive compte tenu du montant symbolique de l'amende (nous soulignons) et ne saurait renforcer l'effectivité de la protection contre le licenciement.

Sanctions civiles

Par ailleurs, il est à noter, qu'en tout état de cause, la sanction ne pourra être qu'indemnitaire compte tenu du fait qu'en droit belge, la réintégration forcée du travailleur licencié n'est pas possible pour deux raisons. Premièrement, le licenciement est définitif et irrévocable²⁴⁷ et deuxièmement le droit de rompre un contrat de travail à durée indéterminée est d'ordre public²⁴⁸. En l'absence de sanction spécifique, il convient donc d'en référer au droit commun de la responsabilité²⁴⁹.

Le licenciement irrégulier peut ainsi s'analyser comme une faute de l'employeur, laquelle peut être sanctionnée soit sur base de la théorie de l'abus de droit (voy. *infra*), soit sur base de la responsabilité contractuelle²⁵⁰. Partant, le travailleur qui estime que son licenciement est

²⁴³ Voy. aussi M. JAMOULLE et V. BERTRAND, « L'incidence du droit communautaire sur le droit belge du travail », *Cah. dr. eur.*, 1989, p. 153 qui se sont également prononcées en ce sens : « *cette lacune est gage d'insécurité et d'ineffectivité juridique* ».

²⁴⁴ L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 175), p. 298 ; P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 621.

²⁴⁵ Art. 189 C. pén. soc.

²⁴⁶ Art. 101 C. pén. soc.

²⁴⁷ L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 175), p. 271.

²⁴⁸ V. BERTRAND et F. CAPRASSE, *op.cit.* (voy. note 191), p. 321 ; Cass., 30 septembre 1991, *Pas.*, 1992, p. 89.

²⁴⁹ C. trav. Liège, 27 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 412 ; C. trav. Liège, 29 novembre 1999, *Chron. D.S.*, 2001.

²⁵⁰ V. VANNES et L. DEAR, « Le licenciement et le transfert d'entreprise », in *La rupture abusive du contrat de travail*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 624.

irrégulier devra prouver le préjudice particulier qu'il a supporté suite à la violation des dispositions de la C.C.T. n° 32bis²⁵¹. Il devra toutefois s'agir d'un préjudice distinct de celui qui est déjà couvert par l'indemnité compensatoire de préavis versée au travailleur suite à la perte de son emploi²⁵². À défaut, le travailleur n'obtiendra aucun dommages et intérêts²⁵³. Le préjudice distinct ne peut donc pas être la perte d'emploi, le fait que l'employeur ne se soit pas acquitté de son « *obligation de protection de l'emploi à l'occasion du transfert* » étant déjà indemnisé par l'indemnisation compensatoire de préavis²⁵⁴. La Cour de cassation a précisé que l'indemnité compensatoire de préavis « *répare forfaitairement tout le dommage, tant matériel que moral, résultant de la cessation illicite du contrat de travail, alors que l'indemnité du chef d'abus de droit répare un dommage exceptionnel qui n'est pas causé par le licenciement proprement dit* »²⁵⁵. Des dommages et intérêts ont déjà été octroyés par les juridictions. Tel a notamment été le cas du tribunal du travail de Bruxelles qui a fixé à 500 euros les dommages et intérêts suite à la violation de la C.C.T. n° 32bis²⁵⁶.

Rappelons également que lorsque le travailleur a été licencié par le cédant avant le transfert, il pourra bénéficier de la fiction du maintien de son contrat de travail (voy. *supra*). Il ne pourra certes pas exiger du cessionnaire qu'il l'embauche compte tenu de l'impossibilité de la réintégration forcée en droit belge mais il pourra « *lui réclamer l'indemnisation de la rupture du contrat, in solidum avec le cédant le cas échéant* »²⁵⁷.

- Période antérieure au 1^{er} avril 2014

Nous avons vu dans le paragraphe précédent que certains auteurs et une certaine jurisprudence admettaient l'application de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 dans le cadre d'un transfert conventionnel d'entreprise. Il en découle que l'ouvrier pouvait se voir allouer une indemnité forfaitaire qui équivalait à six mois de rémunération. À titre illustratif, nous pouvons mentionner l'arrêt de la cour de travail de Bruxelles de 2014 dans lequel cette dernière a reconnu le licenciement abusif au sens de l'article 63 et a alloué l'indemnité forfaitaire prévue par ledit article²⁵⁸. Cet arrêt permet de mettre en relief qu'un cumul de l'indemnité pour licenciement abusif avec les dommages et intérêts octroyés pour le préjudice

²⁵¹ L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 175), p. 287.

²⁵² C. trav. Liège, 27 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 412.

²⁵³ Trib. trav. Bruges, 29 juin 2012, R.G. n° 10/1439/A.

²⁵⁴ C. trav. Liège, 29 novembre 1999, *Chron. D.S.*, 2001.

²⁵⁵ Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 410.

²⁵⁶ Trib. trav. Bruxelles, 21 octobre 2004, *J.T.T.*, 2005.

²⁵⁷ M. DAVAGLE, *op.cit.* (voy. note 56), p. 100 ; P. JEHASSE, *op.cit.* (voy. note 13), p. 621.

²⁵⁸ C. trav. Bruxelles, 19 novembre 2014, R.G. n° 2010/AB/80.

distinct de celui couvert par l'indemnité compensatoire de préavis est parfaitement possible.

En revanche, l'employé ne pouvant se prévaloir du licenciement abusif précité, devait démontrer un abus de droit sur base de l'article 1382 du Code civil²⁵⁹. À cet égard, nous pouvons relever que des indemnités ont déjà été accordées par les juridictions. Tel a été le cas en 1991 par la cour du travail de Liège qui a accordé une indemnité de 200 000 francs, considérant que constituait un abus de droit, le fait d'avoir licencié un travailleur un mois après le transfert, ce laps de temps étant trop court pour apprécier l'opportunité d'un licenciement pour des raisons d'organisation de l'entreprise²⁶⁰. Le tribunal de travail de Gand a également alloué une indemnité de 2 500 euros pour abus de droit suite au licenciement intervenu à la suite du refus du travailleur de passer au statut d'ouvrier²⁶¹. Dans un arrêt de 2014, la cour du travail de Bruxelles a alloué une indemnité correspondant à six mois de rémunération, considérant que le travailleur avait subi un dommage distinct de celui réparé par l'indemnité compensatoire de préavis, à savoir un préjudice matériel et moral correspondant respectivement à la perte de revenus et à la tromperie dont il avait été victime²⁶².

- Période postérieure au 1^{er} avril 2014

Suite à l'entrée en vigueur de la C.C.T. n° 109, l'ouvrier ne peut plus se prévaloir de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 (voy. *supra*). Tout travailleur (employés et ouvriers) peut, pour la période postérieure au 1^{er} avril 2014, se prévaloir de C.C.T. n° 109. Qui plus est, s'il apparaît que le licenciement est manifestement déraisonnable, l'employeur sera tenu de verser au travailleur une indemnisation pouvant aller de 3 à 17 semaines de rémunération²⁶³. Comme nous l'avons vu précédemment, la C.C.T. n° 109 peut être avantageuse sur le plan de la charge de la preuve dans la mesure où le travailleur ne devra pas prouver l'existence d'un préjudice²⁶⁴.

Contrôle opéré par le juge

Concernant la C.C.T. n° 109, force est de constater que celle-ci a une portée plus restrictive

²⁵⁹ V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, op.cit. (voy. note 41), p. 648. L'employé était donc tenu de démontrer les trois éléments constitutifs de la responsabilité : une faute, un préjudice distinct de celui déjà couvert par l'indemnité compensatoire de préavis suite à son licenciement et un lien de causalité.

²⁶⁰ C. trav. Liège, 25 avril 1991, *R.R.D.*, 1992.

²⁶¹ Trib. trav. Gand, 28 janvier 2010, *T.G.R.*, 2010.

²⁶² C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 19 juin 2014, *Chr. D. S.*, 2015, p. 374.

²⁶³ Art. 9 de la convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement, précitée.

²⁶⁴ F. KEFER, *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, op.cit. (voy. note 6), p. 122.

de par l'ajout du terme « manifestement » et de par la référence à la décision que n'aurait jamais prise un employeur normal et raisonnable. Le commentaire de son article 8 en atteste. Tout d'abord, le terme « manifestement » indique la liberté de gestion de l'employeur dont l'opportunité ne peut pas être contrôlée par le juge. Ensuite, le fait que le licenciement n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable fait également écho à la liberté de gestion de l'employeur en ce qu'il « *est, dans une large mesure, libre de décider de ce qui est raisonnable : il faut respecter les différentes alternatives de gestion qu'un employeur normal et raisonnable pourrait envisager* »²⁶⁵. Il en résulte que le juge ne peut opérer qu'un contrôle marginal, lequel ne peut porter que sur le caractère manifestement déraisonnable. Ainsi, selon L. Peltzer, il est préférable pour le travailleur de se fonder sur la théorie de l'abus de droit²⁶⁶. Il estime que l'employeur pourra aisément se soustraire au licenciement manifestement déraisonnable, car si le licenciement ne peut être justifié par l'exception relative aux raisons économiques, techniques ou d'organisation, il peut néanmoins l'être sur base de son jugement, lequel est commandé par l'intérêt de l'entreprise²⁶⁷. Or, « *un licenciement opéré dans l'intérêt de l'entreprise ne sera pas « manifestement déraisonnable » puisqu'il reposera sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise* »²⁶⁸, ces dernières ayant une portée extrêmement large.

Il est également opportun de souligner que le licenciement abusif de l'ouvrier au sens de l'article 63 de la loi sur le contrat de travail faisait également l'objet d'un contrôle marginal de la part du juge²⁶⁹. Les cours et les tribunaux ont affirmé à plusieurs reprises que l'employeur dispose d'un pouvoir souverain de gestion de son entreprise et qu'il ne peut y avoir une ingérence des juridictions. Le contrôle opéré par les juridictions ne peut être un contrôle d'opportunité et doit se limiter à l'existence des faits économiques justifiant le licenciement²⁷⁰. Malgré ce contrôle marginal et la portée large des nécessités de fonctionnement de l'entreprise, il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation a admis qu'un licenciement irrégulier au sens de la C.C.T. n° 32*bis* n'était pas justifié par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet

²⁶⁵ Commentaire de l'art. 8 de la convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 précitée ; voy. aussi L. PELTZER, et E. PLASSCHAERT, *op.cit.* (voy. note 226), p. 387.

²⁶⁶ L. PELTZER, « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 180), p. 298.

²⁶⁷ L. PELTZER, *ibidem*, pp. 297-298.

²⁶⁸ L. PELTZER, et E. PLASSCHAERT, *op.cit.* (voy. note 226), p. 387.

²⁶⁹ L. PELTZER, et E. PLASSCHAERT, *ibidem*, p.385.

²⁷⁰ ; L. PELTZER « De l'effectivité de l'interdiction de licencier en cas de transfert conventionnel d'entreprise », (voy. note 220), p. 36 ; C. trav. Bruxelles, 23 février 1999, *Chr. D. S.*, 2000, p. 36 ; C. trav. Mons, 23 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 141 ; C. trav. Liège, 25 avril 1991, *R.R.D.*, 1992 ; C. trav. Bruxelles, 27 juin 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 411.

1978²⁷¹. En outre, il a déjà été fait application de la sanction prévue par ledit article 63 dans le cadre d'un transfert conventionnel d'entreprise²⁷². Bien que nous n'ayons pas connaissance à ce jour d'une décision analogue portant sur la C.C.T. n° 109, rappelons que K. Kefer a néanmoins considéré que l'enseignement tiré de l'arrêt du 29 avril 2013 relatif à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 peut être transposé dans le cadre de la C.C.T. n° 109. Nous pouvons donc espérer que le même sort sera réservé à la C.C.T. n° 109 car l'indemnisation du travailleur s'en trouvera facilitée. De plus, suivre ce raisonnement permettrait de renforcer l'effectivité de la protection contre le licenciement.

Enfin, lorsque le travailleur agit selon les règles de droit commun, le contrôle opéré par le juge sera également un contrôle marginal²⁷³. Le contrôle ne peut pas porter sur l'opportunité de procéder au licenciement, le juge est simplement tenu de contrôler la réalité de l'existence des raisons économiques, techniques ou d'organisation²⁷⁴. Le motif du licenciement est ainsi apprécié par l'employeur. Qui plus est, le contrôle de ces raisons économiques, techniques ou d'organisation sera uniquement effectué en cas d'action judiciaire, et ce *a posteriori*.

Nous pouvons cependant considérer que la protection est, dans un certain sens, effective dès lors qu'*in fine*, il appartiendra au juge d'apprécier les motifs du licenciement. Pour ce faire, le juge doit avoir égard « *aux circonstances de fait qui entourent le licenciement* »²⁷⁵. De surcroît, il ressort des travaux préparatoires de la directive européenne que le juge doit vérifier que le licenciement a été décidé par l'employeur parce qu'il lui était impossible de procéder au reclassement professionnel du travailleur eu égard à ses qualifications²⁷⁶. Cette preuve peut notamment être rapportée par « *des procès-verbaux attestant que l'employeur a consulté les représentants des travailleurs au conseil d'entreprise ou la délégation syndicale et qu'il découle de cette consultation la constatation que le cédant est tenu de procéder à des licenciements ou que le cessionnaire est dans l'impossibilité de reprendre à son service les travailleurs licenciés* »²⁷⁷. Le juge est l'organe qui va permettre de faire la balance des intérêts en présence. Nous pourrions considérer que puisque le juge intervient pour évaluer le motif au cas par cas, c'est forcément juste. Néanmoins, nous pourrions également nous demander si

²⁷¹ Cass., 29 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 991.

²⁷² C. trav. Bruxelles, 19 novembre 2014, R.G. n° 2010/AB/80.

²⁷³ Voy. T. DOUILLET, *op.cit.* (voy. note 194), p. 614, le contrôle marginal est un point commun aux licenciements pouvant être justifiés par des raisons économiques.

²⁷⁴ M. GREGOIRE, « Le sort des travailleurs en cas de transfert conventionnel d'entreprise », in M. GREGOIRE et D. PASTEGGER (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, p. 250 ; M. DAVAGLE, *op.cit.* (voy. note 56), p. 101.

²⁷⁵ M. DAVAGLE, *ibidem*, p. 102.

²⁷⁶ Document de séance, COM (75) 429, p. 8.

²⁷⁷ V. VANNES, *op.cit.* (voy. note 41), p. 505.

cela est suffisant. Ne serait-il pas préférable d'établir une solution uniforme pour tous, prévue par la loi qui permettrait une certaine sécurité juridique ?

Nous pouvons clore cette section en émettant le constat qu'agir sur base de la C.C.T. n° 109 demeure une source d'insécurité juridique en raison du contrôle marginal opéré par le juge. Il n'est pas certain que le travailleur obtienne gain de cause en se basant sur la C.C.T. n° 109 et donc que le licenciement irrégulier au sens de la C.C.T. n° 32*bis* soit indemnisé. Agir sur base du droit commun de la responsabilité contractuelle n'offre pas plus de sécurité car même si les juridictions ont déjà octroyé des indemnités, nous considérons que le préjudice distinct peut s'avérer difficile à prouver. Le travailleur irrégulièrement licencié devra alors se contenter de l'indemnité compensatoire de préavis, ce qui, à notre sens, ne constitue pas une véritable sanction dans la mesure où une telle indemnité sera, de toute façon, due par tout employeur ayant mis fin avec effet immédiat à un contrat de travail à durée indéterminée. Admettre les sanctions prévues par le droit commun et la C.C.T. n° 109 est certes une avancée non négligeable, mais nous estimons tout de même que de telles sanctions n'ont pas de caractère effectif, proportionné et dissuasif. À la lumière de ce qui précède, nous regrettons l'absence d'une sanction spécifique dans la C.C.T. n° 32*bis*. Cette carence rend incontestablement la protection contre le licenciement moins effective, car seule une sanction spécifique serait de nature à être effective, proportionnée et dissuasive²⁷⁸.

CHAPITRE 4. PISTES DE REPONSES DE *LEGE FERANDA* A TRAVERS UNE ANALYSE JURISPRUDENTIELLE ET DOCTRINALE

Section 1. Approche comparée avec le droit français²⁷⁹

Nous l'avions vu dans un chapitre précédent, l'absence de définition des raisons économiques, techniques ou d'organisation pose un certain nombre de difficultés en droit belge. En outre, il n'existe pas de « licenciement économique » à proprement parler. *A contrario*, le droit français dispose d'un licenciement pour motif économique et a pris le soin de définir cette notion quelque peu complexe. Ainsi, conformément à l'article L. 1233-3 du Code du travail français « *constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le*

²⁷⁸ C. WANTIEZ, « Deux questions en rapport avec les transferts conventionnels d'entreprise », in S. GILSON (coord.), *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à Pierre Blondiau*, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 517 ; L. PELTZER « De l'effectivité de l'interdiction de licencier en cas de transfert conventionnel d'entreprise », *op.cit.*, (voy. note 222), p. 36.

²⁷⁹ Cfr. Tableau comparatif concernant le licenciement pour motif économique en annexe 1.

salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment : 1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés. (...) 2° A des mutations technologiques ; 3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ; 4° A la cessation d'activité de l'entreprise ».

Le licenciement pour motif économique semble être encadré²⁸⁰ dès lors, qu'outre le fait de faire l'objet d'une définition claire et précise, il est également soumis à des conditions d'application que nous pouvons résumer de la sorte : une cause économique ayant une conséquence sur l'emploi est requise, il doit avoir pour fondement une cause réelle et sérieuse²⁸¹ (soit, matériellement vérifiable) et enfin, il faut qu'il y ait eu une procédure d'adaptation et de reclassement²⁸².

En ce qui concerne le contexte spécifique du transfert d'entreprise, nous pouvons souligner qu'auparavant, le droit français n'admettait pas le licenciement pour raisons économiques, techniques ou d'organisation lorsque le travailleur était licencié par le cédant, de telle sorte que le licenciement était « sans effet »²⁸³. Le travailleur pouvait alors solliciter la poursuite de son contrat de travail avec le cessionnaire ou la réparation du dommage suite à la perte d'emploi²⁸⁴. Si le cessionnaire refusait la poursuite du contrat de travail, le travailleur pouvait demander au juge à être réintégré chez ce dernier²⁸⁵, une telle hypothèse n'existe évidemment pas en Belgique (voy. *supra*). Le licenciement pour motif économique ne pouvait donc être invoqué que par le cessionnaire²⁸⁶. Il n'en va toutefois plus de même depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 dite « Loi travail » qui autorise désormais le licenciement pour motif économique des travailleurs par le cédant, préalablement au

²⁸⁰ Voy. A. LYON-CAEN et R. DALMASSO, *Essai sur la notion de licenciement économique : étude comparée des droits français et italien*, Paris, L.G.D.J., 2009 ; P. LAGOUTTE, J. MIR et M. MORAN, *Licenciement économique : définition – prévention - procédure*, Rueil-Malmaison, Liaisons, 2002. Voy. le tableau figurant en annexe 1 qui met également en lumière une procédure spécifique garantissant la protection des travailleurs.

²⁸¹ Art. L1232-1 du Code du travail français.

²⁸² Art. L1233-4 du Code du travail français.

²⁸³ N. MOIZARD, « Licenciement des salariés concernés par le transfert », in *Transferts d'entreprise*, Bruxelles, Editions Larcier, 2015, p. 104.

²⁸⁴ N. MOIZARD, *ibidem*, pp. 105 et 107 ; Cass. soc., 20 mars 2002, n° 00-41.651, *Maldonado*, *Bull. civ.*, V, n° 94. Voy. aussi pour le régime actuel qui prévoit également cette option pour le travailleur licencié : J.-F. TRICOIT, *Droit du travail*, Paris, Ellipses, 2020, pp. 205-206.

²⁸⁵ Cass. soc., 15 février 2006, n° 04-43.923, *RJS*, 5/06, n° 533.

²⁸⁶ N. MOIZARD, *op.cit.* (voy. note 283), pp. 106-107.

transfert²⁸⁷. Cette dérogation à l'article L. 1224-1 du Code du travail français relatif au transfert automatique du contrat de travail est néanmoins soumise à trois conditions : il doit s'agir d'une entreprise de plus de 50 travailleurs (1) le plan de sauvegarde de l'emploi doit comporter, « *en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, le transfert d'une ou de plusieurs entités économiques nécessaires à la sauvegarde d'une partie des emplois* » (2) et l'entreprise doit entendre accepter une offre de reprise (3)²⁸⁸.

Il résulte de ce qui précède et du tableau comparatif relatif au licenciement pour motif économique en droit belge et en droit français (voy. annexe 1) que le licenciement pour motif économique français fait l'objet d'un régime juridique spécifique. Le droit français est, en ce sens, amplement plus complet et précis que le droit belge. Cette définition du droit français pourrait inspirer le droit belge dans l'élaboration d'une définition claire et concise. En effet, le droit français stipule qu'il doit s'agir d'un motif non inhérent à la personne du salarié²⁸⁹. Ceci semble correspondre à ce qui est d'application en Belgique dès lors que lorsque le motif est inhérent à la personne du salarié, ça sera une autre exception prévue par la C.C.T. n° 32bis qui sera applicable, à savoir le licenciement pour motif grave.

À l'heure actuelle, le droit français se rapproche du droit belge en ce qu'il autorise le licenciement pour motif économique par le cédant. Nous pouvons regretter l'ancien système qui garantissait pleinement le respect de l'article L. 1224-1 du Code du travail français. En dépit de ce regret, nous devons tout de même souligner que le système français actuel permet une effectivité plus accrue de la protection contre le licenciement en cas de transfert d'entreprise, par rapport au droit belge, de par les balises qui entourent la possibilité d'un licenciement pour motif économique par le cédant. Il est évident qu'en soumettant ledit licenciement à diverses conditions, le droit français permet actuellement de prendre en compte, dans une certaine mesure, les intérêts respectifs des travailleurs et de l'entreprise en ce qu'il permet de « *faciliter et sécuriser les opérations de reprise de site par des repreneurs et ainsi à permettre in fine une certaine préservation de l'emploi* »²⁹⁰. Dans ce sens, nous pouvons déduire que par « stabilité d'emploi », le droit français entend « *conserver un certain*

²⁸⁷ Art. 94 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ; S. LOPES DOS SANTOS, « Droit du travail 2020-2021 », Vanves, Hachette, 2020, p. 56.

²⁸⁸ Le licenciement économique admis est donc un licenciement économique collectif dès lors que « *le projet de licenciement doit concerner au moins dix salariés dans une même période de trente jours* ». C. VALENTYNA, « Transfert d'entreprise : quels impacts sur les contrats de travail depuis la Loi Travail et l'Ordonnance Macron ? », 2017, disponible sur <https://www.village-justice.com/articles/> (29 avril 2020).

²⁸⁹ On retrouve également cette référence au motif non inhérent à la personne du salarié dans la note sur la convention n° 158 et la recommandation n° 166 sur le licenciement de 2009, p. 2.

²⁹⁰ N. BOUFFIER, « L'article 94 de la loi Travail ou le licenciement économique avant transfert », 2017, disponible sur <https://rh-droit-social.efe.fr/> (29 avril 2020).

nombre d'emplois – et non la totalité – afin de maintenir un acteur économique en bonne santé qui pourra dans un avenir plus ou moins proche réembaucher du personnel »²⁹¹.

Section 2. Propositions personnelles en vue de renforcer l'effectivité de la protection des travailleurs transférés

Suite aux divers constats que nous avons pu émettre précédemment, nous proposons, ci-après, une intervention à cinq niveaux afin de remédier aux divers problèmes qui ont pu être soulevés.

A. Notion de raisons économiques, techniques ou d'organisation

L'absence de définition des raisons économiques, techniques ou d'organisation étant source d'insécurité juridique, il serait nécessaire de préciser ces termes et d'élaborer une définition. Pour ce faire, s'inspirer de la définition française du licenciement pour motif économique (voy. *supra*) constituerait une ébauche judicieuse. Nous proposons donc une analyse de la jurisprudence belge relative aux éléments acceptés ou non en tant que raisons économiques, techniques ou d'organisation (voy. tableau annexe 2) afin d'analyser la mesure dans laquelle la définition contenue dans le Code du travail français est compatible avec le droit belge. À partir de la définition française et du tableau figurant en annexe, nous proposons donc la définition suivante :

« Le licenciement intervenant pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation est un licenciement opéré par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou d'une transformation d'emploi, consécutives, notamment : 1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une diminution de la demande, une baisse constante du chiffre d'affaires ou tout élément de nature à justifier de ces difficultés ; 2° A des mutations technologiques, telles que des facilités apportées par l'informatique ; 3° A une réorganisation de l'entreprise opérée dans son intérêt, tel qu'un transfert de poste n'altérant pas les possibilités d'activités du travailleur qui s'y oppose néanmoins ».

Une modification de la C.C.T. n° 32*bis* serait la bienvenue afin de définir l'exception relative aux raisons économiques, techniques ou d'organisation, ou afin d'insérer un commentaire dans l'article 9 reprenant une liste des motifs économiques, techniques ou d'organisation généralement admis par les cours et les tribunaux. Une telle modification serait également

²⁹¹ B. ECHELARD, « « Loi travail » : autorisation des licenciements avant le transfert d'entité(s) économique(s) », 2016, disponible sur <https://www.lepetitjuriste.fr/> (29 avril 2020). En effet, nous avons émis le constat que dans certains cas, la stabilité d'emploi pouvait s'expliquer par quelques licenciements (voy. *supra*).

bénéfique du point de vue du contrôle du motif opéré par le juge saisi d'une action judiciaire *a posteriori*. Le contrôle se trouverait en effet faciliter car le juge ne devrait plus systématiquement procéder à une évaluation au cas par cas mais disposerait, en quelque sorte, d'une solution uniforme prévue par la loi. Cette liste reprenant les motifs pourrait être une liste de référence et le juge pourrait s'en écarter en fonction des spécificités de la situation. Voici donc la solution que nous préconisons : une solution uniforme avec une possibilité d'adaptation au cas d'espèce. Il est incontestable qu'une intervention à ce niveau serait une source de sécurité juridique et ne ferait qu'accroître l'effectivité de la protection accordée aux travailleurs transférés.

B. Appréciation des raisons économiques, techniques ou d'organisation

Les raisons économiques, techniques ou d'organisation invoquées par l'employeur devraient, selon nous, pouvoir être rapportées par des documents ayant trait, notamment, à la comptabilité de l'entreprise afin d'apprécier quelles sont ses réelles nécessités. Or, dans l'état actuel de notre droit, le législateur social ne précise pas sur base de quelles données les raisons économiques, techniques ou d'organisation doivent être appréciées. Nous rejoignons donc T. Douillet qui propose d'utiliser la documentation relative aux données économiques de l'entreprise afin de mieux appréhender les motifs économiques²⁹². Selon lui, l'évaluation par le juge du motif du « licenciement économique », consistant à vérifier que celui-ci est bien réel et légitime, pourrait être facilitée par une « *obligation pour l'employeur de justifier par une documentation pertinente les raisons économiques qu'il allègue* »²⁹³. Tel est le cas dans le cadre la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises qui prévoit que le juge commercial doit se voir remettre par le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, « *les deux derniers comptes annuels* »²⁹⁴, « *une situation comptable qui reflète l'actif et le passif et le compte de résultats* »²⁹⁵,... De telles données ne sont-elles pas tout aussi nécessaires en vue d'évaluer les raisons économiques, techniques ou d'organisation qui sont à la base d'un licenciement dont la régularité est contestée devant les juridictions du travail ? Souscrire à une telle proposition permettrait, selon nous, une mise en balance des intérêts en présence et permettrait d'atteindre, en parfaite connaissance de cause, l'équilibre recherché entre les intérêts respectifs de l'entreprise et des travailleurs. Nul doute qu'en instaurant d'emblée une telle obligation, invoquer l'exception relative aux raisons

²⁹² T. DOUILLET, *op.cit.* (voy. note 194), p. 645.

²⁹³ T. DOUILLET, *ibidem*, p. 645.

²⁹⁴ Art. 17, §2, 4° de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.

²⁹⁵ Art. 17, §2, 5° de la loi du 31 janvier 2009 précitée.

économiques, techniques ou d'organisation comme prétexte en vue de se soustraire à l'interdiction de principe de licencier ne serait plus admis et serait dissuasif pour l'employeur.

Par ailleurs, la compétence d'information et de consultation des représentants des travailleurs peut également présenter un intérêt dans l'appréciation des raisons économiques, techniques ou d'organisation. Nous avons souligné dans un chapitre précédent que la preuve de l'impossibilité de procéder au reclassement professionnel du travailleur pouvait être rapportée par des procès-verbaux relatifs à la consultation des représentants des travailleurs au conseil d'entreprise ou à la délégation syndicale. Par conséquent, nous estimons que les raisons économiques, techniques ou d'organisation pourraient également être appréciées par le juge sur base des diverses informations fournies aux représentants des travailleurs dans le cadre de leurs compétences d'information et de consultation. Ces informations devraient pouvoir être versées au débat judiciaire, d'autant plus qu'elles traduisent la santé économique de l'entreprise²⁹⁶. Cela a notamment été le cas dans l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 7 décembre 2017 précité dès lors que le cédant et le cessionnaire ont dû transmettre, entre autres, des informations relatives à la situation économique de l'entreprise, au budget d'investissement, ...

C. Compétence des organes paritaires

Une autre proposition pourrait consister à prévoir une compétence plus accrue des organes paritaires. S'inspirer de la réglementation relative à la protection des délégués et candidats délégués du personnel peut, à cet égard, être une piste intéressante. À l'instar des travailleurs transférés, les délégués et les candidats délégués du personnel bénéficient d'une protection contre le licenciement, lequel ne pourra intervenir que pour un motif grave ou pour des raisons d'ordre économique ou technique²⁹⁷. La différence intervient au niveau de l'appréciation des raisons d'ordre économique ou technique, laquelle doit être préalable²⁹⁸. En effet, « *l'employeur qui envisage de licencier un délégué du personnel ou un candidat délégué du personnel pour des raisons d'ordre économique ou technique doit saisir préalablement la commission paritaire compétente par lettre recommandée à la poste* » ou à défaut, le Conseil national du travail²⁹⁹. L'organe paritaire saisi sera « *tenu de se prononcer au sujet de*

²⁹⁶ T. DOUILLET, *op.cit.* (voy. note 194), p. 651.

²⁹⁷ Art. 2, §1, al. 1 de la loi du 19 mars 1991 précitée.

²⁹⁸ Art. 2, §1, al. 1 de la loi du 19 mars 1991 précitée. En cas de licenciement pour raisons économiques, techniques ou d'organisation d'un travailleur transféré, l'employeur n'était tenu de motiver ledit licenciement qu'en cas d'action judiciaire et donc *a posteriori* (voy. *supra*).

²⁹⁹ Art. 3, §1, al. 1 de la loi du 19 mars 1991 précitée.

l'existence ou de l'absence de raisons d'ordre économique ou technique »³⁰⁰. La motivation doit donc ici se faire « en temps réel »³⁰¹.

Une fois l'organe paritaire saisi, trois cas de figure sont envisageables³⁰². Premièrement, l'organe paritaire peut reconnaître l'existence des raisons d'ordre économique ou technique, auquel cas, l'employeur pourra licencier le travailleur qui disposera toutefois d'un recours devant les juridictions du travail³⁰³. Deuxièmement, l'organe paritaire peut conclure à l'absence des raisons d'ordre économique ou technique. Dans ce cas, un recours sera ouvert à l'employeur qui ne pourra pas procéder au licenciement avant la fin de la procédure³⁰⁴. Enfin, si l'organe paritaire ne s'est pas prononcé dans le délai de deux mois, l'employeur ne pourra procéder au licenciement que dans deux hypothèses. Il pourra licencier en cas de fermeture de l'entreprise ou d'une division de l'entreprise (1) et ce, avant même que les juridictions du travail, éventuellement saisies *a posteriori* par le travailleur, n'aient admis les raisons d'ordre économique ou technique. L'employeur pourra également procéder au licenciement, si celui-ci concerne une catégorie déterminée des travailleurs (2), mais uniquement après que les juridictions de travail ont reconnu l'existence des raisons d'ordre économique ou technique³⁰⁵.

Dans le cadre de la protection contre le licenciement des travailleurs transférés, nous avons émis une hypothèse favorable dans la mesure où les représentants des travailleurs jouaient un rôle important dans la protection contre le licenciement de par l'obligation incombant à l'employeur de les informer et de les consulter. Après réflexion, nous pouvons tout de même déplorer le fait que la compétence consultative ne permet pas de prendre position sur la décision de licencier et donc sur la réalité des raisons économiques, techniques ou d'organisation invoquées par l'employeur. L'objectif de la directive 2001/23 et de la C.C.T. n° 32*bis* étant la protection des travailleurs, il serait opportun d'établir un « double niveau »³⁰⁶

³⁰⁰ Art. 3, §1, al. 2 de la loi du 19 mars 1991 précitée.

³⁰¹ P. P. VAN GEUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », in *Motivation et motifs du congé*, Actes de l'après-midi d'étude organisé par le Département de droit économique et social de la Faculté de droit de l'U.C.L. le 27 mai 2005, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 24.

³⁰² H.-F. LENAERTS, *Le licenciement des représentants du personnel*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 124.

³⁰³ C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, « Le licenciement et le transfert pour raisons d'ordre économique ou technique : notion, preuve et procédure », *J.T.T.*, 2001, p. 358 ; F. LAGASSE et M. LECLERCQ, *Les diverses protections contre le licenciement prévues par la législation sociale*, Bruxelles, Kluwer, 2000, pp. 58-59 et 65.

³⁰⁴ C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *ibidem*, p. 358 ; F. LAGASSE et M. LECLERCQ, *ibidem*, pp. 59 et 65.

³⁰⁵ Art. 3, §1, al. 3 et 4 de la loi du 19 mars 1991 précitée ; C. BROUCKE et B. PATERNOSTRE, « Les protections contre le licenciement : essai de synthèse », *Orientations*, 2005, p. 4 ; C. WANTIEZ et D. VOTQUENNE, *op.cit.* (voy. note 303), p. 359 ; F. LAGASSE et M. LECLERCQ, *op.cit.* (voy. note 303), p. 59.

³⁰⁶ Par « double niveau », nous entendons une première appréciation *a priori* par un organe paritaire et une seconde appréciation *a posteriori* par les juridictions du travail en cas de contestation. Or dans le cadre d'un transfert conventionnel d'entreprise, l'appréciation ne se fait que par les juridictions du travail et ce, *a posteriori*, en cas de contestation par le travailleur qui s'estime irrégulièrement licencié.

d'appréciation des raisons économiques, techniques ou d'organisation, comme c'est le cas pour les délégués et candidats délégués du personnel. Instaurer « *un mécanisme d'autorisation de licencier donnée par exemple par la commission paritaire, sous réserve d'une motivation régulière avancée par l'employeur* »³⁰⁷ permettrait de rencontrer pleinement cet objectif de protection.

D. Sanction spécifique

Plusieurs auteurs tels que L. Peltzer ou encore C. Wantiez considèrent que la protection contre le licenciement est moins effective en raison de l'absence d'une sanction spécifique. Nous sommes également arrivés à cette conclusion pour diverses raisons exposées dans une section expressément consacrée à la sanction (voy. *supra*). Il est donc essentiel de prévoir une sanction spécifique dès lors que « *la protection contre le licenciement irrégulier accordée dans un le cas d'un transfert conventionnel d'entreprise restera illusoire tant que les législations nationales n'auront pas prévu – en la matière – de sanctions forfaitaires « dissuasives »* »³⁰⁸. Instaurer une sanction spécifique, réellement dissuasive et non purement symbolique, empêcherait les employeurs d'invoquer les raisons économiques, techniques ou d'organisation de manière systématique.

Bien que la réintégration forcée ne soit pas admise en droit belge, le travailleur devrait, à tout le moins, pouvoir demander à être réintégré dans l'entreprise transférée dans les mêmes conditions précédant son licenciement. L'employeur ne pourrait évidemment pas être contraint de faire droit à la demande de réintégration. En cas de refus, il devra toutefois payer au travailleur transféré une indemnité forfaitaire qui équivaldrait, par exemple, à six mois de rémunération brute, à l'instar de la violation de certaines protections représentatives (mandataire politique) ou organisationnelles (travail de nuit, travail à temps partiel), etc³⁰⁹. Prévoir cette « option » entre deux types de sanctions, comme c'est le cas pour les délégués et candidats délégués du personnel³¹⁰, serait en notre sens dissuasif. Il y a de fortes chances que l'employeur confronté à une indemnité qui ne serait plus illusoire, opte pour la réintégration du travailleur. Raisonner de la sorte permet de respecter l'objectif poursuivi par les instruments réglementant la matière, lequel consiste à assurer la stabilité d'emploi.

³⁰⁷ P. P. VAN GEUCHTEN, « Aspects formels du licenciement équitable – Formele aspecten van behoorlijk ontslag », in *Passende arbeid & behoorlijk ontslag. Travail convenable & licenciement équitable*, Brugge, die Keure, 2007, p. 198.

³⁰⁸ C. WANTIEZ, « Deux questions en rapport avec les transferts conventionnels d'entreprise », *op.cit.* (voy. note 278), p. 517.

³⁰⁹ Voy. C. BROUCKE et B. PATERNOSTRE, *op.cit.* (voy. note 305).

³¹⁰ Voy. articles 14 à 17 de la loi du 19 mars 1991 précitée.

E. Stabilité emploi

Enfin, nous pourrions envisager d'assortir le transfert conventionnel d'entreprise d'une clause de stabilité d'emploi. Cela permettrait de démontrer une réelle intention d'accroître l'effectivité de la protection des travailleurs transférés. Nous avons suggéré au point C de prévoir une compétence plus accrue des organes paritaires. Cette proposition pourrait être réalisée par le biais d'une clause de stabilité d'emploi prévoyant le respect d'une procédure déterminée et préalable au licenciement, laquelle serait insérée dans une convention collective de travail³¹¹. Prévoir une telle clause permettrait de calquer, fût-ce partiellement, ladite procédure sur celle qui est applicable en vertu de la réglementation relative à la protection des délégués et candidats délégués du personnel.

Nous pourrions également envisager d'intégrer dans une convention collective de travail une clause de stabilité d'emploi assurant le maintien de l'emploi durant une période déterminée. À titre illustratif, cette clause pourrait être rédigée en ces termes : « L'employeur s'engage à ne pas licencier, pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation, les travailleurs transférés pendant une période d'un an au moins ». Une telle clause permettrait, en notre sens, de véritablement assurer l'équilibre recherché entre la protection des travailleurs et la liberté de gestion de l'employeur. En effet, le travailleur se trouverait davantage protégé alors que l'employeur conserverait son droit de résiliation unilatéral. En outre, l'employeur pourrait plus facilement invoquer l'exception relative aux raisons économiques, techniques ou d'organisation, passer ce laps de temps, pour procéder au licenciement. Les raisons économiques, techniques ou d'organisation seront effectivement plus à même d'être rapportées, notamment en raison de l'absence de proximité des dates entre le transfert et le licenciement.

³¹¹ A. FRANKART, *op.cit.* (voy. note 64), p. 203. Insérer une clause de stabilité d'emploi inséré dans une convention collective de travail est tout à fait possible, et ce même s'il y a transfert conventionnel d'entreprise, voy. par exemple C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 juin 2011, *Chr. D.S.*, 2012.

CONCLUSION

Au terme de ce mémoire, force est de constater que le transfert conventionnel d'entreprise est une matière complexe. D'abord traitée au niveau européen et ensuite au niveau national, il apparut opportun d'analyser la convention collective de travail n° 32*bis* en vue d'apprécier si cette dernière est en phase avec la directive 2001/23. La réglementation européenne prône une stabilité d'emploi et, corrélativement, une protection des travailleurs. Ce mémoire a, dans un premier temps, permis d'émettre divers constats suite à une analyse - *de lege lata* - de la protection contre le licenciement contenue dans la réglementation belge.

Premièrement, plusieurs carences législatives ont pu être soulevées. Tout d'abord, la C.C.T. n° 32*bis* énonce deux exceptions à l'interdiction de licenciement de manière très laconique. L'absence de définition des raisons économiques, techniques ou d'organisation est de nature à poser diverses difficultés et est susceptible d'être un frein à la protection de principe. En effet, ce mémoire a pu mettre en relief le fait que ces raisons peuvent être le moteur d'une décision de transfert conventionnel d'entreprise. Invoquer une telle exception, afin d'être autorisé à licencier, permet effectivement de rendre l'entreprise plus attrayante et d'ainsi augmenter les chances d'aboutir à une cession. De manière générale, il peut être avancé que cette exception est à ce point large, que tout transfert pourrait être justifié.

La C.C.T. n° 32*bis* est également silencieuse quant à la sanction à appliquer en cas de non-respect de l'interdiction de licenciement. Une telle violation ne reste certes pas impunie, et peut être sanctionnée par le biais de sanctions civiles/pénales. Il n'en demeure pas moins qu'ériger une sanction spécifique serait source d'effectivité. L'absence d'obligation de motivation de licenciement en Belgique est également à déplorer. Il y a évidemment lieu de s'interroger sur le bien-fondé d'une telle protection en l'absence d'une obligation de motivation formelle. L'employeur n'hésitera point à exciper les raisons économiques, techniques ou d'organisation puisque aucune balise dissuasive n'est mise en place.

Deuxièmement, nous avons pu exposer que se référer au droit commun de la charge de la preuve, mettait en exergue une certaine injustice envers les travailleurs. Néanmoins, nous pouvons tirer du positif de l'interprétation de l'arrêt de la cour du travail de Liège du 27 juin 2006 faite par F. Kefer qui est source d'espoir.

Troisièmement, le contrôle *a posteriori* opéré par le juge laisse place à quelques doutes. Est-ce préférable d'avoir une « solution sur mesure » adaptée au cas par cas ou une solution uniforme ? La solution que nous avons préconisée est une sorte de mixité entre les deux.

Enfin, ce mémoire a pu mettre en évidence le rôle bénéfique des représentants des travailleurs de par leurs compétences d'information et de consultation. Après coup, il est apparu regrettable que la compétence consultative soit aussi limitée, dès lors qu'elle ne permet pas de prendre position sur la décision de licencier.

Ces constats peuvent d'instinct nous amener à répondre par la négative à la question qui est au cœur de ce mémoire. Au regard des éléments exposés précédemment, il y a fort à penser que l'exception ayant trait aux raisons économiques, techniques ou d'organisation prend effectivement le pas sur la protection contre le licenciement accordé aux travailleurs transférés en vertu de la C.C.T. n° 32bis. La protection ne saurait être pleinement effective.

Dans un second temps, ce mémoire a toutefois permis d'émettre une réflexion - *de lege feranda* – en vue de proposer des pistes de réponses destinées à renforcer l'effectivité de la protection des travailleurs transférés.

Pour conclure, il y a lieu d'émettre une réflexion plus globale quant à la problématique qui nous occupe. Le transfert conventionnel d'entreprise est, à notre sens, un phénomène qui requiert une analyse adaptée à chaque cas. Il faut garder à l'esprit que cette matière interagit avec de nombreuses autres finalités, notamment le droit économique. Atteindre un équilibre entre les intérêts des travailleurs et de l'employeur n'est de ce fait pas toujours aisé. La stabilité d'emploi, nous l'avons vu, peut parfois s'expliquer par des licenciements. En effet, dans certains cas, l'employeur ne peut avoir d'autres choix que de licencier quelques travailleurs en vue de préserver un maximum d'emplois. Il n'empêche que la réglementation actuelle est trop lacunaire et nécessite quelques précisions. Les pistes de réponses personnelles que nous avons émises permettraient d'atteindre, dans la mesure du possible, l'équilibre recherché entre les intérêts respectifs des travailleurs et de l'employeur. L'enseignement qui peut être tiré de ce mémoire est le suivant : l'exception relative aux raisons économiques, techniques ou d'organisation ne doit pas être un stratagème permettant à l'employeur de se soustraire à l'interdiction de licenciement. Dans ce sens, les propositions émises au titre de notre réflexion – *de lege feranda* – permettraient, en tout état de cause, de souscrire à une réelle effectivité.

Le droit est une matière en évolution constante qui a pour finalité de protéger un maximum de parties prenantes. C'est pourquoi nous gardons espoir. N'est-il pas coutume de dire « *lentement mais sûrement* » ?

ANNEXE I – TABLEAU COMPARATIF RELATIF AU LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE EN DROIT BELGE ET EN DROIT FRANÇAIS

<u>Licenciement pour motif économique</u>		
	Droit Belge	Droit Français
Définition	/	Art. L. 1233-3 du Code du travail : « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié, résultant d'une suppression ou transformation d'emplois ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment : 1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés. Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à : a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ; b) Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ; c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ; d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ; 2° A des mutations technologiques ;

		3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ; 4° A la cessation d'activité de l'entreprise.
Caractéristiques	- Licenciement pour motif personnel (= correspond au licenciement pour motif grave) - Licenciement pour motif économique ➔ Tout ce qui a trait à l'entreprise, à son activité, à son environnement et à son fonctionnement. Absence de définition claire et précise. CONDITIONS / MAIS en vertu des travaux préparatoires de la directive européenne obligation de reclassement professionnel du travailleur eu égard à ses qualifications Cette preuve peut être rapportée notamment par « <i>des procès-verbaux attestant que l'employeur a consulté les représentants des travailleurs au conseil d'entreprise ou la délégation syndicale et qu'il découle de cette consultation la constatation que le cédant est tenu de procéder à des licenciements ou que le cessionnaire est dans l'impossibilité de reprendre à son service les travailleurs licenciés</i> ». (V.	- Licenciement pour motif personnel - Licenciement pour motif économique (individuel/collectif) ➔ Définition claire et précise du motif économique dans le Code du travail français. CONDITIONS ▪ Cause économique ayant une conséquence sur l'emploi (suppression ; transformation d'emploi ; modification du contrat de travail). ▪ Cause réelle et sérieuse (matériellement vérifiable) ▪ Procédure d'adaptation et de reclassement (+ plan de sauvegarde de l'emploi pour les entreprises de plus de 50 travailleurs qui entendent procéder à un licenciement économique collectif). ➔ Garantis une protection et vise à éviter le licenciement qui doit être un dernier recours (A. LYON-CAEN et R. DALMASSO, <i>Essai sur la notion de licenciement économique : étude comparée des droits français et italien</i>, Paris, L.G.D.J., 2009, pp. 297 et 307)

VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 505)

MOTIVATION

La C.C.T. 32bis ne prévoit rien quant à la motivation du licenciement. MAIS C.C.T. n° 109 prévoit une obligation de motivation *a posteriori*.

PROCÉDURE

Article 15bis et commentaire dudit article de la C.C.T. 32bis

Aucune procédure spécifique, simplement une obligation d'information et de consultation des représentants des travailleurs et une obligation d'information des travailleurs en l'absence de représentants.

MOTIVATION

Motivation proactive du licenciement : notification du licenciement par lettre recommandée énonçant les motifs du licenciement (**Art. L. 1233-2 et L. 1233-42 C. trav. fr.**)

PROCÉDURE

Procédure spécifique et distincte en fonction du nombre de salariés licenciés.

**Licenciement de moins de dix salariés dans une même période de trente jours*

1. Consultation des représentants du personnel (licenciement individuel)

Article L. 1233-8 C. trav. fr. (voy. aussi articles L. 1233-9 et 10) :

« L'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique de moins de dix salariés dans une même période de trente jours réunit et consulte le comité social et économique dans les entreprises d'au moins onze salariés, dans les conditions prévues par la présente sous-section.

Le comité social et économique rend son avis dans un délai qui ne peut être supérieur, à compter de la date de la première réunion au cours de laquelle il est consulté, à un mois. En l'absence d'avis rendu dans ce délai, le comité social et économique est réputé avoir été consulté ».

2. Entretien préalable

Article L. 1233-11 C. trav. fr. :

« L'employeur qui envisage de procéder à un licenciement pour motif économique, qu'il s'agisse d'un licenciement individuel ou inclus dans

	<i>un licenciement collectif de moins de dix salariés dans une même période de trente jours, convoque, avant toute décision, le ou les intéressés à un entretien préalable.</i> <i>La convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de la convocation.</i> <i>L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation ».</i> Article L. 1233-11 C. trav. fr. : <i>« Au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié.</i> <i>Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ».</i> Article L. 1233-12 C. trav. fr. : <i>« Lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié peut se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, soit par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.</i> <i>La lettre de convocation à l'entretien préalable adressée au salarié mentionne la possibilité de recourir à un conseiller et précise l'adresse des services où la liste des conseillers est tenue à la disposition des salariés ».</i> ➔ La convocation à l'entretien permet au travailleur d'être informé que son licenciement est envisagé. Le délai précédant l'entretien permet au travailleur de préparer sa défense (A. LYON-CAEN et R. DALMASSO, Essai sur la notion de licenciement économique : étude comparée des droits français et italien, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 117).
--	---

	L'employeur doit également proposer au salarié, dont il envisage le licenciement pour motif économique, « le bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle ou d'un congé de reclassement, ces contrats étant supposés permettre au salarié qui les accepterait de bénéficier, après la rupture de son contrat de travail, d'actions de soutien, destinées à favoriser son reclassement ». (G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, « Droit du travail 2020 », 33^e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 632). Tout semble être mis en œuvre pour assurer une protection effective contre le licenciement. <u>3) Notification du licenciement</u> Article L. 1233-15 C. trav. fr. : <i>« Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié pour motif économique, qu'il s'agisse d'un licenciement individuel ou inclus dans un licenciement collectif de moins de dix salariés dans une même période de trente jours, il lui notifie le licenciement par lettre recommandée avec avis de réception.</i> <i>Cette lettre ne peut être expédiée moins de sept jours ouvrables à compter de la date prévue de l'entretien préalable de licenciement auquel le salarié a été convoqué ».</i> Article L. 1233-16 C. trav. fr. : <i>« La lettre de licenciement comporte l'énoncé des motifs économiques invoqués par l'employeur.</i> <i>Elle mentionne également la priorité de réembauche prévue par l'article L. 1233-45 et ses conditions de mise en œuvre ».</i> *Licenciement de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours <u>1) Consultation des représentants du personnel</u> Article L. 1233-28 (voy. aussi articles L. 1233-20 à 37) :
--	---

		« L'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours réunit et consulte le comité social et économique dans les conditions prévues par le présent paragraphe ». <u>2) Entretien préalable</u> Article L. 1233-38 C. trav. fr. : « Lorsque l'employeur procède au licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours et qu'il existe un comité social et économique dans l'entreprise, la procédure d'entretien préalable au licenciement ne s'applique pas ». <u>3) Notification du licenciement</u> Article L. 1233-39 C. trav. fr. : Idem licenciement de moins de dix salariés dans une même période de trente jours. + Une convention ou un accord collectif de travail peut prévoir des délais plus favorables aux salariés. « Dans les entreprises de cinquante salariés ou plus, lorsque le projet de licenciement concerne dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, l'employeur notifie le licenciement selon les modalités prévues au premier alinéa du présent article, après la notification par l'autorité administrative de la décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou de la décision d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3, ou à l'expiration des délais prévus à l'article L. 1233-57-4 . Il ne peut procéder, à peine de nullité, à la rupture des contrats de travail avant la notification de cette décision d'homologation ou de validation ou l'expiration des délais prévus à l'article L. 1233-57-4 ».
--	--	---

	CONTRÔLE Motif économique apprécié par l'employeur. Contrôle de ces raisons uniquement en cas d'action judiciaire et ce <i>a posteriori</i> (voy. chapitre 3, section 3, §2). Contrôle marginal et non un contrôle d'opportunité.	Article L. 1233-42 C. trav. fr. : Idem licenciement de moins de dix salariés dans une même période de trente jours. 4) Priorité de réembauche Article L. 1233-45 C. trav. fr. : « Le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il en fait la demande au cours de ce même délai. <i>Dans ce cas, l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. En outre, l'employeur informe les représentants du personnel des postes disponibles.</i> <i>Le salarié ayant acquis une nouvelle qualification bénéficie également de la priorité de réembauche au titre de celle-ci, s'il en informe l'employeur ».</i> 5) Mesures de reclassement interne Article L. 1233-45-1 C. trav. fr. CONTRÔLE Le juge est tenu d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur (article L. 1235-1 C. trav. fr.). Le contrôle portera sur l'intensité de la contrainte économique (suffisante gravité). Il s'agira d'un contrôle portant sur la « <i>cohérence entre le diagnostic présenté par l'employeur et le remède administré</i> » (T. SACHS, <i>La raison économique en droit du travail</i>, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 256 ; T. DOUILLET, « Vers un licenciement collectif en droit belge ? Plaidoyer pour un intérêt doctrinal et un encadrement juridique », <i>T.S.R.</i>, 2015, pp. 629-630). → Contrôle du juge <i>a posteriori</i> mais, selon nous, plus accru.
--	--	--

	SANCTIONS Pas de sanctions spécifiques en cas de licenciement malgré l'interdiction de principe. Sanctions pénales/civiles (droit commun de la responsabilité) appliquées sur base d'autres dispositions légales.	Cass. soc., 24 mars 2010, n° 09-40.444 : « <i>S'il appartient au juge, tenu de contrôler le caractère sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagées par l'employeur, il ne peut se substituer à ce dernier quant aux choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation</i> ». ➔ Il ne s'agit pas d'un contrôle d'opportunité ! SANCTIONS Sanctions spécifiques prévues aux articles L. 1235-10 et s. du C. trav. fr. Suivant le cas, réintégration possible du salarié ou indemnité. + Article L. 1235-3 C. trav. fr. En cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse : réintégration avec maintien des avantages acquis ou indemnité. (voy. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, « Droit du travail 2020 », 33^e éd., Paris, Dalloz, 2019, pp. 746 et s.).
--	--	---

Sources exploitées :

- AUZERO, G., BAUGARD, D. et DOCKES, E., « Droit du travail 2020 », 33^e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 632.
- DOUILLET, T., « Vers un licenciement collectif en droit belge ? Plaidoyer pour un intérêt doctrinal et un encadrement juridique », *T.S.R.*, 2015.
- GILSON, S., « [Motivation du licenciement pour raisons économiques] Ma petite entreprise...ne connaît pas la crise », *B.S.J.*, 2009, p. 421.
- GILSON, S., « L'employeur est-il seul juge des nécessités économiques entraînant le licenciement sans contrôle de légitimité des motifs ? », *B.S.J.*, 2015/549, p. 7.
- LAGOUTTE, P., MIR, J. et MORAN, M., *Licenciement économique : définition – prévention – procédure*, Rueil-Malmaison, Liaisons, 2002.
- LENAERTS, H., « Le concept de raisons d'ordre économique ou technique », *J.T.T.*, 1993.
- LYON-CAEN, A. et DALMASSO, R., *Essai sur la notion de licenciement économique : étude comparée des droits français et italien*, Paris, L.G.D.J., 2009.
- SACHS, T., *La raison économique en droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2013.
- Vannes, V., *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 505.

ANNEXE II – TABLEAU RELATIF A L’ADMISSION DE L’EXCEPTION RELATIVE AUX RAISONS ECONOMIQUES, TECHNIQUES OU D’ORGANISATION PAR LES COURS ET LES TRIBUNAUX³¹²

Décisions	Admis en tant que raisons économiques, techniques ou d’organisation	Non admis en tant que raisons économiques, techniques ou d’organisation
Trib. trav. Dinant, 8 septembre 1972, disponible sur www.juridat.be Arrêt relatif au licenciement d’un ouvrier.	« <i>Le licenciement d'un ouvrier pour des raisons d'ordre économique et technique en vue d'une modernisation de l'entreprise n'est pas abusif parce qu'il trouve sa justification dans l'intérêt de celle-ci</i> ».	
Trib. trav. Bruxelles, 30 mai 1983, disponible sur www.juridat.be Arrêt relatif au licenciement d’un ouvrier – Loi du 3 juillet 1978.		Licenciement d’un travailleur ayant une certaine ancienneté pour engager un travailleur plus jeune et donc moins bien payé = motif économique non établi.
Trib. trav. Bruxelles, 6 avril 1984, <i>J.T.T.</i> , 1985 Arrêt relatif à la protection des (candidats) délégués du personnel aux conseils d’entreprise et aux comités de sécurité, d’hygiène et d’embellissement des lieux de travail – Loi du 19 mars 1991.	« <i>Une restructuration rendue nécessaire notamment par une baisse constante du chiffre d'affaires peut être une raison d'ordre économique justifiant le licenciement de travailleurs protégés</i> ».	

³¹² Cette liste de décisions n’est pas exhaustive et ne se limite pas à la matière relative au transfert conventionnel d’entreprise.

Trib. trav. Tournai, 20 novembre 1992, disponible sur www.juridat.be Arrêt relatif à la protection des (candidats) délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail – Loi du 19 mars 1991.	<i>« Les raisons d'ordre économique ou technique sont celles qui, étrangères au comportement individuel du travailleur protégé, et trouvant leur origine dans les nécessités économiques ou techniques afférentes au marché, à l'entreprise ou à une de ses divisions. En refusant le transfert de poste à lui proposé, lequel n'altérerait pas ses possibilités d'activités, le délégué syndical se place non seulement dans les conditions d'un licenciement éventuel pour motif grave mais accentue encore, par le risque de mise en échec des mesures de restructuration envisagées, les raisons d'ordre économique ou technique dûment établies ».</i> ➔ Met en relief la possibilité de reprendre la première partie de la définition française, en ce qu'elle oppose au licenciement pour motif économique, le licenciement pour motif personnel.	
Trib. trav. Verviers, 4 juillet 1997, disponible sur www.juridat.be Arrêt relatif à la protection des (candidats) délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail – Loi du 19 mars 1991.		<i>« L'employeur qui décide, de manière brutale et sans information du conseil d'entreprise, de fermer l'usine de production en Belgique pour concentrer cette production en Irlande, contrairement aux informations données précédemment au conseil d'entreprise, manque totalement de loyauté à l'égard de ce conseil et ne justifie pas les raisons d'ordre économique ou technique invoquées ».</i>

C. trav. Mons (1^{re} ch.), 14 mai 2002, R.G. n° 17729, disponible sur www.juridat.be Arrêt relatif au régime de licenciement organisé par la loi du 19 mars 2001.	« ...Monsieur B. étant dessinateur, c'est dans son domaine que les travaux à réaliser ont le plus diminué pour en être réduits aujourd'hui presque à néant. Ceci s'explique (...) par notre manque d'activités mais aussi par les facilités apportées par l'informatique. Les clients nous remettent de plus en plus souvent leurs films prêts à l'impression. Ceci étant, nous sommes obligés depuis 1995 de mettre notre personnel en chômage économique de plus en plus régulièrement pour en arriver aujourd'hui, dans le cas de Monsieur B., à deux semaines de chômage sur trois. La relance de nos activités dans un proche avenir est plus qu'improbable mais le licenciement de Monsieur B., dont les services ne sont plus indispensables, nous permettra de sauver l'outil et de préserver l'emploi pour le reste de notre personnel. Afin d'accréditer nos dires, nous annexons à la présente un relevé annuel de 1994 à 1997 des semaines chômées par ouvrier ainsi qu'un tableau comparatif, allant de 1992 à 1997, de chiffres clefs de notre comptabilité. ». ➔ Met en exergue que la stabilité d'emploi peut s'expliquer par un licenciement afin de préserver l'emploi des autres travailleurs.	
--	---	--

	Raisons économiques admises : diminution de la demande, mutations technologiques.	
C. trav. Liège, 27 juin 2006, <i>J.T.T.</i> , 2006 Arrêt relatif au transfert conventionnel d'entreprise.		« Le seul fait de la mise en liquidation de la société cédante. Il ne suffit pas de mettre en avant les difficultés de trésorerie et donc notamment le juste fondement de la mise en liquidation ».
C. trav. Bruxelles (6 ^e ch.), 21 juin 2010, R.G. n° 2008/AB/51406, disponible sur www.juridat.be Arrêt relatif au licenciement d'un ouvrier – Loi du 3 juillet 1978.		« La notion « nécessités de fonctionnement de l'entreprise », ne se confond pas, contrairement à ce que Monsieur R. semble supposer, avec l'intérêt ou les bénéfices de l'exploitant de l'entreprise . Ainsi le seul fait que le licenciement de tel ou tel ouvrier est bénéfique pour l'entreprise, parce qu'il peut être remplacé par un ouvrier dont le coût salarial est inférieur , ne constitue pas une nécessité de fonctionnement de l'entreprise ».
C. trav. Mons (3 ^e ch.), 25 février 2014, disponible sur www.juridat.be Arrêt relatif au licenciement d'un ouvrier – Loi du 3 juillet 1978.	F. Resource SA est une entreprise de merchandising et de promotion de produits pour le compte de tiers (Carrefour Belgium). Restructuration chez Carrefour Belgium sa. La travailleuse licenciée s'occupait de la mise en rayon dans les magasins Carrefour de la région du Hainaut. Trois sur huit de ces magasins ont été fermés ou repris. En outre, la travailleuse n'a pas été remplacée par la suite. La SA F. RESOURCE a été « <i>contrainte</i>	

	<i>d'envisager une réorganisation interne, vu l'impossibilité de fournir du travail à la totalité du personnel spécialisé dans la mise en rayon. Les membres de ce personnel étaient répartis dans les différents magasins CARREFOUR en fonction des besoins de ceux-ci, et dès l'instant où certains magasins – peu importe lesquels – ont été effectivement fermés, il a fallu réduire le personnel en fonction des heures de travail encore disponibles dans les magasins restés en activité ».</i> ➔ « Des mesures de restriction relèvent des nécessités du fonctionnement de l'entreprise ou, en d'autres termes, une politique et une gestion financière efficaces et convenables sont nécessairement liées au bon fonctionnement et à l'intérêt de l'entreprise. Les nécessités du fonctionnement de l'entreprise ne se limitent pas aux difficultés économiques ».	
C. trav. Bruxelles, 19 novembre 2014, R.G. n° 2010/AB/80 Arrêt relatif au transfert conventionnel d'entreprise.		Réorganisation de la cuisine par le cessionnaire, à savoir modification complète de la cuisine et de la carte du restaurant et engagement d'un « vrai cuisinier » avec la conséquence que l'intimé (travailleur licencié) qui travaillait en tant que

		commis de cuisine dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein a été licencié. Selon le cessionnaire, la réorganisation de l'activité de restauration a entraîné la modification complète du fonctionnement de l'exploitation quant au régime de travail, le travail à temps partiel étant devenu la règle pour tous. Il avait licencié le travailleur en vue de mettre fin au contrat de travail à temps plein pour ensuite conclure un nouveau contrat de travail à temps partiel. Le travailleur a refusé. Le cessionnaire soutient que le licenciement est justifié par des motifs économiques entraînant des changements dans le domaine de l'emploi. ➔ La modification substantielle des conditions de travail et le licenciement sont étroitement liés à la réorganisation et trouvent leur origine dans le transfert lui-même.
C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 19 juin 2014, <i>Chr. D. S.</i>, 2015 Arrêt relatif au transfert conventionnel d'entreprise.		« La mention « réorganisation » dans le document C4 ne suffit pas à établir les raisons économiques, techniques ou d'organisation ».

BIBLIOGRAPHIE

I. Législation

Droit international et européen

- Directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *J.O.C.E.*, L 061, 5 mars 1977.
- Convention n° 158 sur le licenciement de l'O.I.T., signée à Genève le 22 juin 1982.
- Recommandation n° 166 sur le licenciement, signée à Genève le 22 juin 1982.
- Proposal for a Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, Bruxelles, 8 septembre 1994, COM (94) 300 final.
- Charte sociale européenne (révisée), signée à Strasbourg le 3 mai 1996.
- Directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *J.O.C.E.*, L 201, 17 juillet 1998.
- Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.C.E.*, L 082, 22 mars 2001.
- Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *J.O.C.E.*, L 80/29, 23 mars 2002.
- Traité instituant la communauté européenne, signé à Rome le 24 décembre 2002, *J.O.C.E.*, C 325/1.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée à Strasbourg le 12 décembre 2007, *J.O.C.E.*, C 364/1.
- Règlement (CE) n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.U.E.*, L 177/6, 4 juillet 2008.

Autres

- C.I.T., 67^{ème} session, 1981, rapport VIII (1).
- Document de séance, COM (75) 429.
- Note sur la convention n° 158 et la recommandation n° 166 sur le licenciement de 2009.

Droit national

Lois et Arrêtés royaux

- C. civ., art. 1165.
- C. pén. soc., art. 101 et 189.
- Loi organique du 29 mai 1952 du Conseil national du travail, *M.B.*, 31 mai 1952.
- Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail, *M.B.*, 15 janvier 1969.
- Arrêté royal du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprises, *M.B.*, 28 novembre 1973.
- Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.
- Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.
- Loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail, ainsi que pour les candidats délégués du personnel, *M.B.*, 29 mars 1991.
- Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 18 septembre 1996.

Avis

- Avis du conseil national du travail n° 657 du 9 juillet 1980 concernant le règlement des droits des travailleurs repris par un nouvel employeur reprenant l'actif de l'entreprise à la suite d'une faillite ou d'un concordat judiciaire.
- Avis du conseil national du travail n° 1392 du 13 mars 2002 concernant la transposition en droit belge de la directive 98/50/CE du Conseil des Communautés européennes du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE du 14 février 1977 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises.

- Avis du Conseil national du travail n° 1891 du 12 février 2014 concernant l'harmonisation du statut ouvrier/employé – Motivation du licenciement.

Conventions collectives de travail

- Convention collective de travail n° 5 du 24 mai 1971 concernant le statut des délégations syndicales du personnel des entreprises, *M.B.*, 1^{er} juillet 1971.
- Convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclus au sein du Conseil national du travail, rendue obligatoire par l'A.R. du 12 septembre 1972, *M.B.*, 25 novembre 1972.
- Convention collective n° 10 du 8 mai 1973 relatives aux licenciements collectifs, *M.B.*, 17 août 1973.
- Convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, *M.B.*, 9 août 1985
- Convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement, *M.B.*, 20 mars 2014.

Droit français

- Code du travail français, art. L. 1232-1 et s.
- Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

II. Doctrine

- AUZERO, G., BAUGARD, D. et DOCKES, E., « Droit du travail 2020 », 33^e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 632.
- BAYART, C. et DE KOSTER, P., « Informatie en consultatie van werknemers bij bedrijfsovernames en vennootschaps- transacties : algemeen deel », *J.T.T.*, 2001, p. 326.
- BERCUSSON, B., *European Labour, Law*, Cambridge, Cambridge university press, 2009, p. 5.
- BERTRAND, V. et CAPRASSE, F., « Contrat de travail, cession d'entreprise et faillite », *J.T.T.*, 1986.

- BERTRAND, V. et JAMOULLE, M., *Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise : la directive européenne et les droits belge, français et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1988.
- BERTRAND, V., « Jurisprudence récente en matière de transfert d'entreprise », *J.T.T.*, 1990, pp. 33-34.
- BLONDIAU, P., « La portée de l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978. Les clauses relatives aux conditions de travail », in V. VANNES (dir.), *Clauses spéciales du contrat de travail – utilité – validité – sanction*, Actes du colloque organisé par la Conférence du Jeune barreau de Nivelles le 30 avril 2003, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 44.
- BOUFFIER, N., « L'article 94 de la loi Travail ou le licenciement économique avant transfert », 2017, disponible sur <https://rh-droit-social.efc.fr/> (29 avril 2020).
- BROUCKE, C. et PATERNOSTRE, B., « Les protections contre le licenciement : essai de synthèse », *Orientations*, 2005, p. 4.
- CAVENAILE, T. et LIGOT, F., « Les aspects sociaux de la cession d'une entreprise en difficulté », in M. GREGOIRE et D. PASTEGER (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, Liège, Larcier, 2015, pp. 230 et 249.
- CLESSE, J., *Congé et contrat de travail*, Liège, Coll. scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, p. 139
- CLESSE, J. et KEFER, F., « L'exécution du contrat de travail », in *Manuel de droit du Travail*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 326.
- CORDIER, J.-Ph. et GUERIT, A., « L'information et la consultation des représentants des travailleurs en cas de transfert conventionnel d'entreprise : quel est leur contenu et quand doivent-elles être opérées ? », in V. D'HUART et F. KEFER (dir.), *Casus de droit social*, Limal, Anthémis, 2019.
- CRAHAY, P., « Modification des conditions de travail et résiliation du contrat de travail », *J.T.T.*, 1985, p. 85.
- CRAHAY, P., « La convention collective n° 32bis et le transfert d'entreprise », *Chron. D.S.*, 1991, pp. 121 et 125.
- DAILLIER, P., « Le droit de l'Union européenne en matière de droit du travail », in J.-M. THOUVENIN et A. TREBILCOCK (dir.), *Le droit international social*, Bruxelles,

Bruylant, 2013, p. 1076.

- DAVAGLE, M., « Le transfert conventionnel d'entreprise », in X, *Guide juridique de l'entreprise - Traité théorique et pratique*, 2^e éd., titre VI, liv. 66.2, Chap. X, Liège, Kluwer, 2013.
- DEAR, L., « La théorie de l'acte équipollent à rupture du contrat de travail », in M. DUMONT (dir.), *Le droit du travail dans tous les secteurs*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, pp. 163-164.
- DEAR, L. et LHOSTE, A., « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 », in *Actualité en droit social*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 43.
- DE VOS, M. et DE WILDE, I., « Veranderingsmanagement en personeelsbeleid in een overheidscontext », in M. DE VOS et I. PLETS (éd.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Bruges, die Keure, 2005, pp. 95-96.
- DOUILLET, T., « Vers un licenciement collectif en droit belge ? Plaidoyer pour un intérêt doctrinal et un encadrement juridique », *T.S.R.*, 2015.
- ECHELARD, B., « « Loi travail » : autorisation des licenciements avant le transfert d'entité(s) économique(s) », 2016, disponible sur <https://www.lepetitjuriste.fr/> (29 avril 2020).
- ENGELS, C., *Overdracht van onderneming en outsourcing – Arbeidsrechtelijke aspecten*, Gand, Larcier, 2000.
- ENGELS, C. et THOELEN, N., « Overgang van onderneming volgens C.A.O. nr. 32bis met wijziging van paritair comité. Lessen uit het arrest Alemo-Herron », *J.T.T.*, 2014, p. 100.
- ENGELS, C., *Overgang van onderneming in het kader van de CAO nr. 32bis*, Bruges, die Keure, 2017.
- FRANKART, A., « Les aménagements conventionnels du droit de licencier : la clause de stabilité de l'emploi », in S. GILSON (coord.), *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à P. Blondiau*, Bruxelles, Anthémis, 2008, p. 200.
- GILSON, S. et PHILIPPE, D., « L'outsourcing : incidences en droit social et fiscal », in M. COIPEL et P. WERY (éd.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et*

pratique, 2^e éd., titre IX, liv. 94bis, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 29.

- GILSON, S., « [Motivation du licenciement pour raisons économiques] Ma petite entreprise...ne connaît pas la crise », *B.S.J.*, 2009, p. 421.
- GILSON, S., « La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble », in *La modification unilatérale du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 16.
- GILSON, S. et PALATE, S., « Le ius variandi de l'employeur en cas de réorganisation de l'entreprise », in *Les restructurations en droit social : questions spéciales – Capita Selecta*, Waterloo, Kluwer, 2014.
- GILSON, S., « Valeurs et intérêts en présence lors du licenciement en droit social belge », in A. AUTENNE, V. CASSIERS et A. STROWEL (coord.), *Droit, Économie et Valeurs*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 297.
- GILSON, S., « L'employeur est-il seul juge des nécessités économiques entraînant le licenciement sans contrôle de légitimité des motifs ? », *B.S.J.*, 2015/549, p. 7.
- GREGOIRE, M., « Le sort des travailleurs en cas de transfert conventionnel d'entreprise », in M. GREGOIRE et D. PASTEGGER (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, p. 250.
- GUERY, G., *Restructuration d'entreprises en Europe*, De Boeck Université, 1999, p. 212.
- HEUSCHLING, L., « « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts » in A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 29.
- HUMBLET, P. et RIGAUX, M., (dir.), *Aperçu du droit du travail belge*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 4.
- JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, t. I, Liège, Faculté de droit, 1982, p. 154.
- JAMOULLE, M. et BERTRAND, V., « L'incidence du droit communautaire sur le droit belge du travail », *Cah. dr. eur.*, 1989, p. 153.
- JAMOULLE, M. et KEFER, F., « La protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprise », *Act. dr.*, 1995, p. 68.

- JEAMMAUD, A., « Le concept d'effectivité du droit », in P. AUVERGNON (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, COMPTRASEC, 2006, p. 34.
- JEHASSE, P., « La liquidation en droit social [Le transfert conventionnel d'entreprise] », in *Manuel de la liquidation*, Malines, Kluwer, 2007, Partie III, titre I.
- JOTTREAU, C., *Le sort de la relation de travail dans les entreprises en difficulté*, Paris, LexisNexis, Planète social, 2015, p. 84.
- KEFER, F., « L'harmonisation des conditions individuelles de travail en cas de transfert conventionnel d'entreprise », in J.-F. LECLERCQ (dir.), *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 102.
- KEFER, F., « La motivation du licenciement en droit belge », *R.F.D.L.*, 2011, p. 436.
- KEFER, F., *Les transferts conventionnels d'entreprises en Europe. Frictions entre le droit européen et les droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 26.
- KEFER, F., « Le maintien des conventions collectives de travail après un transfert d'entreprise : la jurisprudence de la Cour de justice clarifie-t-elle le débat ? », *J.T.T.*, 2018, p. 148.
- KEFER, F., *Les transferts d'entreprises. Etude de droit du travail belge et européen*, Limal, Anthémis, 2019.
- KEFER, F., « Le transfert conventionnel d'entreprise : cela arrive plus souvent qu'on ne le pense » *B.S.J.*, 2019, p. 7.
- LAGASSE, F. et LECLERCQ, M., *Les diverses protections contre le licenciement prévues par la législation sociale*, Bruxelles, Kluwer, 2000, pp. 58-59 et 65.
- LAGOUTTE, P., MIR, J. et MORAN, M., *Licenciement économique : définition – prévention - procédure*, Rueil-Malmaison, Liaisons, 2002.
- LAMINE, A., « Les droits des travailleurs en cas de transfert d'une entreprise insolvable », *J.D.E.*, 2018, pp. 168-169.
- LASCOUMES, P., « Effectivité », in M. VAN DE KERCHOVE et A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 217.

- LENAERTS, H., « Le concept de raisons d'ordre économique ou technique », *J.T.T.*, 1993.
- LENAERTS, H.-F., *Le licenciement des représentants du personnel*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 124.
- LEROY, Y., « La notion d'effectivité du droit », in *Droit et société n° 79*, Editions juridiques associées, 2011, p. 717.
- LOPES DOS SANTOS, S., « Droit du travail 2020-2021 », Vanves, Hachette, 2020, p. 56.
- LYON-CAEN, A. et DALMASSO, R., *Essai sur la notion de licenciement économique : étude comparée des droits français et italien*, Paris, L.G.D.J., 2009.
- MOIZARD, N., « Licenciement des salariés concernés par le transfert », in *Transferts d'entreprise*, Bruxelles, Editions Larcier, 2015.
- MORTIER, A., « La modification du contrat de travail en droit belge et en droit français », *Rev. dr. Ulg*, 2010, p. 324.
- MORTIER, A., « Le champ d'application matériel de la réglementation relative au transfert conventionnel d'entreprise », *Orientations*, 2016.
- NEUPREZ, V. et VAN EECKHOUTTE, W., « [Résiliation dans certaines circonstances] Cession d'entreprise », in *Compendium Social. Droit du travail*, Malines, Wolters Kluwer, 2019, pp. 2853 et 2857.
- PEETERS, J., « C.A.O nr. 32 quinquies : enkele arbeidsrechtelijke aspecten van overgang van onderneming herbekeken », *R.W.*, 2002, p. 532.
- PEETERS, P., *Informatie en raadpleging van werknemers bij herstructurering*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 493-496.
- PELTZER, L., « Les arrêts Süzen, Schmidt et Rotsart de Hertaing : source d'incohérence ? », obs. sous C.J.C.E., 10 décembre 1998, *Chron. D.S.*, 1999.
- PELTZER, L., « Les contours de l'interdiction de licenciement en cas de cession conventionnelle », *Chron. D.S.*, 1999, p. 396.
- PELTZER, L., « De l'effectivité de l'interdiction de licencier en cas de transfert conventionnel d'entreprise », *Chron. D.S.*, 2001, pp. 35-36.
- PELTZER, L., « Transfert conventionnel d'entreprise », in G. VAN DEN AVYLE (dir.),

Guide social permanent, tome 5 – Commentaire droit du travail, Liège, Wolters Kluwer, 2007, Partie IV, liv. I, titre I, Chap. II.

- PELTZER, L., « Quelques arrêts clés de la Cour de justice en matière de transfert d'entreprises », in M. DUMONT (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Liège, Anthémis, 2008, p. 570.
- PELTZER, L., « Le transfert d'entreprise et l'outsourcing pour faire face à la crise : aspects sociaux », in D. PLAS et S. GILSON (dir.), *Le droit social face à la crise*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 99 et s.
- PELTZER, L., « Le transfert conventionnel d'entreprise : lignes de force et questions d'actualité en droit belge et européen », in J.-F. LECLERCQ (dir.), L. PELTZER et E. PLASSCHAERT (coord.), *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011.
- PELTZER, L. et PLASSCHAERT, E., « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *J.T.T.*, 2014, pp. 378 et 383.
- PELTZER, L., « La rupture du contrat de travail : le cas du transfert conventionnel d'entreprise », in S. GILSON et P. VANHAVERBEKE (coord.), *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthemis, 2015.
- PELTZER, L., « Actualités en matière de transfert d'entreprise », in H. MORMONTDIR (dir.), *Le droit social tous azimuts*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 150 et s.
- PELTZER, L., « Ius variandi et transfert d'entreprise : quelques réflexions (critiques) autour de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2016 », *J.T.T.*, 2017, p. 70.
- RENARD, A., « La non application de la loi sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires au personnel engagé dans les services publics. Quelques précisions quant à la portée de l'article 2, §3, 1° de la loi du 5 décembre 1968 », *Chron. D.S.*, 1986, pp. 2-5.
- SACHS, T., *La raison économique en droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 63.
- TERRE, F., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2015, p. 91.
- TRICOIT, J.-F., *Droit du travail*, Paris, Ellipses, 2020, pp. 205-206.
- VALENTYNA, C., « Transfert d'entreprise : quels impacts sur les contrats de travail

depuis la Loi Travail et l'Ordonnance Macron ? », 2017, disponible sur <https://www.village-justice.com/articles/> (29 avril 2020).

- VAN GEHUCHTEN, P.P., « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », in *Motivation et motifs du congé*, Actes de l'après-midi d'étude organisé par le Département de droit économique et social de la Faculté de droit de l'U.C.L. le 27 mai 2005, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 24
- VAN GEHUCHTEN, P.P., « Aspects formels du licenciement équitable – Formele aspecten van behoorlijk ontslag », in *Passende arbeid & behoorlijk ontslag. Travail convenable & licenciement équitable*, Brugge, die Keure, 2007, p. 198.
- VANNES, V., *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003.
- VANNES, V. et DEAR, L., « Le licenciement et le transfert d'entreprise », in *La rupture abusive du contrat de travail*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 624.
- VANNES, V., *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012.
- VANNES, V., *La rupture du contrat de travail pour motif grave*, t. I, Limal, Anthemis, 2019, p. 39.
- VIERIN, T., « Les conditions d'application de la directive européenne relative au transfert d'entreprise à la lumière de la dernière jurisprudence européenne », *Orientations.*, 2002, liv. 11, pp. 253-258.
- WANTIEZ, C., *Transfert conventionnel d'entreprise et droit du travail*, Bousval, E.D.S., 1996, p. 54.
- WANTIEZ, C. et VOTQUENNE, D., « Le licenciement et le transfert pour raisons d'ordre économique ou technique : notion, preuve et procédure », *J.T.T.*, 2001, p. 358.
- WANTIEZ, C., *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2003.
- WANTIEZ, C., « Deux questions en rapport avec les transferts conventionnels d'entreprise », in S. GILSON (coord.), *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à Pierre Blondiau*, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 517.
- WANTIEZ, C., « Les interdictions de licenciement en matière de transfert

conventionnel, transfert après faillite et transfert dans le cadre de la loi sur la continuité des entreprises. Sanctions », in J.-F. LECLERCQ (dir.), L. PELTZER et E. PLASSCHAERT (coord.), *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011.

III. Jurisprudence

Jurisprudence internationale et européenne

- C.J.C.E., 7 février 1985, arrêt *Abels*, aff. C-135/83.
- C.J.C.E., 7 février 1985, arrêt *Wendelboe*, aff. 19/83.
- C.J.C.E., 11 juillet 1985, arrêt *Mikkelsen c. Danmols Inventar*, aff. 105/84, *J.T.T.*, 1986.
- C.J.C.E., 8 octobre 1985, aff. 80/86.
- C.J.C.E., 26 février 1986, arrêt *Marshall*, aff. 152/84.
- C.J.C.E., 15 avril 1986, arrêt *Commission c. Belgique*, aff. 237/84, *Rec.*, 1986.
- C.J.C.E., 17 décembre 1987, arrêt *Ny Mølle Kro*, aff. 287/86.
- C.J.C.E., 10 février 1988, arrêt *Daddy's Dance Hall A/S*, aff. 324/86, *J.T.T.*, 1988.
- C.J.C.E., 25 juillet 1991, arrêt *d'Urso*, aff. C-362/89, *Rec.*, 1991.
- C.J.C.E., 16 décembre 1992, arrêt *Katsikas*, aff. C-132/91, C-138/91, C-139/91.
- C.J.C.E., 8 juin 1994, arrêt *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-383/92.
- C.J.C.E., 7 décembre 1995, arrêt *Spano*, aff. C-472/93.
- C.J.C.E., 14 novembre 1996, arrêt *Rotsart de Hertaing*, aff. C-305/94, *Rec.*, 1996.
- C.J.C.E., 12 mars 1998, arrêt *Dethier Equipement*, aff. C-319/94, *Rec.*, 1998.
- C.J.C.E., 2 décembre 1999, arrêt *Allen*, aff. C-234/98.
- C.J.C.E., 14 septembre 2000, arrêt *Collino et Chapierro*, aff. C-343/98, *J.T.T.*, 2001.
- C.J.C.E., 24 janvier 2002, arrêt *Temco*, aff. C-51/00.
- C.J.C.E., 11 novembre 2004, arrêt *Delahaye*, C-425/02.
- C.J.C.E., 9 mars 2006, arrêt *Werhof*, aff. C-499/04.
- C.J.C.E., 16 octobre 2008, arrêt *Kirtruna et Vigano*, C-313/07.
- C.J.U.E., 18 juillet 2013, arrêt *Alemo- Herron*, aff. C-426/11.
- C.J.U.E., 28 janvier 2015, arrêt *Gimnasio Deportivo San Andrés SL*, aff. C-688/13.
- C.J.U.E., 6 avril 2017, arrêt *Unionen*, C-336/15.
- C.J.U.E., 27 avril 2017, arrêt *Asklepios c. Felja et Graf*, aff. C-680/15 et 681/15.
- C.J.U.E., 16 mai 2019, arrêt *Plessers*, aff. C-509/17.

Conclusions avocat général

- Concl. Av. gén. GORDON SLYNN du 8 novembre 1984, arrêt *Abels*, aff. C-135/83, *Rec.*, p. 460.
- Concl. Av. gén. M. DARMON avant C.J.C.E. du 10 février 1988, arrêt *Daddy's Dance Hall A/S*, aff. C-324/86, *Rec.*, 1988, p. 147.
- Concl. Av. gén. VAN GERVEN du 30 mai 1991, arrêt d'*Urso*, C-362/89, *Rec.*, 1991, p. I-4137.
- Concl. Av. gén. LENZ du 11 juillet 1996, arrêt *Dethier Equipement*, aff. C-319/94, *Rec.*, 1998.
- Concl. Av. gén. SZPUNAR du 23 janvier 2019, arrêt *Plessers*, aff. C-509/17.

Jurisprudence nationale

- Cass., 27 janvier 1971, *Pas.*, 1971, I.
- Cass., 20 décembre 1972, *Pas.*, 1973.
- Cass., 6 juin 1973, *Pas.*, 1973.
- Cass., 15 septembre 1986, *Pas.*, I.
- Cass., 6 novembre 1989, *J.T.T.*, 1989.
- Cass., 30 septembre 1991, *Pas.*, 1992.
- Cass., 20 décembre 1993, *Pas.*, 1993, I.
- Cass., 13 octobre 1997, *Pas.*, 1997, II.
- Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001.
- Cass., 28 septembre 2001, *J.T.*, 2001.
- Cass., 29 avril 2013, *Pas.*, 2013.

- C. trav. Liège, 28 mars 1984, *J.T.T.*, 1984.
- C. trav. Bruxelles, 27 juin 1983, *J.T.T.*, 1984.
- C. trav. Liège, 8 septembre 1986, *J.T.T.*, 1987.
- C. trav. Liège, 25 avril 1991, *R.R.D.*, 1992.
- C. trav. Liège, 10 juin 1993, *J.T.T.*, 1993.
- C. trav. Liège, 1^{er} décembre 1994, *J.T.T.*, 1995.
- C. trav. Mons, 23 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995.
- C. trav. Liège, 27 juin 1997, *J.T.T.*, 1997.
- C. trav. Liège, 29 juillet 1997, *J.T.T.*, 1997.
- C. trav. Liège, 15 février 1999, *Chr. D.S.*, 1999.

- C. trav. Bruxelles, 23 février 1999, *Chr. D. S.*, 2000.
- C. trav. Liège, 18 octobre 1999, *J.T.T.*, 2000.
- C. trav. Liège, 29 novembre 1999, *Chron. D.S.*, 2001.
- C. trav. Liège, 28 juin 2000, inéd., R.G. n° 28 371/99.
- C. trav. Anvers, 18 octobre 2000, *Chron. D.S.*, 2001, p. 460, note D. CUYPERS.
- C. trav. Mons (1^{re} ch.), 14 mai 2002, R.G. n° 17729, disponible sur www.juridat.be.
- C. trav. Gand, 8 novembre 2002, *J.T.T.*, 2003.
- C. trav. Anvers, 4 décembre 2002, *J.T.T.*, 2004.
- C. trav. Liège (sect. Namur, 12^e ch.), 28 avril 2003, inéd., R.G. n° 7.094/2002.
- C. trav. Liège, 5 mai 2003, inéd., R.G. n° 30 887/02.
- C. trav. Liège (8^e ch.), 3 juin 2004, inéd., R.G. n° 31 186/2002.
- C. trav. Liège, 27 juin 2006, *J.T.T.*, 2006.
- C. trav. Bruxelles, 22 avril 2008, *J.T.T.*, 2008.
- C. trav. Bruxelles, 31 juillet 2007, R.G. n° 49110, 49111, 49112 et 49113.
- C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 21 juin 2010, R.G. n° 2008/AB/51406, disponible sur www.juridat.be.
- C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 juin 2011, *Chr. D.S.*, 2012.
- C. trav. Mons (3^e ch.), 25 février 2014, disponible sur www.juridat.be.
- C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 19 juin 2014, *Chr. D. S.*, 2015.
- C. trav. Bruxelles, 19 novembre 2014, R.G. n° 2010/AB/80.
- C. trav. Bruxelles, 7 décembre 2017, R.G. n° 2017/CB/12.
- Trib. trav. Dinant, 8 septembre 1972, disponible sur www.juridat.be.
- Trib. trav. Bruxelles, 30 mai 1983, disponible sur www.juridat.be.
- Trib. trav. Bruxelles, 6 avril 1984, *J.T.T.*, 1985.
- Trib. trav. Liège, 29 avril 1991, *J.T.T.*, 1999.
- Trib. trav. Tournai, 20 novembre 1992, disponible sur www.juridat.be.
- Trib. trav. Verviers, 4 juillet 1997, disponible sur www.juridat.be.
- Trib. trav. Bruxelles, 21 octobre 2004, *J.T.T.*, 2005.
- Trib. trav. Gand, 28 janvier 2010, *T.G.R.*, 2010.
- Trib. trav. Bruges, 29 juin 2012, R.G. n° 10/1439/A.

Jurisprudence française

- Cass. soc., 20 mars 2002, n° 00-41.651, *Maldonado*, *Bull. civ.*, V, n° 94.
- Cass. soc., 15 février 2006, n° 04-43.923, *RJS*, 5/06, n° 533.

