

La conformité du droit social belge du licenciement, sous l'angle de la convention collective n°109, avec la convention n°158 de l'O.I.T. et l'article 24 de la Charte sociale européenne.

Mémoire réalisé par
Louise Defuster

Promoteur
Filip Dorssemont

Année académique 2017-2018
Master en droit

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

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

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

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

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

Table des matières

<i>Introduction</i>	1
<i>Partie 1 : Cadre international de référence</i>	2
Chapitre 1 : La convention n° 158 de l'Organisation internationale du Travail	2
Section 1 : Présentation	2
Section 2 : Régime juridique de la convention n°158 de l'O.I.T.	3
I. Champ d'application	3
II. Justification du licenciement	4
III. L'audition préalable : Procédure à suivre avant le licenciement ou au moment de celui-ci.....	6
IV. Procédure de recours contre le licenciement.	7
A) Recours devant un organisme impartial	7
B) Délai raisonnable	8
C) Pouvoir de l'organisme impartial et charge de la preuve	8
D) Réparation du licenciement injustifié	10
Chapitre 2 : L'article 24 de la Charte sociale européenne et Conseil de l'Europe	10
Section 1 : Présentation	10
Section 2 : Champ d'application	11
Section 3 : Justification du licenciement.....	12
Section 4 : Le droit d'être informé des raisons de son licenciement	14
Section 5 : Procédure de recours contre le licenciement injustifié	14
I. Droit de recours devant un organisme impartial.....	14
II. Délai de recours.....	14
III. Pouvoirs de l'organisme impartial.....	15
IV. Charge de la preuve	15
V. Réparation du licenciement injustifié	15
Chapitre 3 : Comparaison de la convention n°158 de l'O.I.T. et de l'article 24 de la Charte sociale européenne.....	16
<i>Partie 2 : Le régime belge</i>	18
Chapitre 1 : Régime juridique antérieur à la convention collective n°109	18
Section 1 : Principe de base : Absence d'obligation générale de motivation du licenciement.	18
Section 2 : Nuance de l'abus de droit et du licenciement abusif	19
Section 3 : Exceptions à l'absence d'obligation de motivation du licenciement.....	20
I. L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978.....	20
II. Licenciement pour motif grave	21
III. Hypothèses de protection de certains travailleurs contre le licenciement.....	22
IV. La loi du 29 juillet 1991	23

Chapitre 2 : Un contexte international et national favorable au changement. Les éléments déclencheurs de la convention collective n°109	24
Section 1 : Contexte international.....	24
I. La convention n°158 de l'O.I.T.	24
II. La Charte sociale européenne et la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne	25
III. La Convention européenne des droits de l'homme et l'arrêt K.M.C. c. Hongrie, 10 juillet 2012.....	26
A) Mise en contexte.....	26
B) Décision de la Cour et enseignements.....	27
Section 2 : Contexte national.....	28
Chapitre 3 : La convention collective n°109	30
Section 1 : Introduction et présentation	30
Section 2 : Une convention collective, un choix surprenant	31
Section 3 : Les objectifs poursuivis par la convention collective n°109	34
Section 4 : Régime juridique de la convention collective n°109.....	35
I. Champ d'application de la convention collective n°109	35
A) Champ d'application temporel	35
B) Champ d'application matériel	36
1. Application limitée au secteur privé	36
2. Uniquement en cas de licenciement.....	36
C) Champ d'application personnel	37
1. Application limitée aux travailleurs salariés sous contrat de travail	37
2. Exclusions de certains travailleurs	39
i. Les travailleurs faisant l'objet d'un préavis réduit.....	39
ii. Les travailleurs licenciés au terme d'une procédure spéciale	40
iii. Les travailleurs licenciés durant les six premiers mois d'occupation	42
iv. Les travailleurs licenciés dans des circonstances particulières	43
v. Les travailleurs licenciés pour faute grave	44
vi. Les travailleurs liés par un contrat de travail intérimaire ou contrat d'occupation d'étudiant	44
D) La demande de motivation hors champ d'application de la convention collective n°109.....	44
II. La motivation du licenciement	45
A) Principe, une motivation <i>a postériori</i> et facultative	45
B) Le contenu de l'obligation de motivation « sur demande »	45
C) La motivation contenue dans « les motifs précis du chômage », une motivation suffisante au sens de la C.C.T. n°109 ?	47
D) La motivation du licenciement, une motivation intangible ?	48
E) Procédure à respecter au stade de la motivation du licenciement.....	49

1.	Communication des motifs concrets à l'initiative de l'employeur	49
2.	Communication des motifs sur demande du travailleur	50
i.	Formes imposées au travailleur	50
ii.	Formes imposées à l'employeur.....	51
F)	Sanction du défaut de motivation, l'amende civile	51
III.	Le licenciement manifestement déraisonnable	52
A)	Notion du licenciement manifestement déraisonnable	52
B)	Concepts d'inaptitude, d'erreur de conduite et de nécessité du fonctionnement de l'entreprise	53
C)	Un employeur normal et raisonnable.....	54
D)	Nature du contrôle juridictionnel du licenciement manifestement déraisonnable	55
E)	Charge de la preuve	55
F)	Sanction du licenciement manifestement déraisonnable	56
<i>Partie 3 : Comparaison du régime belge par rapport à la convention n° 158 de l'OIT et l'article 24 de la Charte Sociale Européenne</i>		<i>58</i>
Chapitre 1 : Du point de vue du champ d'application.....		58
Section 1 : Application limitée au secteur privé.....		58
Section 2 : Exclusions		59
Chapitre 2 : En ce qui concerne l'absence d'audition préalable		60
Chapitre 3 : Eu égard à l'obligation de motivation.....		60
Section 1 : Obligation facultative et <i>a posteriori</i>		60
Section 2 : Possibilité de modifier la motivation		61
Chapitre 4 : Contenu de la notion du licenciement manifestement déraisonnable		61
Chapitre 5 : En termes de délai de recours.....		62
Chapitre 6 : Au niveau de la charge de la preuve		62
Chapitre 7 : Limitation du contrôle du juge		63
Chapitre 8 : Amende civile et indemnités		64
<i>Conclusion</i>		<i>66</i>

Introduction

Le droit social, et par conséquent le droit du travail est, du point de vue de l'Histoire du droit, une matière relativement récente. Ayant émergé à la fin du 19^{ième} siècle, le droit social belge a fêté, il y a peu, son premier siècle d'existence.

Ce constat n'empêche pas, qu'à l'heure actuelle, le contrat de travail soit une des formes de contrat les plus courantes. Ceci s'explique notamment par la montée du capitalisme. C'est également l'influence du capitalisme sur le droit du travail et sur notre manière de fonctionner qui explique le choix posé, par les autorités belges, de privilégier la liberté d'action et de gestion des employeurs et détenteurs des moyens de productions, au détriment de la protection sociale au sens large des travailleurs. Pendant longtemps, les questions relatives à la protection des travailleurs ont été ignorées par le législateur. De ce fait, l'idée d'une motivation du licenciement et donc l'idée d'imposer à l'employeur une obligation de se justifier, de limiter son champ d'action et corrélativement, d'admettre le droit pour le travailleur de connaître les motifs soutenant son licenciement, fut délaissée pendant de nombreuses années.

Grâce à un contexte international propice, à des textes nationaux déjà présents et à des décisions favorables de jurisprudence de notre Cour constitutionnelle, le législateur a fini par céder à la pression et à prendre ses responsabilités en mains. Il a ainsi adopté la loi du 26 décembre 2013, dite loi sur le statut unique. De manière regrettable, cette loi délègue aux partenaires sociaux la charge de mettre sur pied le régime juridique de la motivation du licenciement et du licenciement manifestement déraisonnable. Le compromis des partenaires sociaux et des autorités belges fut matérialisé à travers la convention collective n°109, ayant vu le jour en 2014.

L'objectif et la plus-value de ce mémoire est d'apprécier la conformité de cette convention collective n°109 par rapport à un cadre international de référence, composé de la convention n°158 de l'O.I.T. et de l'article 24 de la Charte sociale européenne. Nous le verrons, la Belgique a fait le choix, à l'époque, de ne pas ratifier ces deux instruments en raison du fait que notre Etat ne connaissait pas et n'était pas désireux de mettre en place un régime de motivation du licenciement. L'objet de ce mémoire est ainsi d'étudier le régime belge de la motivation du licenciement et du licenciement manifestement déraisonnable, et de voir si, le système mis en place par notre convention collective, est conforme et accorde une protection suffisante au travailleur au regard de ces instruments internationaux. A partir de là, nous pourrons voir, si cet instrument national nous permet enfin d'être en mesure de ratifier la convention n°158 de l'O.I.T. et l'article 24 de la Charte sociale européenne.

Pour ce faire, nous structurerons notre raisonnement en trois grandes parties. La première détaillera et analysera le cadre international de référence. La deuxième se concentrera quant à elle, sur le régime national mis en place par la convention collective. La dernière confrontera et comparera, à proprement parlé, notre convention collective n°109 avec les régimes internationaux.

Partie 1 : Cadre international de référence

Chapitre 1 : La convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail

Section 1 : Présentation

La convention n°158 de l'Organisation internationale du Travail fait partie des normes ayant eu une influence toute particulière pour la création de notre convention collective n°109. Datant de 1982, cette convention, plutôt avant-gardiste, est l'un des premiers instruments internationaux à s'être intéressé à la protection et à la motivation du licenciement. Elle apparaît dans un contexte où le droit du travail est encore frileux par rapport aux changements. La convention de l'O.I.T. définit des standards de protection minimum assez élevé, ce qui explique son succès relatif auprès d'un certain nombre de pays¹.

Cette convention n°158 succède en réalité à la recommandation n°199, portant sur la cessation de la relation de travail, que l'Organisation internationale du Travail avait adoptée en 1963. Cette recommandation était cependant dépourvue de force obligatoire. L'Organisation internationale du Travail a également adopté la recommandation n°166 afin de compléter le contenu de la convention n°158. Cette dernière n'étant pas contraignante pour les Etats².

Le gouvernement belge a toujours choisi de privilégier la liberté de l'employeur en ce qui concerne la gestion de son entreprise, fut ce au détriment du travailleur. C'est donc tout naturellement et dans la continuité de ses principes, que la Belgique a décidé de ne pas ratifier la convention.

Néanmoins, nous observons dans des décisions de jurisprudences belges³, l'influence que peut avoir la convention internationale dans certaines de nos procédures. Ceci témoigne ainsi du consensus international qui existe concernant « *les droits et obligations minimum réciproques des employeurs et des travailleurs* »⁴. Par ailleurs, le gouvernement belge et les partenaires sociaux ont approuvé cette convention et exprime par là le fait que les règles contenues dans celle-ci ne sont pas en rupture totale avec notre ordre juridique interne⁵.

En outre, La Cour européenne des droits de l'homme a, dans l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, émis l'idée que la Convention européenne des droits de l'homme, ratifiée par la Belgique, et notamment son article 6, peut être interprétée à la lumière d'autres instruments internationaux sans qu'il soit

¹ G. DOMEZ, « La motivation du licenciement : une juste cause » in *Motivation et motifs du congé*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 62.

² G. DOMEZ, « La motivation du licenciement : une juste cause », *op. cit.*, p. 67.

³ Par exemple, Trib. Trav. Bruxelles, 20 février 1992, *Chr. D. S.*, 1993, p.86.

⁴ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014 », *J.T.*, 2014/21, n° 6565, p. 380.

⁵ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014 », *J.T.*, 2014/21, n° 6565, p. 380.

nécessaire que ces instruments aient été signés ou ratifiés par l'Etat défendeur. La convention serait donc intégrée dans la garantie au procès équitable par la Cour et, de cette manière, aurait ainsi un effet certain, bien qu'il soit indirect, dans notre ordre juridique interne⁶.

Finalement, certains auteurs estiment que l'effet « par ricochet » de la convention internationale résulterait également de la référence qu'il est fait, dans les commentaires de l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, obligatoire pour la Belgique, de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, lui-même basé sur la convention n°158 de l'OIT. Par-là, la convention influencerait le droit belge et les décisions judiciaires belges en matière de licenciement⁷.

Après ces quelques remarques préliminaires, nous allons nous pencher sur le régime mis en place par la convention. Pour ce faire, nous commenterons les parties et articles, pertinents pour nos recherches.

Section 2 : Régime juridique de la convention n°158 de l'O.I.T.

I. Champ d'application

Les articles 2 et 3 définissent le champ d'application de la convention n°158. Nous constatons directement la largeur de celui-ci puisqu'il nous est indiqué que la convention s'applique à tous les travailleurs salariés, quelle que soit la branche d'activité économique et pour autant qu'il y ait eu licenciement, c'est-à-dire cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur.

« À tous les travailleurs salariés » comprend également les fonctionnaires publics sous contrat de travail.

Bien entendu, les travailleurs indépendants en sont exclus.

Il faut qu'il y ait eu licenciement, autrement dit, elle ne s'appliquera pas en cas de démission volontaire ou lorsque le licenciement résulte d'un accord librement négocié entre les deux parties.

Bien que son champ d'application soit très large, la convention fait preuve d'une certaine souplesse et octroie aux Etats, la possibilité d'exclure du champ d'application de la convention ou de certaines dispositions de celle-ci, certains travailleurs.

L'exclusion peut se justifier en raison de *la nature du contrat de travail*. Les différentes hypothèses sont indiquées au paragraphe 2 de l'article 2. On peut y voir notamment les travailleurs engagés dans

⁶ F. LAMBINET, S. GILSON, « Chapitre 5 – Le droit belge du licenciement est-il conforme aux exigences du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt K.M.C. c/ Hongrie ? – L'audition préalable au licenciement et la motivation du congé en question » in *Le droit du travail au XXI ieme siècle*, Bruxelles, Editions Larcier, 2015, p. 378.

⁷ L. MONSEREZ, « Het vedrag van Lissabon : een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever ? », *Orientatie*, 2010, pp. 379 et s.

le cadre d'un contrat à durée déterminée. Dans ce cas, ce même article prévoit que des « garanties adéquates » devront être prévues afin d'éviter que le recours à ce type de contrat ne vise uniquement à éviter les protections accordées par la convention.

Deux autres exclusions *de catégories de travailleurs* sont également autorisées par la convention lorsqu'elles sont nécessaires.

La première vise les contrats qui répondent à des conditions d'emploi soumises à un régime spécial. Pour ce faire, il faudra que la décision d'exclusion soit précédée de la consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs concernées. Elle suppose également que le régime spécial puisse protéger le travailleur exclu de manière au moins équivalente. La commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations a indiqué en ce sens : « *il appartient en premier lieu à chaque gouvernement de déterminer, de bonne foi si une catégorie particulière de travailleurs salariés bénéficie d'une protection différente, mais dans son ensemble au moins équivalente à celle offerte par la convention, sous réserve de l'appréciation par les organes de contrôle de l'OIT* ⁸ ».

La deuxième exclusion vise les catégories de travailleurs qui posent des problèmes particuliers et revêtant une certaine importance, eu égard aux conditions d'emploi particulières des travailleurs intéressés, à la taille de l'entreprise qui les emploie ou à sa nature. Pareillement, les organisations représentatives d'employeurs et travailleurs concernées devront avoir été consultées préalablement⁹.

II. Justification du licenciement

Si on devait retenir un article comme étant le plus important de tous, c'est certainement l'article 4 de la convention qui retiendrait notre attention. Celui-ci dispose qu' « *un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.* ».

La commission d'experts a indiqué que ce principe avait pour but d'enlever « *à l'employeur la latitude de mettre fin unilatéralement à une relation de travail à durée indéterminée moyennant un préavis ou une indemnité en tenant lieu* ¹⁰ ».

Le motif valable, pouvant être qualifié de pierre angulaire du régime mis en place par la convention, doit être 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.

Penchons-nous sur ces derniers éléments. Que veulent-ils dire en pratique ?

Le bureau international du travail assimile le motif valable lié à la *conduite du travailleur*, à la faute professionnelle ou de comportement, suffisamment grave, qu'aurait commise le travailleur.

⁸ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr. 62.

⁹ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr. 67.

¹⁰ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr. 76.

La faute professionnelle consistera, par exemple, en la négligence dans le travail, la violation du règlement d'entreprise, la désobéissance aux ordres légitimes, les absences ou les arrivées tardives non motivées.

La faute comportementale vise quant à elle les actes de violence, l'agressivité, l'indiscipline, l'arrivée au travail en état d'ivresse ou sous l'influence de la drogue. Cela comprend également des actes tels que la fraude, la tromperie, le vol et autres genres d'attitudes déloyales.

Dans certains cas, afin d'atteindre un niveau de « suffisamment grave », on exigera une certaine répétition et récurrence des actes. Par exemple lorsqu'il s'agit d'absences et d'arrivées tardives non motivées¹¹.

Notons que la convention ne fait pas non plus obstacle à ce qu'un comportement en dehors du travail puisse, dans certaines circonstances, être considéré comme un motif valable de licenciement. Notamment lorsqu'il s'agit d'un comportement pénalement sanctionné qui entraîne une peine de prison d'une durée telle, qu'elle empêche la continuation de la relation du travail¹².

Le motif lié à *l'aptitude du travailleur* fait référence à l'incompétence ou à l'insuffisance professionnelle. Elles peuvent résulter d'un défaut de qualifications ou d'un manque de qualités nécessaires pour remplir les tâches définies. L'inaptitude ne suppose donc pas, comme le requiert la mauvaise conduite, que la « culpabilité » du travailleur soit établie.

Finalement il y a le motif fondé sur *les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service*. Ni la convention, ni la recommandation ne donnent une définition de ce que sont les « nécessités du fonctionnement » de l'entreprise. Le bureau international du travail nous apprend qu'en général il s'agit de motifs de nature économique, technique, structurelle ou analogues¹³. Tout cela est assez vague.

De manière plus précise, la commission a déclaré « *que les motifs se rapportant aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise étaient généralement définis par référence à un excédent de main-d'œuvre ou à la réduction du nombre de postes pour des motifs d'ordre économique ou technique ou dans les cas fortuits ou de force majeure* ¹⁴ ».

A titre d'exemple on cite, la rationalisation ou modernisation des entreprises, la baisse de la production, la modification des conditions du marché ou de l'économie nécessitant le renvoi d'un ou de plusieurs travailleurs¹⁵.

¹¹ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr 90.

¹² C.I.T., 59^{ème} session, 1974, Rapport III (partie 4B), paragr. 35, note 5.

¹³ C.I.T., 67^{ème} session, 1981, Rapport VIII (1), p. 26.

¹⁴ C.I.T., 59^{ème} session, 1974, Rapport III (Partie 4B), paragr. 34.

¹⁵ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr 96.

Alors que l'article 4 pose le principe selon lequel un motif valable doit justifier le licenciement, l'article 5, lui, dresse une liste de motifs qui ne constituent pas des motifs valables.

« Ne constituent pas des motifs valables de licenciement, **notamment**: (a) l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail; (b) le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir exercé un mandat de représentation des travailleurs; (c) le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités administratives compétentes; (d) la race, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, les responsabilités familiales, la grossesse, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale; (e) l'absence du travail pendant le congé de maternité. ».

De par son libellé, nous comprenons que cette liste ne constitue pas une énumération exhaustive des motifs non valables. Par conséquent, l'Etat a la possibilité de retenir d'autres motifs non valables.

La recommandation n°166 contient également une liste d'exemples de motifs non valables. Les motifs non valables sont : a) l'âge, sous réserve de la législation et de la pratique nationales en ce qui concerne la retraite ; et b) l'absence du travail due au service militaire obligatoire ou à d'autres obligations civiques, conformément à la législation et à la pratique nationales.

Comme déjà mentionné plus haut, la recommandation n'a aucune force obligatoire pour les Etats ayant ratifié la convention n°158. Cette liste est donc purement facultative et sert de simple exemple pour les Etats.

L'article 6 qui clôture cette première section dispose que le licenciement, en raison d'une absence temporaire à la suite d'une maladie ou d'un accident, n'est en principe pas conforme à la convention. Le motif est donc apparenté aux motifs non valables de l'article 5. À la différence de l'article 5, l'article 6 autorise cependant certaines limitations.

III. L'audition préalable : Procédure à suivre avant le licenciement ou au moment de celui-ci.

La procédure à suivre, avant ou pendant le licenciement, est une première manière d'assurer l'effectivité du droit reconnu par la convention au travailleur, en vertu duquel chaque travailleur a le droit de ne pas faire l'objet d'un licenciement injustifié.

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

La convention prévoit par là ce que l'on appelle une audition préalable. C'est l'occasion pour les parties de réfléchir et de dialoguer ensemble. C'est aussi et surtout l'occasion pour le travailleur d'être entendu par son employeur et de faire valoir ses moyens de défense. L'effectivité de ce droit suppose que le travailleur ait reçu à l'avance et de manière claire les motifs, les raisons pour lesquelles l'employeur envisage de mettre fin au contrat. L'obligation de motivation du licenciement est donc une obligation qui se déduit de l'obligation d'entendre préalablement le travailleur. La convention reste cependant muette quant aux formes dans lesquelles les motifs sont portés à la connaissance du travailleur ainsi que sur les formes dans lesquelles le travailleur est entendu¹⁶.

L'article prévoit l'audition préalable lorsque les motifs se rapportent à la conduite du travailleur ou à son travail (autrement dit ses performances, comme par exemple l'incapacité ou l'insuffisance professionnelle). En revanche, lorsqu'il s'agit d'un licenciement lié aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, ce sont les procédures collectives prévues aux articles 13 et 14 de la convention qu'il faut appliquer.

Pour finir, l'article 7 dispose que cette audition n'est pas obligatoire lorsque l'on ne peut pas raisonnablement en attendre autant de l'employeur. La convention ne précise pas ce qui pourrait justifier l'impasse. On peut néanmoins déduire du texte qu'il ne faut pas que la défense soit impossible¹⁷.

IV. Procédure de recours contre le licenciement.

La possibilité de contester le licenciement déjà survenu et qui n'est pas lié à la conduite ou à l'aptitude du travailleur, ou qui n'est pas fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, est le second élément essentiel d'une protection effective contre le licenciement injustifié.

A) Recours devant un organisme impartial

L'article 8 pose le principe selon lequel un travailleur, qui estime avoir fait l'objet d'un licenciement motivé par des motifs non valables, se voit octroyer un droit de recours devant un organisme impartial.

Par organisme impartial, la convention entend un tribunal, un tribunal du travail, un arbitre ou une commission d'arbitrage. Le travailleur dispose donc de la possibilité d'opter aussi bien pour une procédure judiciaire que pour un mode alternatif de règlement du litige. Un recours hiérarchique ou de type administratif n'est en revanche pas suffisant à lui seul.

¹⁶ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr 146.

¹⁷ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr 149.

La convention ne s'oppose pas non plus à ce que le recours mis en place en vue de protéger le travailleur soit exercé par le syndicat du travailleur¹⁸.

B) Délai raisonnable

Le paragraphe 3 de l'article 8 dispose qu' « *un travailleur **pourra** être considéré comme ayant renoncé à exercer son droit de recourir contre le licenciement s'il ne l'a pas fait dans un délai raisonnable.* ». Chaque Etat est libre d'instituer un délai de prescription au-delà duquel le recours sera déclaré irrecevable. Ce délai doit rester suffisant afin de permettre au travailleur de s'informer de ses droits et de décider en connaissance de cause si un recours est utile.

En outre, et toujours dans l'optique d'une protection effective, bien que rien ne soit précisé dans la convention à cet égard, on considère que le délai et le coût de la procédure se doivent d'être raisonnables afin de ne pas décourager le travailleur à faire respecter ses droits¹⁹.

C) Pouvoir de l'organisme impartial et charge de la preuve

Les questions relatives à l'examen au fond et à la charge de la preuve du caractère injustifié du licenciement sont réglées à l'article 9 de la convention.

Selon lui, les organismes impartiaux de l'article 8 « *devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et décider si le licenciement était justifié* ». Il faut donc permettre aux organismes de statuer en pleine connaissance de cause sur le caractère justifié ou non du licenciement et ce, en se basant sur les motifs invoqués et sur base de tous les éléments de la cause pertinents au règlement du litige. Il s'agit ainsi d'un contrôle total par le juge²⁰.

Le paragraphe 3 de l'article 9 concerne spécifiquement le licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. « *Les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs, étant entendu que l'étendue de leurs pouvoirs éventuels pour décider si ces motifs sont suffisants pour justifier ce licenciement sera définie par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention.* ». Cette disposition fait preuve de souplesse en laissant à chaque Etat membre le soin de délimiter les pouvoirs des organismes impartiaux s'agissant de l'appréciation par l'employeur des motifs liés aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise. Il revient à chaque Etat de déterminer dans quelle mesure l'organisme impartial pourra remettre en cause la décision de l'employeur au motif que les raisons invoquées ne seraient pas suffisamment importantes que pour justifier le licenciement²¹.

¹⁸ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr 177.

¹⁹ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr 189.

²⁰ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr 197.

²¹ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr 214.

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

Par cette règle, la convention poursuit toujours son objectif de protection effective contre le licenciement injustifié. En effet, le succès d'un recours est totalement dépendant des preuves nécessaires à la conviction de l'autorité chargée de statuer sur le bien-fondé du recours. Si on appliquait la règle de principe en matière de charge de la preuve, selon laquelle celle-ci incombe au demandeur et donc au travailleur dans ce cas-ci, le travailleur serait très certainement dans l'impossibilité de mener à bien son recours au vu de la difficulté qu'il aurait à prouver le licenciement injustifié. La commission a d'ailleurs déclaré en ce sens ; « *en matière de licenciement, l'application de la règle générale applicable en droit des contrats, selon laquelle la charge de la preuve incombe au demandeur, peut avoir pour effet de mettre pratiquement le travailleur dans l'impossibilité de démontrer que le licenciement était injustifié, eu égard au fait que les preuves des motifs réels sont généralement détenues par l'employeur* ²²».

De ce fait, la convention propose trois possibilités différentes en matière de preuve afin de s'assurer que le travailleur n'assumera pas seul la charge de la preuve.

En premier lieu, la convention transfère la charge de la preuve de l'existence du motif valable à l'employeur. L'employeur devra justifier le licenciement au regard de l'article 4 de la convention. L'organisme impartial déterminera si le licenciement est justifié ou non. De nombreux pays ont opté pour cette première solution²³.

La deuxième possibilité consiste à charger l'organisme impartial de juger du caractère justifié ou non du licenciement sur base des éléments de preuves fournis tant par l'employeur que par le travailleur. Chacun apporte les éléments de preuve qui lui sont favorables mais il n'est pas imposé, ni à l'un ni à l'autre, de rapporter la preuve ultime du caractère justifié ou non du licenciement.

Enfin, la troisième option est de prévoir les deux possibilités exposées précédemment.

²² O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr. 199.

²³ O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr 200.

D) Réparation du licenciement injustifié

Dans l'hypothèse où l'organisme impartial conclurait au licenciement injustifié, l'article 10 nous informe sur les différentes manières d'obtenir réparation du préjudice subi. *« Si les organismes mentionnés à l'article 8 arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou de toute autre forme de réparation considérée comme appropriée. »*.

L'article 10 privilégie incontestablement la réparation en nature prenant la forme d'une réintégration du travailleur au sein de l'entreprise ou de l'annulation du licenciement. De manière subsidiaire, pour le cas où la première solution serait impossible, l'article 10 *in fine* laisse la possibilité aux Etats de prévoir le versement d'une indemnité adéquate (distincte de l'indemnité de départ prévue à l'article 12) ou tout autre solution appropriée.

Chapitre 2 : L'article 24 de la Charte sociale européenne et Conseil de l'Europe

Section 1 : Présentation

La Charte sociale européenne est une convention du Conseil de l'Europe signée le 18 octobre 1961 à Turin et révisée le 3 mai 1996 à Strasbourg.

Cette Charte fut établie en vue de compléter, sur le plan des droits sociaux, la Convention européenne des droits de l'homme qui concerne principalement des droits civils et politiques.

Le protocole additionnel de 1995 prévoit un système de réclamations collectives (entré en vigueur en 1998) qui permet de saisir le Comité européen des Droits sociaux en cas de violations de la Charte.

L'article 24 de la Charte est celui qui nous intéresse, faisant lui-même référence au licenciement injustifié. Le libellé de l'article 24 fait directement écho au droit consacré par la convention n°158 de l'OIT. Cette convention fut sans aucun doute, d'une grande inspiration pour les rédacteurs de l'article 24 de la Charte.

On peut dégager de l'article 24 de la Charte trois exigences fondamentales. Le licenciement doit être justifié par un motif valable lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise (I). En cas de violation de ce principe, l'Etat devra prévoir la possibilité pour le travailleur d'introduire un recours devant un organe impartial (II) et d'obtenir une réparation adéquate (III).

Bien que la Belgique ait ratifié la Charte sociale européenne, elle a cependant fait usage du droit d'émettre certaines réserves à l'égard de certains articles. La Belgique fait partie du petit nombre d'Etats ayant émis une réserve à l'égard de l'article 24. Et cela, afin de ne pas devoir introduire dans son ordre juridique interne une obligation de motivation du licenciement.

Cependant, et comme nous l'avons déjà dit précédemment, l'article 24 de la Charte pourrait avoir un certain effet « par ricochet » sur notre jurisprudence au travers de la référence qu'il en est fait dans les commentaires de l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Section 2 : Champ d'application

L'article 24 a un champ d'application élargi puisqu'il tend à s'appliquer à l'égard de tous les travailleurs salariés.

Par travailleurs salariés, la Charte vise tous les travailleurs liés par un contrat de travail²⁴.

Tout comme dans le cadre de la convention de l'O.I.T., les Etats parties ont la possibilité d'exclure partiellement ou totalement de la protection, certaines catégories de travailleurs salariés. Les différentes exclusions possibles, elles-mêmes contenues dans l'annexe, sont ; (a) *les travailleurs engagés aux termes d'un contrat de travail portant sur une période déterminée ou une tâche déterminée* ; (b) *les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable* ; (c) *les travailleurs engagés à titre occasionnel pour une courte période*.

Cette liste étant limitative, les Etats membres ne pourront exclure d'autres catégories de travailleurs, sous peine de violer l'article 24.

Notons que le Comité européen des Droits sociaux a, à maintes reprises, jugé, au regard du point (b) de la liste d'exclusion, qu'il n'était pas conforme à l'article 24 de la Charte, d'exclure du champ d'application de la protection contre le licenciement injustifié, les salariés pendant la période d'essai de six mois²⁵.

L'obligation de motivation s'applique uniquement en cas de licenciement, c'est-à-dire lorsque la cessation de la relation de travail provient d'une décision unilatérale de l'employeur²⁶. Il est accepté que l'article 24 s'applique également lorsque la fin du contrat de travail est décidée de commun accord par les deux parties, à condition qu'elle ait tout d'abord été proposée par l'employeur. Cela comprend

²⁴ Conclusions 2003, Observation interprétative de l'article 24.

²⁵ Conclusions 2016, Italie ; Conclusions 2016, Irlande.

²⁶ Conseil de l'Europe, Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, 1^{er} septembre 2008, p.148.

en outre, les situations de démission provoquées par la violation, par l'employeur, des droits du salarié²⁷.

Section 3 : Justification du licenciement

En ratifiant l'article 24 de la Charte sociale européenne, les Etats reconnaissent le droit pour les travailleurs salariés « à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ».

Le Comité européen des Droits sociaux n'a pas encore eu l'occasion de donner une orientation générale sur l'interprétation qu'il fallait donner aux notions de « conduite » et de « capacité ». Cependant, on peut soutenir, selon M. Schmitt, que le Comité approuverait les exigences de la Conférence internationale du Travail, en vertu desquelles; « *for reasons connected with the capacity or conduct of the worker to be considered as valid, they must have a bearing on the work of the worker or the working environment* »²⁸,²⁹.

La capacité ou l'aptitude du travailleur peut être altérée pour deux raisons. Ces deux raisons correspondent à deux types d'incapacité. Celle qui résulte d'un manque de compétence, de qualités nécessaires pour exercer sa fonction, et celle qui résulte d'une maladie ou d'une blessure³⁰.

En vertu de l'annexe à l'article 24, l'absence temporaire au travail causée *par une maladie* n'est pas un motif valable de licenciement. Cependant, le motif lié à l'absence temporaire en raison d'une maladie peut constituer un motif valable lorsqu'elle déséquilibre sensiblement le fonctionnement de l'entreprise et qu'il est nécessaire de remplacer le travailleur de manière effective et définitive. De plus, il semble que le Comité admette que la maladie constitue un motif valable lorsque celle-ci est couverte par la législation de l'Etat membre, que cela a été approuvé par l'inspection du travail et que les critères pris en compte sont conformes à la Charte³¹.

L'absence temporaire résultant *d'une blessure* ne constitue, en aucun cas pour le Comité, un motif valable de licenciement.

Par motif lié à la conduite du travailleur, on peut également s'en référer à l'interprétation donnée au sein de l'O.I.T.³². Le Comité européen des Droits sociaux considère notamment comme motif valable, le fait que le travailleur ait été condamné à une peine d'emprisonnement pour des faits liés à l'emploi,

²⁷ M. SCHMITT, "Article 24. The Right to Protection in Cases of Termination of Employment", In *The European Social Charter and the Employment Relation*, sous la coordination de N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN, S. CLAUWAERT, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 421.

²⁸ C.I.T., 67^{ème} session, 1981, Rapport VIII(2).

²⁹ M. SCHMITT, "Article 24. The Right to Protection in Cases of Termination of Employment", In *The European Social Charter and the Employment Relation*, sous la coordination de N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN, S. CLAUWAERT, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 423.

³⁰ Idem.

³¹ Conclusions 2003, Bulgarie.

³² O.I.T., *Protection contre le licenciement injustifié*, Genève, 1995, paragr. 89.

mais aussi lorsque celle-ci a été prononcée pour des faits étrangers à l'emploi lorsque la durée de la privation de liberté entraîne une impossibilité d'accomplir le travail³³³⁴.

En ce qui concerne les motifs fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, le Comité a pu déclarer dans des conclusions que toutes les circonstances économiques ne sont pas des motifs valables et que l'article 24 « *only permits economic reasons under certain conditions to justify laying-off employees* »³⁵. Cependant, le Comité ne s'est pas encore prononcé sur ce qu'englobe exactement la notion de motif économique et si celle-ci doit être limitée aux situations de difficultés de l'entreprise ou si elle peut également viser d'autres stratégies de l'entreprise³⁶.

L'annexe à l'article 24 contient également une liste de motifs qui ne constituent pas des motifs valables. L'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail ; Le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir un mandat de représentation des travailleurs ; Le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités administratives compétentes; La race, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, les responsabilités familiales, la grossesse, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale; Le congé de maternité ou le congé parental ; L'absence temporaire du travail en raison de maladie ou d'accident.

Les deux motifs soulignés sont spécifiques à l'article 24, les autres étant également liés à d'autres garanties de la Charte.

Contrairement à la liste contenant les possibilités d'exclusion de certaines catégories de travailleurs, la liste contenant des exemples de motifs non valables n'est pas exhaustive³⁷.

Bien que l'âge ne soit pas visé expressément par l'annexe, le Comité considère qu'il ne s'agit pas non plus d'un motif valable, sauf si celui-ci peut correspondre à un âge de retraite qui se justifie par les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service³⁸.

³³ Conclusions 2005, Estonia.

³⁴ Conseil de l'Europe, Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, 1^{er} septembre 2008, p.148.

³⁵ Conclusions 2005, Estonia.

³⁶ M. SCHMITT, "Article 24. The Right to Protection in Cases of Termination of Employment", In *The European Social Charter and the Employment Relation*, sous la coordination de N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN, S. CLAUWAERT, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 426.

³⁷ Idem.

³⁸ Conseil de l'Europe, Digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux, 1^{er} septembre 2008, p.148.

Section 4 : Le droit d'être informé des raisons de son licenciement

Bien que cela ne soit pas évident, l'obligation pour l'employeur de justifier le licenciement par un motif valable implique l'obligation pour lui, de communiquer à son travailleur les raisons en question. Cette obligation ne figure pas expressément dans l'article 24, ni dans les conclusions du Comité, mais on la déduit du fait que le Comité examine la conformité des Etats en ce qui concerne : « *Obligation to provide a valid reason for termination of employment* ». Par-là, le travailleur a le droit d'être informé, à tout le moins lorsqu'il en fait la demande³⁹. Cette analyse, est également renforcée par l'influence de la convention n°158 de l'O.I.T. et de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *K.M.C. contre Hongrie* sur l'article 24 de la Charte.

Notons que, dans le cadre de la convention n°158 de l'O.I.T., cette obligation de communiquer au travailleur les motifs soutenant son licenciement, découle de l'article 7 qui impose l'obligation de procéder à une audition du travailleur, avant son licenciement. En effet, comme nous avons déjà pu le dire, l'audition préalable ne pourrait remplir ses objectifs de défense du travailleur si celui-ci n'a pas pu obtenir à l'avance, les motifs de son licenciement⁴⁰.

Section 5 : Procédure de recours contre le licenciement injustifié

I. Droit de recours devant un organisme impartial

En cas de licenciement injustifié, il est prévu que chaque Etat partie offre la possibilité d'agir devant un organe impartial. A nouveau, ce droit reconnu au travailleur doit être interprété à la lumière de l'article 8 de la convention n°158, qui précise les différentes identités qui peuvent constituer des organes impartiaux⁴¹.

II. Délai de recours

Alors que la convention de l'O.I.T. permet aux parties de prévoir un délai de recours qui se doit d'être raisonnable, le Comité ne semble pas vouloir imposer de seuil aux parties. Un délai de recours très court ne poserait donc pas de problème au Comité⁴².

³⁹ M. SCHMITT, "Article 24. The Right to Protection in Cases of Termination of Employment", In *The European Social Charter and the Employment Relation*, sous la coordination de N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN, S. CLAUWAERT, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 427.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ M. SCHMITT, "Article 24. The Right to Protection in Cases of Termination of Employment", In *The European Social Charter and the Employment Relation*, sous la coordination de N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN, S. CLAUWAERT, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 428.

⁴² M. SCHMITT, "Article 24. The Right to Protection in Cases of Termination of Employment", In *The European Social Charter and the Employment Relation*, sous la coordination de N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN, S. CLAUWAERT, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 429.

La seule exigence du Comité en termes de délai est le fait que l'organe impartial de recours doit statuer dans un délai raisonnable⁴³.

III. Pouvoir de l'organisme impartial

Pour ce qui est de l'étendue du contrôle du juge, il est uniquement précisé qu'en cas de licenciement fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, l'organe impartial doit avoir le pouvoir d'apprécier et de juger de la réalité des motifs économiques⁴⁴.

Le Comité déclare que ; *"the right of appeal to an independent body ... implies that this body is empowered to examine at the very least the facts underlying economic measure"*⁴⁵ .

IV. Charge de la preuve

A plusieurs reprises, le Comité européen des Droits sociaux a exigé que les Etats mettent en place un aménagement approprié de la charge de la preuve entre les salariés et les employeurs dans les procédures de licenciement. En vertu de cela, il n'est pas conforme à la Charte de faire supporter en totalité la charge de la preuve au plaignant, le travailleur⁴⁶. Rien n'empêche en revanche, de prévoir un partage de la charge de la preuve entre l'employeur et le travailleur.

V. Réparation du licenciement injustifié

En cas de licenciement fondé sur un motif jugé non valable, l'article 24 prescrit que le travailleur aura droit à une indemnité adéquate ou une autre réparation appropriée.

Cette garantie est cependant largement interprétée et recouvre en réalité une troisième sanction. Le Comité exige des Etats qu'ils offrent la possibilité aux organes de recours d'accorder une indemnité suffisante ou la réintégration du travailleur ou toute autre réparation adéquate. Le fait de ne pas accorder la possibilité, le pouvoir, à l'instance de recours, d'imposer la réintégration du travailleur est ainsi contraire à l'article 24.

Lorsque l'organe impartial impose la réintégration du travailleur, il faut que cette réintégration soit au minimum accompagnée d'une indemnité équivalente à la perte de salaire subie entre la date du licenciement et celle de la décision de l'organe impartial ou de l'effectivité de la réintégration.

Lorsque l'organe n'impose pas la réintégration du travailleur, la réparation (c'est-à-dire l'indemnité) est jugée adéquate lorsqu'elle indemnise de la perte financière subie entre la date du licenciement et celle

⁴³ Conclusions 2012, Finland.

⁴⁴ Conseil de l'Europe, Digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux, 1^{ier} septembre 2008, p.150.

⁴⁵ Conclusions 2003, Bulgarie.

⁴⁶ Conclusions 2016, République Slovaque.

de la décision de l'organe impartial et qu'elle soit d'un niveau suffisamment important pour dissuader l'employeur ⁴⁷.

Le Comité a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la conformité des indemnités prévues par les Etats en cas de licenciement jugé abusif. Selon lui, ne sont pas conformes à l'article 24 de la Charte sociale européenne, les indemnités *plafonnées*⁴⁸.

Chapitre 3 : Comparaison de la convention n°158 de l'O.I.T. et de l'article 24 de la Charte sociale européenne

Notre cadre international de référence est-il comparable ? Les protections organisées par la convention n°158 de l'O.I.T. et l'article 24 de la Charte sociale européenne sont-elles semblables ?

Comme nous avons pu le constater, les rédacteurs de l'article 24 se sont très fortement inspirés du régime établi par la convention n°158 de l'O.I.T. Bien que le libellé de l'article 24 soit bien moins précis et complet que la convention, la jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux permet de combler les lacunes du texte en se basant sur la convention et l'interprétation qu'en font les organes de l'O.I.T. pour ce faire. On peut donc considérer qu'à très peu de choses près, les protections établies par ces deux instruments sont semblables.

- L'un comme l'autre, s'applique uniquement en cas de licenciement.
- Tous deux s'appliquent à l'ensemble des travailleurs salariés.
- Les deux instruments font preuve de souplesse en ce sens qu'ils permettent d'exclure partiellement ou totalement de la protection, certains travailleurs. Néanmoins, la liste d'exclusion contenue dans l'annexe de l'article 24 est limitative et ne permet pas d'autres exclusions. La liste prévue dans la convention de l'O.I.T. est quant à elle, non exhaustive. En termes de contenu, la liste limitative de l'article 24 reprend exactement les exclusions prévues à l'article 2§2 de la convention de l'O.I.T.. Cette dernière contient néanmoins deux autres possibilités d'exclusion que la liste limitative de l'article 24 ne reprend pas.
- Les deux instruments reprennent les mêmes hypothèses légales de motifs valables. C'est-à-dire, le motif lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. Nous l'avons vu, ces notions recouvrent les mêmes réalités selon que l'on se trouve dans le cadre de la convention ou sous le régime de l'article 24 de la Charte.

⁴⁷ Conseil de l'Europe, Digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux, 1^{ier} septembre 2008, p.150.

⁴⁸ Conclusions 2008, Finlande ; Conclusion 2008, Bulgarie ; Conclusions 2008, Albanie ; Conclusions 2012, Turquie.

- Quant aux motifs non valables identifiés par les deux instruments et leurs compléments, nous sommes également, exactement, en présence des mêmes éléments. Ces deux listes n'étant pas limitatives.

- La nécessité de prévoir la possibilité d'agir devant un organe impartial est également requise dans les deux cas. Par organe impartial, le Comité entend les mêmes possibilités d'organes que celles visées par l'article 8 de la convention. En revanche, nous identifions une petite différence en ce qui concerne les pouvoirs de ces organes lorsque le licenciement se fonde sur des motifs économiques. Alors que la convention de l'O.I.T. laisse la possibilité aux Etats de déterminer l'étendue des pouvoirs des organes impartiaux lorsqu'il s'agit de décider si les motifs invoqués sont suffisants pour justifier le licenciement, le Comité exige que l'organe dispose des pleins pouvoirs. De plus, contrairement à la convention de l'O.I.T., le Comité n'exige pas que le délai prévu par l'Etat, endéans lequel le travailleur doit introduire son recours, soit un délai raisonnable. Un délai très court pourrait donc être prévu.

- En ce qui concerne la charge de la preuve, le Comité impose aux parties de mettre en place un aménagement de la charge de la preuve approprié. Il ne semble donc pas reprendre le système prévu par la convention en son article 9§2.

- Selon nous, un travailleur ne peut tirer de l'article 24 de la Charte, un droit à être préalablement entendu par son employeur. Aucune trace d'audition préalable ne ressort du régime de l'article 24 et de la jurisprudence du Comité. Il en découle une grande différence avec la convention n°158 de l'O.I.T. qui prévoit expressément l'audition préalable du travailleur.

- Pour ce qui est des sanctions, les choses diffèrent également. La convention n°158 donne la préférence à la réparation en nature, c'est-à-dire à la réintégration du travailleur et ne prévoit l'indemnité réparatrice que lorsque la réintégration est impossible. L'article 24 ne prévoit pas expressément la sanction de la réintégration, mais nous l'avons vu, cette sanction doit être prévue par les Etats sur base de la jurisprudence du Comité. En revanche, selon nous, il ne ressort pas de la jurisprudence du Comité que cette sanction doit être privilégiée par rapport à des indemnités. Les Etats ont uniquement le devoir de permettre la réintégration comme sanction, mais pas d'en faire une sanction privilégiée.

Partie 2 : Le régime Belge

Chapitre 1 : Régime juridique antérieur à la convention collective n°109

Section 1 : Principe de base : Absence d'obligation générale de motivation du licenciement.

Le système belge du licenciement a longtemps été caractérisé par le fait que la licéité du congé n'était en principe pas subordonnée à la communication par l'employeur au travailleur des motifs qui ont justifié son licenciement. Il n'y avait donc pas d'obligation de motivation formelle, que ce soit *a priori*, c'est-à-dire dans l'acte même, ou *a posteriori*. Le travailleur n'avait pas de moyen de forcer l'employeur à lui communiquer les motifs lorsque celui-ci ne l'avait pas fait d'initiative. Le travailleur était donc souvent dans l'ignorance⁴⁹. Ce choix opéré à l'époque par le législateur découle de manière évidente du principe selon lequel, la Belgique reconnaît et protège la liberté de gestion de l'employeur vis-à-vis de son entreprise et de son business⁵⁰.

Cette réalité a mené certains auteurs, comme J. Clesse, à qualifier le droit de licencier de l'employeur de droit discrétionnaire ; « *Dans l'état actuel du droit positif, le licenciement reste fondamentalement une prérogative discrétionnaire. Les parties demeurent libres de révoquer unilatéralement et impunément leur engagement en raison des intérêts, privés ou généraux, égoïstes ou altruistes, qu'il leur plait de privilégier.*⁵¹ ». Cette affirmation nous semble quelque peu exagérée. Dans le même sens, Fr. Robert estimait ; « *Le droit de licencier ou de démissionner présente dans une large mesure, un caractère absolu et discrétionnaire qui ne nécessite, a priori, aucune motivation.*⁵² ».

Comme nous le verrons, l'absence d'obligation de motivation du congé, n'impliquait cependant pas que l'employeur pouvait licencier sans motif ou pour n'importe quel motif, non admissible en droit belge. P-P. Van Gehuchten déclarait en ce sens ; « *depuis les développements de la théorie de l'abus de droit, plus personne ne devrait se risquer à qualifier le droit de rupture comme discrétionnaire*⁵³ ».

Bien que le principe de base consistait à ne pas exiger de l'employeur une motivation du congé, il existait également, à côté de la nuance de la théorie de l'abus de droit, une série d'exceptions en

⁴⁹ F. LAMBINET, S. GILSON, « Chapitre 5 – Le droit belge du licenciement est-il conforme aux exigences du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt K.M.C. c/ Hongrie ? – L'audition préalable au licenciement et la motivation du congé en question » in *Le droit du travail au XXI ieme siècle*, Bruxelles, Editions Larcier, 2015, p. 414.

⁵⁰ M. STRONGYLOS, « Licenciement et motivation : la conséquence de l'acte de rupture non ou mal motivé », *Pacioli*, 2006, liv. 218, p. 4.

⁵¹ J. CLESSE, Congé et contrat de travail, Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992, pp. 139-209.

⁵² Fr. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p.345

⁵³ P-P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives » in *Motivation et motifs du congé*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 19.

vertu desquelles, dans certains cas, l'employeur devait s'efforcer de transmettre au travailleur licencié, les éléments qui avaient justifié une telle décision. Ces exceptions sont toujours d'application malgré l'entrée en vigueur de la convention collective n°109, sauf en ce qui concerne l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, comme nous le verrons.

Ces exceptions recouvrent en pratique une grande majorité des travailleurs licenciés. Dès lors, le principe de base d'absence d'obligation de motivation générale devait plutôt être « réduit » à une absence d'obligation de motivation formelle.

Commençons par exposer la nuance de l'abus de droit, nous poursuivrons ensuite par l'examen des différentes exceptions.

Section 2 : Nuance de l'abus de droit et du licenciement abusif

La théorie de l'abus de droit en matière contractuelle trouve son siège aux articles 1134 et 1382 du Code civil. Le principe d'exécution de bonne foi empêche les parties au contrat d'exercer leur droit qui en découle, d'une manière qui excède manifestement les limites de l'usage normal qu'en aurait fait un homme normalement prudent et diligent.

L'employeur, en vertu de cela, ne pourrait se permettre de licencier son travailleur sur base de motifs totalement illégitimes, dans le seul but de nuire à son travailleur, ou encore à titre de mesure de représailles.

Contrairement à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 qui organise un renversement de la charge de la preuve comme nous le verrons, dans le cadre de la théorie de l'abus de droit et conformément à l'article 870 du Code judiciaire, le travailleur qui se prévaut d'un abus de droit de la part de son employeur, doit le prouver. Celui-ci doit établir une faute dans le chef de son employeur en lien causale avec son dommage. Notons que le dommage dont le travailleur doit se prévaloir doit être distinct du préjudice lui-même réparé par l'indemnité compensatoire de préavis.

La preuve de ces trois éléments étant souvent très difficile à apporter, les hypothèses d'échec sont assez fréquentes. A cela il faut ajouter le caractère marginal du contrôle judiciaire, qui ne pouvait sanctionner qu'un comportement manifestement déraisonnable. Cette situation a très certainement fortement participé à l'idée de certains auteurs de concevoir le droit de l'employeur comme un droit discrétionnaire⁵⁴.

La théorie de l'abus de droit était surtout et principalement invoquée par les travailleurs employés, qui se voyaient soustraits au régime beaucoup plus protecteur de l'article 63 de la loi de 1978.

⁵⁴ F. LAMBINET, S. GILSON, « Chapitre 5 – Le droit belge du licenciement est-il conforme aux exigences du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt K.M.C. c/ Hongrie ? – L'audition préalable au licenciement et la motivation du congé en question » in *Le droit du travail au XXI ieme siècle*, Bruxelles, Editions Larcier, 2015, p. 414.

Notons que la théorie de l'abus de droit constitue toujours à l'heure actuelle, et ce malgré la convention collective n°109, un moyen d'agir et de contester un licenciement que l'on estimerait abusif. On imagine très bien un travailleur licencié y recourir lorsqu'il a été licencié pour un « juste » motif, comme l'inaptitude professionnelle, mais que l'employeur a rendu publique de manière humiliante et non nécessaire. Le licenciement n'est pas manifestement déraisonnable au sens de la convention collective n°109 si l'inaptitude est prouvée, mais il peut y avoir abus de droit car le droit de licencier a été exercé de la manière la plus préjudiciable pour le travailleur⁵⁵.

Section 3 : Exceptions à l'absence d'obligation de motivation du licenciement

I. L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978

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

Comme précisé dans la disposition, le régime protecteur de l'article 63 a vocation à ne s'appliquer qu'aux ouvriers, et non aux employés. Par cette mesure, le but du législateur était de garantir une plus grande stabilité de l'emploi aux ouvriers qui étaient moins bien traités en ce qui concernait le délai de préavis que l'employeur devait respecter lors du licenciement. Le législateur a donc introduit une différence de traitement entre les ouvriers et employés en vue d'en compenser une autre.

S'agissant des employés, à défaut de pouvoir se prévaloir du régime de l'article 63, ils devaient agir sur base de la théorie de l'abus de droit en prouvant eux-mêmes une faute en lien causal avec un dommage comme déjà exposé plus haut.

Seuls les ouvriers engagés dans le secteur privé au terme d'un contrat à durée indéterminée sont visés.

L'article 63 ne crée en rien une obligation de motivation formelle à charge de l'employeur. Il s'agit simplement d'une obligation de motivation à posteriori, d'une obligation de motivation « indirecte ». L'obligation ne s'enclenchera que si l'ouvrier licencié conteste la mesure de licenciement. Dans ce cas, l'employeur devra motiver le licenciement et prouver les motifs le justifiant. L'ouvrier pourra par-là connaître les raisons qui ont entraîné son licenciement.

⁵⁵ L. PELZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 388.

Via l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, le législateur a introduit une mesure de renversement de la charge de la preuve du caractère abusif du licenciement. C'est à l'employeur que reviendra la charge de motiver le licenciement et de prouver que celui-ci repose bien sur l'un des motifs visés par la loi.

L'employeur devra ainsi prouver que sa décision se justifie soit en raison de l'aptitude, de la conduite de l'ouvrier ou en raison des nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. On parle de motivation dite « fermée ».

En cas d'échec de l'employeur, le juge qualifiera le licenciement d'abusif et imposera à l'employeur de payer au travailleur une indemnité s'élevant à six mois de rémunération. Le droit du travail étant un droit qualifié « d'indemnitaire », le juge ne pourra jamais imposer à l'employeur de réintégrer l'ouvrier dans son entreprise.

La Cour de cassation a rendu deux arrêts en 2010 concernant l'interprétation à faire de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978. Par ces deux arrêts, la Cour renforce la protection mise en place au profit des ouvriers. En effet, dans l'arrêt du 22 novembre 2010, la Cour précise que : « *un licenciement pour un motif lié à l'aptitude ou à la conduite de l'ouvrier est arbitraire si le motif est manifestement déraisonnable* ⁵⁶ ». En plus de devoir être basé sur un des motifs identifiés dans la loi et donc sur un motif légitime, la Cour de cassation nous dit que le licenciement devra être basé sur un motif dit « raisonnable ». Elle permet ainsi aux juges d'exercer un réel contrôle de proportionnalité entre le motif invoqué par l'employeur et sa décision de mettre fin au contrat de travail⁵⁷.

II. Licenciement pour motif grave

L'hypothèse du licenciement pour motif grave est visée à l'article 35 de la loi sur le contrat de travail. Contrairement à l'article 63 de la même loi, cet article s'applique de manière générale, aux employés et ouvriers, tant du secteur privé que du secteur public.

On peut y lire : « *Chacune des parties peut résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu. Est considérée comme constituant un motif grave, toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur. Le congé pour motif grave ne peut plus être donné sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui donne congé, depuis trois jours ouvrables au moins* ⁵⁸ ».

On permet à l'employeur de licencier son travailleur sans donner de délai de préavis, ni d'indemnité compensatoire de préavis lorsque celui-ci constate une faute grave commise par le travailleur. Par

⁵⁶ Cass., 22 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 3.

⁵⁷ F. KÉFER, « La motivation du licenciement en droit belge », *Rev. Dr. Ulg*, 2011/3-4, pp. 438-448.

⁵⁸ Art. 35 de la loi 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.

faute grave, il faut entendre toute erreur de conduite que ne commettrait pas un travailleur normalement prudent et diligent et qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle future entre l'employeur et son travailleur.

L'employeur appréciera lui-même, de manière subjective le caractère grave de la faute. Néanmoins, le travailleur aura toujours la possibilité de saisir *a posteriori* les juridictions afin qu'elles contrôlent la légitimité du licenciement pour motif grave⁵⁹.

En ce qui concerne les conditions de forme, l'article 35 exige que la notification du congé intervienne dans un délai de trois jours suivant la connaissance certaine des faits constitutifs de faute grave.

L'article 34, alinéa 4 implique, quant à lui, que l'employeur doit observer un nouveau délai de trois jours endéans lequel il va devoir notifier au travailleur les motifs graves. Ce nouveau délai de trois jours prend cours à la date de notification effective du congé. C'est bien cette obligation dans le cadre du licenciement pour motif grave qui constitue l'exception au principe selon lequel il n'y a pas d'obligation générale de motivation du licenciement.

Ces deux dispositions sont toujours d'application malgré l'entrée en vigueur de la convention collective n°109.

III. Hypothèses de protection de certains travailleurs contre le licenciement

Un certain nombre de dispositions légales ont pour objet de protéger certains travailleurs en interdisant leur licenciement pour certains motifs. On distingue deux manières de procéder.

La première possibilité pour le législateur est de n'autoriser le licenciement que pour certains motifs. Tel est par exemple le cas pour les travailleurs qui représentent le personnel au Conseil d'entreprise ou au Comité pour la prévention et la protection au travail⁶⁰. Dans ce cas, la loi impose à l'employeur de saisir une juridiction du travail ou un organe paritaire afin que ces derniers procèdent à un contrôle de la réalité du motif invoqué et qu'ils autorisent ou non le licenciement sur base du motif en question. L'employeur devra motiver le licenciement *a priori*. On parle d'autorisation préalable. Le contrôle est *a priori*⁶¹.

L'autre moyen consiste à autoriser et légitimer le licenciement sauf lorsque celui-ci se base sur un des motifs qui justifient la protection. On vise notamment à protéger la travailleuse enceinte⁶², le travailleur

⁵⁹ H-F. LENAERTS, J-Y. VERSLYPE et A. FRY, G. WILLEMS, « Chapitre 7 - Licenciement pour motif grave » in *La rupture du contrat de travail*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, pp. 195-249.

⁶⁰ 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, p. 6413.

⁶¹ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, Limal, Anthemis, 2014, p. 112.

⁶² Art. 40 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail.

qui demande un congé parental⁶³ ou encore le travailleur ayant introduit une plainte pour violation des dispositions légales sur la non-discrimination⁶⁴. Le contrôle du motif ici ne sera pas *a priori* mais bien *a posteriori*. L'employeur notifie le congé, sans devoir émettre une motivation. Ce n'est qu'en cas de contestation de la part du « travailleur protégé » que l'employeur devra apporter la preuve que la cause du licenciement est étrangère au motif qui sert de base à la protection légale. Il existe donc une obligation de motivation du congé mais *a posteriori*⁶⁵.

IV. La loi du 29 juillet 1991

La loi du 29 juillet 1991 concerne le secteur public. Nous l'avons vu, l'article 63 de la loi de 1978 ne s'applique qu'au secteur privé. Nous verrons prochainement que la convention collective n°109 ne s'élargit pas non plus au secteur public. La loi du 29 juillet 1991 impose aux autorités administratives de motiver formellement les actes qualifiés d'actes administratifs rendus par elles. Une certaine partie de la doctrine considère que l'autorité administrative, lorsqu'elle agit en tant qu'employeur, est tenue de motiver formellement la rupture du contrat de travail⁶⁶.

Cependant, récemment, la Cour constitutionnelle a jugé par un arrêt du 12 octobre 2015 que l'acte par lequel on licencie un contractuel du secteur public ne constituait pas un acte administratif au sens de la loi de 1991 mais plutôt un acte privé non soumis à elle. L'autorité agissant en tant qu'employeur n'exercerait pas l'autorité administrative, les prérogatives de la puissance publique. Le travailleur n'étant quant à lui, pas non plus un administré dans ce genre de situation⁶⁷.

En 2016, dans un arrêt du 27 septembre 2016, le Conseil d'état s'est rallié à la Cour de cassation en faisant référence à sa jurisprudence.

La vision de la Cour de cassation et du Conseil d'état a évidemment fait parler d'elle auprès d'une certaine partie de la doctrine qui remet en cause sa pertinence.

L'exception de la loi de 1991 au principe de base de non motivation ne serait donc plus d'actualité.

⁶³ Art 15 de la CCT n°64 du 29 avril 1997 instituant un droit au congé parental.

⁶⁴ Art 17 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

⁶⁵ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, Limal, Anthemis, 2014, p. 113.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ S. GILSON, F. LAMBINET, « Le licenciement des contractuels de la fonction publique : actualisation (2) », *B.S.J.*, 2017/595, pp. 9-10.

Chapitre 2 : Un contexte international et national favorable au changement. Les éléments déclencheurs de la convention collective n°109

Section 1 : Contexte international

Le contexte international a joué un grand rôle dans la décision d'agir en matière de motivation du licenciement. L'obligation de motivation a très vite été consacrée en droit international au travers de diverses conventions et chartes. Au vu de la pression croissante qui pesait sur elle, la Belgique n'a plus eu d'autres choix que de « céder » à celle-ci.

Notons que, contrairement à la Belgique, un certain nombre de pays européens ont reconnu assez tôt ce principe constituant un droit pour le travailleur⁶⁸.

I. La convention n°158 de l'O.I.T.

Le 22 juin 1982, la convention n°158 fut adoptée au sein de l'organisation internationale du travail. Cette convention très innovante dans le domaine ne fut malheureusement pas ratifiée par la Belgique, notamment en raison du système de motivation du licenciement qu'elle consacre.

L'examen de la convention a déjà fait l'objet d'une section précédente mais rappelons simplement que l'article 4 stipule en effet que : « Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ».

Les articles 5 et 6 listent quant à eux une série de motifs considérés comme non valables.

Deux de nos pays limitrophes que sont le Luxembourg et la France ont pour leur part ratifié la convention. La France a même été jusqu'à reconnaître un effet direct à la convention⁶⁹.

La convention de l'O.I.T. a sans aucun doute été l'un des éléments ayant contribué à la décision de légiférer en la matière. Nous le verrons, certains points du régime établi par la convention collective n°109 sont très fortement calqués sur les règles de la convention internationale.

⁶⁸ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *Chron. D. S.*, 2014, liv. 3., p. 140.

⁶⁹ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 140.

II. La Charte sociale européenne et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Au niveau européen, nous avons tout d'abord la Charte sociale européenne.

L'article 24 mentionne : « a) le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ; b) le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée. À cette fin, les parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial ».

Nous le savons, l'article 24 de la Charte a fait l'objet d'une réserve par la Belgique. Le projet de loi portant assentiment à la Charte déclare au sujet de l'article 24 : « Cet article se base sur la Convention n° 158 de l'O.I.T. en matière de cessation de la relation de travail qui, pour de nombreux - ses raisons, n'a pu être ratifiée par la Belgique. L'obstacle principal résidait dans l'obligation de motivation de la cessation de l'occupation. En effet, en droit belge, le licenciement n'est généralement pas motivé, sauf pour certaines catégories bien déterminées de travailleurs protégés tels que les femmes enceintes. Étant donné que ce nouvel article part lui aussi de l'obligation de motivation, le gouvernement propose de ne pas le ratifier ⁷⁰ ».

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée en 2000 fait, elle aussi, référence à la motivation du licenciement, mais de manière plus abstraite. L'article 30 stipule : « Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ».

Bien que la Belgique ait ratifié sans réserve la Charte, son caractère contraignant et le caractère contraignant de l'article 30 en particulier est controversé.

Certains auteurs pensent que l'article 30 ne constitue pas un droit reconnu par la Charte mais bien un principe que celle-ci consacre. Il ne s'agit donc pas d'accorder un droit subjectif que pourrait soulever le justiciable dans ses rapports horizontaux avec son employeur⁷¹. Afin que le travailleur puisse s'en prévaloir de manière directe, des mesures d'exécution, de mise en œuvre sont nécessaires⁷².

L'absence d'effet direct de la disposition n'empêche pas que les Etats membres de l'Union Européenne ont l'obligation de promouvoir les principes de la Charte. En ce sens, S. Gilson et F.

⁷⁰ Projet de loi portant assentiment à la Charte sociale européenne révisée et à l'Annexe, faites à Strasbourg le 3 mai 1996, Exposé des motifs, Doc. Parl., Sén., sess. ord. 2000-2001, Doc. 2-838/1.

⁷¹ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés : commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, Limal, Anthemis, 2014, p. 111.

⁷² F. LAMBINET, S. GILSON, « Chapitre 5 – Le droit belge du licenciement est-il conforme aux exigences du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt K.M.C. c/ Hongrie ? – L'audition préalable au licenciement et la motivation du congé en question » in *Le droit du travail au XXI ieme siècle*, Bruxelles, Editions Larcier, 2015, p. 381.

Lambinet considèrent que l'adoption de la convention collective n°109 était indispensable pour le respect de l'article 30 par la Belgique et que celle-ci doit être interprétée à la lumière de l'article 30⁷³.

D'autres cependant considèrent que par le traité de Lisbonne du 19 octobre 2007, ratifié par la Belgique, la charte a acquis force contraignante en tant que norme de droit primaire de l'Union européenne⁷⁴.

III. La Convention européenne des droits de l'homme et l'arrêt K.M.C. c. Hongrie, 10 juillet 2012.

Le 10 juillet 2012, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt très important pour le sujet que nous traitons, à savoir la motivation du licenciement.

La décision de la Cour n'a ainsi fait que renforcer la pression internationale qui pesait déjà sur la Belgique.

Au vu de l'influence qu'a eu cet arrêt sur l'adoption de notre régime actuel en matière de motivation du licenciement, il nous semble essentiel de nous y attarder quelque peu.

A) Mise en contexte

Les faits en l'espèce remontent au 27 septembre 2010. Une fonctionnaire de nationalité hongroise est licenciée par les autorités hongroises. Son licenciement n'est pas motivé, ce qui ne pose pas de problème du point de vue de la législation hongroise. La loi ne prévoit aucune obligation pour l'employeur de justifier sa décision.

Pensant ne jamais obtenir gain de cause face à son employeur, la fonctionnaire Hongroise n'a pas introduit de procédure à son encontre.

Le 12 février 2011, les dispositions légales qui avaient servi de fondement à la notification du licenciement non motivé de la fonctionnaire vont être déclarées inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle de l'Etat. Celle-ci va aller au bout de ses idées et va déclarer non applicables ces mêmes dispositions dans les litiges introduits devant les juridictions hongroises⁷⁵.

⁷³ F. LAMBINET, S. GILSON, « Chapitre 5 – Le droit belge du licenciement est-il conforme aux exigences du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt K.M.C. c/ Hongrie ? – L'audition préalable au licenciement et la motivation du congé en question » in *Le droit du travail au XXI^e ième siècle*, Bruxelles, Editions Larcier, 2015, p. 382.

⁷⁴ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 141.

⁷⁵ « Absence de motivation du licenciement : violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », Commentaire de C.E.D.H., 10 juillet 2012, n° 19.554/1, <http://www.terralaboris.be/spip.php?article1266>.

La fonctionnaire y voit une lueur d'espoir et décide finalement d'introduire une action devant la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci va invoquer l'article 6 relatif à la garantie au procès équitable. L'absence de motivation, d'indications des motifs soutenant la décision de licenciement a eu pour effet de limiter son droit d'accès au juge et donc de pouvoir contester le licenciement de manière effective⁷⁶.

B) Décision de la Cour et enseignements

Avant de s'atteler à la résolution à proprement parlé du litige porté devant elle, la Cour a tenu à faire le point sur l'objet de l'article 6 de la convention. Pour ce faire, elle fait référence à sa jurisprudence passée, et notamment aux arrêts « Golder » et « Osman c. Royaume-Uni ».

L'article 6 consacre le droit pour chacun d'accéder aux juges, de faire entendre sa cause et ce, dans le cadre d'un procès équitable. Faisant preuve d'une certaine souplesse, la Cour précise toutefois que l'article 6 n'accorde pas de droit absolu et que certaines restrictions proportionnées peuvent être introduites par les Etats membres^{77 78}.

Elle en vient alors au cas d'espèce. La Cour déclare que : « *dès lors que l'employeur n'avait pas l'obligation de motiver ce licenciement, (...) il est inconcevable pour la requérante d'avoir intenté une action effective, à défaut de connaître la position de l'employeur mis en cause* » ; c'est alors qu'elle décide à l'unanimité qu'« *un tel recours limité ne peut être considéré comme étant un recours judiciaire effectif au sens de l'article 6, § 1^{er}* »⁷⁹.

La décision de la Cour est sans appel. Un lien réel existe entre la motivation du licenciement et le droit au procès équitable. En ne consacrant pas l'obligation de motiver le licenciement, la législation hongroise sur le statut juridique des fonctionnaires a mis la requérante dans l'impossibilité d'introduire de manière effective, une procédure de contestation du licenciement puisque celle-ci ignorait les motifs qui l'avaient soi-disant justifié.

L'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme est violé.

Cet arrêt très important en a étonné plus d'uns en ce que l'article 6 a normalement tendance à réguler le droit procédural, et non le droit matériel comme le droit du travail dans notre cas d'espèce⁸⁰.

Comme nous pouvons très clairement le constater, notre régime légal en matière de motivation du licenciement était en rupture totale avec l'enseignement que nous pouvons tirer de l'arrêt.

⁷⁶ O. DEPRINCE, « Motivation du licenciement après la loi du 26 décembre 2013 et la convention collective de travail n°109 : une insécurité juridique plus que jamais présente dans le secteur public », in *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, sous la coordination de M. Baukens, F. Rozenberg, F. Kéfer, Limal, Anthemis, 2014, p. 241.

⁷⁷ C.E.D.H., arrêt *Osman c. Royaume-Unis*, 28 October 1998, n° 23452/94, disponible sur <http://www.echr.coe.int>.

⁷⁸ C. DESMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *J.T.T.*, 2013, liv. 1165, p. 338.

⁷⁹ C.E.D.H., 10 juillet 2012, *K.M.C. c. Hongrie*, 19554/11, points 34 et 35.

⁸⁰ C. DESMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *op. cit.*, p. 338.

Notre système de non motivation des licenciements, au travers duquel un droit presque discrétionnaire est reconnu à l'employeur, est menacé. En effet, le caractère contraignant et obligatoire de cet arrêt est reconnu par une très grande partie de la doctrine. La Belgique est partie à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 46 de celle-ci impose aux Etats de se plier aux arrêts de la Cour. Par ailleurs, il a été largement reconnu que l'article 6 de la Convention a un effet direct en droit interne et qu'il s'impose donc dans les rapports entre travailleurs et employeurs⁸¹.

Certains auteurs, certes très minoritaires, soutiennent quant à eux que l'arrêt *K.M.C. contre Hongrie* ne serait pas applicable en droit belge au motif que les dispositions visées dans l'affaire ne nous sont pas contraignantes⁸². Ils semblent toutefois perdre de vue l'avis de la Cour dans l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*. Selon la Cour, « *Il n'est pas nécessaire que l'État défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée*⁸³ » pour que l'enseignement en question soit transposable⁸⁴.

Section 2 : Contexte national

Malgré un contexte international très porté sur la motivation du licenciement, le régime belge est resté pendant longtemps celui de la non motivation générale du licenciement.

Parallèlement à la pression du cadre international, on identifie également certains facteurs nationaux à l'adoption de la convention collective n°109.

Notre Cour constitutionnelle a été saisie à plusieurs reprises de questions préjudicielles au sujet de la différence des statuts ouvriers-employés. Les arrêts rendus par la Cour ont, sans aucun doute, eu un effet des plus importants sur l'adoption de la loi du 26 décembre 2013 et partant, sur l'adoption de la convention collective n°109.

Tout commence en 1993, lorsque la Cour d'arbitrage, devenue entre-temps la Cour constitutionnelle, se prononce sur la différence en termes de délais de préavis des ouvriers et employés licenciés ayant travaillé le même nombre d'années. On peut lire dans l'arrêt qu'en « *fondant la distinction entre ouvriers et employés sur la nature principalement manuelle ou intellectuelle de leur travail* » le législateur a créé une différence de traitement difficilement justifiable de manière objective et raisonnable en 1993. « *Ce constat ne permet toutefois pas de conclure qu'en n'ayant pas supprimé tout de suite et totalement cette distinction dans la loi du 3 juillet 1978, mais en l'ayant seulement atténuée, le législateur aurait violé (...) la constitution* ».

⁸¹ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », in *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, sous la coordination de M. BAUKENS, F. ROZENBERG, F. KÉFER, Limal, Anthemis, 2014, p. 180.

⁸² H. FUNCK, « L'arrêt K.M.C. c/ Hongrie: un arrêt non applicable en droit belge », *Chron. D.S.*, 2013, liv. 7, p. 400.

⁸³ C.E.D.H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008, *Chr.D.S.*, 2009, p. 403, note J. JACQMAIN.

⁸⁴ O. DEPRINCE, « Motivation du licenciement après la loi du 26 décembre 2013 et la convention collective de travail n°109 : une insécurité juridique plus que jamais présente dans le secteur public », *op. cit.*, p. 241.

La Cour considère que *"le législateur a donc pris une mesure qui est conforme à son objectif de rapprochement des statuts des ouvriers et des employés en préférant une harmonisation progressive de ceux-ci à une brusque suppression de la distinction de ces catégories professionnelles, spécialement dans une matière où les normes peuvent évoluer grâce à la négociation collective"*.

Par-là, la Cour admet que la différence de traitement entre ouvriers et employés en matière de délais de préavis, bien que justifiable au début du 20^{ième} siècle, ne se justifie plus en 1993. Toutefois, elle considère qu'il vaut mieux une harmonisation progressive plutôt qu'une modification brusque.

Quelques années plus tard, en 2001, la Cour constitutionnelle intervient à nouveau. Cette fois ci, c'est l'article 63 de la loi de 1978 concernant le licenciement abusif qui pose question, en ce qu'il ne s'applique qu'aux ouvriers.

La Cour a jugé que *"loin de créer une inégalité le législateur, en matière de stabilité de l'emploi, n'a introduit une différence de traitement que dans le souci d'en compenser une autre, celle qui privilégie les employés quant aux délais de préavis "*. La Cour estime donc que le régime de licenciement abusif uniquement applicable aux ouvriers crée certes une différence de traitement, mais que celle-ci se justifie puisqu'elle vise, en fin de compte, à en compenser une autre, existante en matière de délai de préavis. La Cour fait un lien direct entre la durée des délais de préavis et le licenciement abusif consacré par l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978⁸⁵.

Par ces deux arrêts, on peut clairement observer que la Cour constitutionnelle regrette la différence de traitement entre ouvriers et employés, potentiellement discriminatoire. Si elle s'expliquait auparavant par des raisons historiques, elle n'est actuellement plus justifiable de manière objective et raisonnable. On ne peut exiger du législateur qu'il agisse instantanément mais il est temps, selon elle, de procéder progressivement à une harmonisation des statuts.

Le législateur a alors adopté la loi du 12 avril 2011 modifiant la loi du 1^{er} février 2011 portant la prolongation de mesures de crise et l'exécution de l'accord interprofessionnel, et exécutant le compromis du gouvernement relatif au projet d'accord interprofessionnel.

Cette loi a pour objet de modifier de manière sensible les délais de préavis applicables aux contrats de travail qui prennent cours à partir du 1er janvier 2012.

Cependant, la Cour va à nouveau être saisie, et cette fois de deux questions préjudicielles. Elle y répondra dans un arrêt du 7 juillet 2011.

La première d'entre-elles était relative au traitement égalitaire face à des délais de préavis différents pour un ouvrier et un employé d'ancienneté égale.

⁸⁵ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *J.T.T.*, 2014, liv. 6565, p. 379.

La seconde, visait le jour de carence en cas d'incapacité de travail, uniquement applicable aux ouvriers.

La Cour va conclure à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution. Elle va toutefois maintenir les effets des dispositions pendant deux ans, jusqu'au 8 juillet 2013 au plus tard.

Le législateur se voit ainsi imposer pour la première fois un ultimatum pour effacer la différence de traitement entre ouvriers et employés en matière de délais de préavis et de jour de carence.

Les modifications progressives acceptées en 1993 et 2001 ne satisfont plus la Cour constitutionnelle.

Par la loi du 26 décembre 2013, le législateur a finalement, bien que tardivement, exécuté l'arrêt du 7 juillet 2011 de la Cour constitutionnelle. Celle-ci propose un statut unique pour les ouvriers et employés.

L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ayant été introduit en vue de palier une différence de traitement existante entre les ouvriers et les employés en matière de préavis, a été abrogé, ne présentant plus d'utilité sous la loi sur le statut unique.

A côté des différentes interventions de la Cour constitutionnelle, les différents régimes dérogatoires au principe de non motivation et la théorie de l'abus de droit ont également mené le législateur belge à revoir sa législation et à introduire un système « généralisé » de motivation du licenciement.

Chapitre 3 : La convention collective n°109

Section 1 : Introduction et présentation

La convention collective impose désormais la motivation du licenciement.

Elle crée un droit pour le travailleur d'exiger de son employeur qu'il lui communique les motifs soutenant la décision de son licenciement.

Elle prévoit en outre, une indemnité en faveur du travailleur victime d'un « *licenciement manifestement déraisonnable* ».

A l'heure actuelle il n'existe aucune loi au sens large qui interdise le licenciement. Il s'agit simplement de sanctionner le licenciement irrégulier par le paiement d'indemnités protectrices⁸⁶.

⁸⁶ J-Fr. FUNCK, « Le rôle créateur du juge », *Orientations*, 2008, p. 32.

F. Kéfer constatait que : « *même les protections contre le licenciement dont bénéficient certains travailleurs n'ont jamais pour effet que d'alourdir la sanction indemnitaire ; elles ne peuvent priver l'employeur ou le travailleur de la possibilité de rompre seul le contrat* ⁸⁷ ».

La CCT n°109 est toujours dans le même ordre d'idée et ne change en rien ce principe⁸⁸.

Le régime imaginé par les partenaires sociaux doit s'apprécier en deux temps. C'est pourquoi on parle d'un mécanisme à deux vitesses.

Premièrement, la convention collective n°109 ouvre le droit au travailleur d'exiger les motifs justifiant le licenciement. Il s'agit donc d'une obligation de motivation *a posteriori*, et uniquement sur demande du travailleur.

En second lieu, la convention prévoit la possibilité pour le travailleur de soumettre les motifs au contrôle du juge afin d'en apprécier leur caractère raisonnable⁸⁹.

Section 2 : Une convention collective, un choix surprenant

À la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 juillet 2011 relatif aux délais de préavis et au jour de carence, les partenaires sociaux et le gouvernement ont débuté les négociations visant la suppression des différences de traitement entre ouvriers et employés.

Le 5 juillet 2013, le gouvernement est arrivé à un compromis traduit lui-même dans la loi du 26 décembre 2013. Dans la mesure où cette loi vise à introduire un statut unique entre ouvriers et employés, il a fallu prendre la peine d'effacer les traces de traitement inégalitaire. C'est pourquoi, après discussions sur le sort de l'article 63, les négociateurs ont fait le choix de l'abroger.

L'article 38 1° de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence, ainsi que des mesures d'accompagnement, déclare :

« L'article 63 de la même loi, modifié par la loi du 22 janvier 1985 et l'arrêté royal du 21 mai 1991 cesse de s'appliquer :

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

⁸⁷ F. KÉFER, « La renonciation, l'abdication et la rupture du contrat de travail » in *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthémis, 2015, p. 369.

⁸⁸ L. DEAR, A. LHOSTE, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 » in *Actualités en droit social*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, p. 48.

⁸⁹ Idem.

Le législateur a ainsi fait le choix de ne pas régler lui-même cette question pourtant essentielle et délicate, mais de déléguer la tâche aux partenaires sociaux.

Cette décision fut fortement critiquée, certains remettant en question sa légalité et sa légitimité. L. Dear et S. Gilson déclarent sur ce point ; « *on ne peut que déplorer le choix du législateur d'avoir confié aux partenaires sociaux le soin de régler la question.* ⁹⁰».

Le Conseil d'état s'est emparé de la question de savoir si l'article 38 1°, en ce qu'il délègue le travail aux partenaires sociaux, était conforme à la Constitution. A cette question, le Conseil d'Etat a répondu par la négative. Le législateur a l'obligation de prendre en charge tous les éléments essentiels du régime et ne peut que déléguer les éléments d'exécution et de mise en œuvre de celui-ci au Roi⁹¹. Mais en aucun cas, il ne peut être question pour le législateur, de charger des interlocuteurs sociaux représentés au sein d'un organe de concertation paritaire, d'établir le régime en entier par la conclusion d'une convention collective de travail, qui sera par la suite rendue obligatoire⁹².

L'avis du Conseil d'Etat n'est pas celui du gouvernement. La ministre de l'Emploi déclare « *qu'il ne s'agit pas d'une délégation de compétence. En effet, dans le cadre de son pouvoir autonome, le Conseil National du Travail est compétent pour conclure une convention collective de travail dans la mesure où elle règle les droits et obligations des employeurs et des travailleurs. La loi ne fait que régler les conséquences d'une telle conclusion en prévoyant que l'article 63 ne sera plus applicable* ⁹³».

Les implications d'une telle décision ne sont pas sans importance. L'une des conséquences majeures impacte le champ d'application de l'obligation de motivation du licenciement instaurée par la convention collective n°109. En effet, la CCT n° 109 n'est pas applicable au secteur public : elle s'applique uniquement aux employeurs qui relèvent du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et leurs travailleurs, c'est-à-dire, essentiellement, aux employeurs du secteur privé⁹⁴.

S'agissant du secteur public, il est prévu à l'article 38 de la loi du 26 décembre 2013 qu'un régime similaire sera mis en place. Cependant, à l'heure actuelle, rien n'a été fait⁹⁵.

Fort heureusement, la Cour constitutionnelle a jugé dans un arrêt du 30 juin 2016 (n° 101/2016), que l'absence de législation pour le secteur public constituait une lacune entraînant une discrimination au détriment des travailleurs du secteur public. Ceux-ci ne profitant d'aucun régime analogue à la

⁹⁰ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 163.

⁹¹ N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, « 6 – La motivation du licenciement » in *Harmonisation des statuts ouvriers–employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, Bruxelles, Editions Larcier, 2014, p. 200.

⁹² Avis du C.E., Doc. parl., Chambre, sess. 2013-2014, Doc. 33 3144/001, p. 116.

⁹³ Doc. parl., Chambre, sess. 2013-2014, Exposé des motifs, Doc. 53 3144/001, pp. 26-27.

⁹⁴ S. GILSON, F. LAMBINET, « Le licenciement des contractuels de la fonction publique : actualisation (2) », *B.S.J.*, 2017/595, pp. 9-10.

⁹⁵ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 163.

protection instaurée par la CCT n° 109. Elle déclare ; « *il appartient au législateur d'adopter sans délai un régime de protection contre les licenciements manifestement déraisonnables pour les travailleurs visés à l'article 38, 2°, de la loi du 26 décembre 2013, d'autant qu'un nouveau régime a déjà été adopté, avec effet au 1^{er} avril 2014, pour les travailleurs visés à l'article 38, 1°, de la même loi* », et que, « *dans l'attente de l'intervention du législateur, il appartient aux juridictions, en application du droit commun des obligations, de garantir sans discrimination les droits de tous les travailleurs du secteur public en cas de licenciement manifestement déraisonnable, en s'inspirant, le cas échéant, de la convention collective de travail n° 109* ⁹⁶ » ; Grâce à l'intervention de la Cour constitutionnelle, dans l'attente d'une solution législative sur mesure, les juridictions du travail sont invitées à leur appliquer ce que prévoit la CCT n° 109⁹⁷.

Une autre conséquence regrettable du choix de recourir à une convention collective pour régler la problématique de la motivation du licenciement et du licenciement manifestement déraisonnable, est l'absence de possibilité de contrôler la constitutionnalité de la convention. Nous le savons, seuls les actes de nature législative sont contrôlés par la Cour constitutionnelle⁹⁸.

Était-ce voulu par le législateur ? La convention fait suite à un arrêt de la Cour constitutionnelle déclarant inconstitutionnelle la différence de traitement entre ouvriers et employés. En agissant de la sorte, le législateur a-t-il souhaité réduire toutes les chances qu'un scénario similaire se produise à nouveau ?⁹⁹.

Quelle que soit la conclusion quant à la légalité ou non d'une telle convention collective, on ne peut que s'étonner du choix du législateur de se délester, au profit des partenaires sociaux, d'une matière qui a, on peut le dire, révolutionné notre droit du licenciement¹⁰⁰.

Cela étant dit, il nous faut tout de même reconnaître que l'intervention d'acteurs actifs sur le terrain dans le cadre d'une concertation sociale, a pu, sans aucun doute, être bénéfique et apporter une plus-value lors de la rédaction du nouveau régime¹⁰¹.

⁹⁶ C. const., 30 juin 2016, n°101/2016, A.P.T., 2016/4, pp. 570-572.

⁹⁷ S. GILSON, F. LAMBINET, « Le licenciement des contractuels de la fonction publique : actualisation (2) », *B.S.J.*, 2017/595, pp. 9-10.

⁹⁸ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *J.T.T.*, 2014, liv. 1191, p. 263.

⁹⁹ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁰ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *Orientations*, 2014, liv. 4, p. 3.

¹⁰¹ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 142.

Section 3 : Les objectifs poursuivis par la convention collective n°109

La convention collective de travail n°109 qui porte exécution à l'article 38 1° de la loi du 26 décembre 2013, vise tout d'abord à gommer une différence de traitement entre ouvriers et employés qui impliquait une certaine insécurité juridique. En effet, sous l'angle de la contestation de leur licenciement, les deux catégories de travailleurs n'étaient pas sur un pied d'égalité. Alors que l'ouvrier bénéficiait du régime protecteur de l'article 63 de la loi de 1978, l'employé, lui, devait se rabattre sur la théorie de l'abus de droit qui en pratique, n'amenait pas souvent l'employé à son but en raison des difficultés rencontrées lorsqu'il devait prouver ses dires¹⁰².

L'idée est, en outre, de consacrer par la motivation, le respect que doivent s'accorder les parties à un contrat de travail en vertu de l'article 16, al. 1 de la loi relative aux contrats de travail. Au nom de ce respect, l'employeur se doit d'exposer et d'expliquer les raisons pour lesquelles il fut amené à rompre le contrat et à prendre une décision qui est souvent lourde de conséquences pour le travailleur¹⁰³.

La convention a par ailleurs pour objet d'imposer une plus grande transparence dans le but de réduire les tensions inutiles et les contestations faites sur un coup de tête. En ayant connaissance des motifs à la base de son licenciement, le travailleur pourra davantage apprécier la nécessité et l'opportunité d'introduire une action en justice. Pour reprendre les termes du rapport joint à la convention collective, le travailleur « *pourra apprécier s'il peut contester ce licenciement sur la base des motifs invoqués à cet effet ou s'il peut accepter la décision de l'employeur de le licencier* ». Le rapport ajoute, que cela « *permettra d'éviter des procédures judiciaires* ». Elle illustre par-là, la conviction du Conseil national du travail que la communication peut éviter, dans une certaine mesure, les malentendus et les conflits en cas de licenciement¹⁰⁴.

De plus, on peut également souligner la volonté des négociateurs d'affirmer une fois pour toute, le caractère non discrétionnaire du droit de l'employeur de licencier. Bien que l'employeur se voit reconnaître un droit de gestion à l'égard de son entreprise et peut donc dans ce cadre-là prendre la décision de licencier un travailleur, ce droit n'est pas absolu. Il n'est pas question d'agir de façon ingrate, abusive ou disproportionnée. Ayant conscience qu'il pourra devoir justifier sa décision, l'employeur agira de manière plus réfléchie¹⁰⁵.

Finalement, la convention permet à la Belgique, dans une certaine mesure en tout cas, de se conformer aux différents instruments internationaux instaurant un système de motivation du licenciement. Il était devenu ingérable pour la Belgique de rester en total désaccord avec le droit international et européen. A côté de la convention n°158 de l'O.I.T., la Charte sociale européenne et la

¹⁰² Convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, 20 mars 2014, p. 3.

¹⁰³ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁴ Convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, 20 mars 2014, p. 3.

¹⁰⁵ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 6.

Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en 2012 a rajouté une pression devenue quasiment insurmontable.

Le rapport de la convention collective n°109 mentionne qu'elle entend « *faciliter ainsi l'accès à la justice en vue de la contestation du licenciement pour le travailleur qui a activé son droit en adressant une demande à l'employeur*¹⁰⁶ »

Les termes « accès à la justice » ne sont pas anodins. On y voit la référence directe qu'il est fait à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et donc de manière indirecte à l'arrêt K.M.C. c. Hongrie du 10 juillet 2012.

Section 4 : Régime juridique de la convention collective n°109

I. *Champ d'application de la convention collective n°109*

A) *Champ d'application temporel*

La convention collective n°109 est une convention collective à durée indéterminée. Son article 12 prévoit qu'elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2014, pour les congés donnés ou notifiés à partir de cette date, indépendamment du moment de la conclusion du contrat de travail¹⁰⁷.

Il faut entendre par congé « donné », le congé donné moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis. S'agissant du congé « notifié », les partenaires sociaux ont entendu viser le licenciement moyennant la prestation d'un préavis¹⁰⁸.

La durée du délai de préavis et par conséquent la date de fin de celui-ci n'importent pas, seule la date de notification est à observer puisque c'est elle qui impliquera ou non l'application de la convention collective n°109. Un travailleur licencié moyennant délai de préavis notifié avant le 1^{er} avril 2014, mais prestant son préavis à cette date, sera tout de même exclu de la convention.

L'article 12 poursuit en stipulant qu'« *elle pourra être révisée ou dénoncée à la demande de la partie signataire la plus diligente, moyennant un préavis de six mois* ». Pour ce faire, il faudra que : « *L'organisation qui prend l'initiative de la révision ou de la dénonciation doit indiquer, par lettre ordinaire adressée au Président du Conseil national du Travail, les motifs et déposer des propositions d'amendements que les autres organisations s'engagent à discuter au sein du Conseil national du Travail dans le délai d'un mois de leur réception.* ».

¹⁰⁶ Convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁷ J. CLESSE, « La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés » in *Questions spéciales de droit social, hommage à Michel Dumont* (J. CLESSE et J. HUBIN, dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 447.

¹⁰⁸ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 261.

B) Champ d'application matériel

1. Application limitée au secteur privé

Comme déjà mentionné *supra*, en agissant par convention collective, le champ d'application fut réduit aux employeurs et travailleurs relevant du secteur privé. En effet, la protection se trouve cantonnée au champ d'application général des conventions collectives, déterminé dans la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires¹⁰⁹.

Le premier point du paragraphe trois de l'article 2 de la loi du 5 décembre 1968 exclut de son champ d'application « *les personnes occupées par l'État, les Communautés, les Régions, les Commissions communautaires, les provinces, les communes, les établissements publics qui en dépendent et les organismes d'intérêt public* ». Le point trois exclut également : « *les membres du personnel subventionnés par l'État occupés par les établissements d'enseignement libre subventionnés* ».

La non application du régime aux employeurs et travailleurs du secteur public se trouve donc être une conséquence regrettable de la combinaison faite de l'article 38 de la loi sur le statut unique avec l'article 2 de la loi du 5 décembre 1968.

La loi du 26 décembre prévoit qu'un régime analogue devra être mis en place pour les travailleurs du secteur public sous contrat de travail.

A ce jour, rien n'a été prévu. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, un arrêt du 30 juin 2016 de la Cour constitutionnelle invite les juridictions du travail à leur appliquer ce que prévoit la CCT n° 109 en attendant qu'une solution sur mesure leur soit accordée.

2. Uniquement en cas de licenciement

Les articles 3 et 8 de la convention font tous deux référence à la notion de « licenciement ».

Afin de déclencher l'application de la convention, il faudra qu'il ait été mis fin au contrat par une décision unilatérale de l'employeur. Les autres causes d'extinction du contrat de travail, à savoir par exemple, la rupture de commun accord, la démission du travailleur, le décès de celui-ci, ou encore l'échéance du terme en cas de contrat à durée déterminée, ne sont pas soumises à « l'obligation » de motivation prévue par la CCT¹¹⁰.

¹⁰⁹ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁰ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 142.

C) Champ d'application personnel

1. Application limitée aux travailleurs salariés sous contrat de travail

Le paragraphe premier de l'article 2 de la CCT n°109 nous informe que ; « *La présente convention collective de travail s'applique aux travailleurs engagés dans les liens d'un contrat de travail ainsi qu'aux employeurs qui les occupent.* ».

Bien que la CCT vise uniquement les travailleurs et employeurs relevant du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives, les contrats de travail qu'elle entend réglementer ne sont pas uniquement ceux visés par la loi du 3 juillet 1978. La convention collective s'applique donc tout autant lors du licenciement d'un travailleur engagé dans les liens d'un contrat de travail de sportif rémunéré, ou encore, lors du licenciement d'un travailleur ayant conclu un contrat avec une entreprise de titres-services¹¹¹.

En son paragraphe 2, le même article exclut expressément les contrats de travail intérimaires et les contrats d'occupation d'étudiant.

Par ailleurs, la convention s'applique-t-elle de la même manière aux contrats à durée déterminée qu'aux contrats à durée indéterminée ?

Les articles 2 et 3 de la convention, relatifs à son champ d'application, ne font aucune référence à la durée pour laquelle le contrat aurait été conclu. La convention semblerait donc ne pas faire de distinction selon que le contrat aurait été conclu à durée déterminée ou indéterminée. Autrement dit, le critère de la durée du contrat ne serait pas un critère pertinent pour déterminer l'applicabilité ou non de la convention¹¹².

Cependant, lorsque l'on se penche sur le chapitre 4 de la convention, et plus précisément sur l'article 8 du chapitre 4, on y voit une référence directe et expresse au contrat à durée indéterminée. L'article 8 définit le licenciement manifestement déraisonnable qui ouvre le droit à des indemnités. Les partenaires sociaux ont prévu ; « *Un licenciement manifestement déraisonnable est le licenciement d'un travailleur **engagé pour une durée indéterminée**, qui se base sur des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, et qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable.* ».

Comme nous le disions précédemment, la convention met en place un régime devant s'apprécier en deux temps. Le droit de connaître les motifs concrets qui justifient le licenciement précède le droit de

¹¹¹ J. CLESSE, « La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés » in *Questions spéciales de droit social, hommage à Michel Dumont* (J. CLESSE et J. HUBIN, dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 447.

¹¹² M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 261.

recourir au contrôle du juge afin d'en apprécier le caractère raisonnable et d'obtenir des indemnités pour licenciement manifestement déraisonnable, le cas échéant.

Alors que l'article 3 se rapporte au premier volet, l'article 8 quant à lui, fait référence au second.

On peut donc conclure de ce constat, qu'un travailleur engagé pour une durée déterminée aurait parfaitement le droit de réclamer et exiger de son employeur qu'il lui communique les motifs de son licenciement mais qu'il n'aurait, en revanche, pas la possibilité d'obtenir une indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable étant donné que l'article 8 fait uniquement référence aux contrats à durée indéterminée.

M.-L. Wantiez et G. Lemaire ont écrit à ce propos ; « *Si l'on s'en tient uniquement au champ d'application matériel tel que défini à l'article 2, il semblerait que la convention collective de travail s'applique aux contrats de travail indépendamment de la durée pour laquelle ils ont été conclus. Toutefois, quand il s'agira de déterminer, au regard des critères définis par la convention collective de travail, si le licenciement est abusif, une première étape consistera à vérifier si le contrat a été conclu à durée déterminée ou à durée indéterminée* ¹¹³ ».

Selon ces mêmes auteurs, si le travailleur sous contrat à durée déterminée ne peut obtenir d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable, il pourra réclamer l'amende civile liée à l'absence de motivation dans le cas où l'employeur n'a pas communiqué les motifs *a posteriori* ¹¹⁴.

D'autres auteurs considèrent que c'est en totalité que la convention collective n°109 ne s'applique pas aux contrats à durée déterminée ^{115 116}.

Quoi qu'il en soit, on regrette cette différence de traitement. Les partenaires sociaux qui avaient pour but de « *dissiper l'insécurité juridique liée à une différence de traitement entre ouvriers (article 63 de la loi du 3 juillet 1978, relatif au licenciement abusif) et employés (théorie de l'abus de droit) en ce qui concerne les possibilités de contester leur licenciement* ¹¹⁷ », n'ont-ils pas introduit une nouvelle discrimination, cette fois entre travailleurs engagés pour une durée déterminée et ceux engagés pour une durée indéterminée ?

¹¹³ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 261.

¹¹⁴ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *op. cit.*, p. 262.

¹¹⁵ L. DEAR, A. LHOSTE, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 » in *Actualités en droit social*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, p. 48.

¹¹⁶ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁷ Convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, 20 mars 2014, p. 1.

2. Exclusions de certains travailleurs

i. Les travailleurs faisant l'objet d'un préavis réduit

A l'égard des préavis réduits, la convention prévoit un cas d'exclusion partiel. La convention s'appliquera, mais uniquement en partie.

Sont visés, par cette exclusion partielle, les travailleurs pour lesquels la loi du 26 décembre 2013 a prévu des délais de préavis dérogatoires et inférieurs aux délais de préavis ordinaires. Autrement dit, sont visés, des travailleurs qui ne font pas partie du régime du statut unique, de l'harmonisation.

L'article 70 de la loi du 26 décembre 2013 distingue deux catégories de travailleurs auxquelles les délais de préavis réduits sont applicables. Les travailleurs auxquels s'applique **structurellement** un préavis réduit et ceux auxquels s'applique **temporairement** un préavis réduit.

Par référence à l'article 70, la convention collective n°109 s'empare de cette distinction et propose un régime compensatoire adapté et distinct pour chaque catégorie.

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

Les travailleurs soumis au régime dérogatoire des délais de préavis réduits de manière permanente ne se verront appliquer que le chapitre V de la convention collective n°109. Le reste de la convention leur est indifférent.

Les travailleurs concernés sont essentiellement les travailleurs relevant du secteur de la construction¹¹⁸.

S'agissant des travailleurs soumis au régime dérogatoire de manière temporaire, les partenaires sociaux ont prévu des solutions différentes en fonction du temps. Jusqu'au 31 décembre 2015, seul le chapitre V leur est applicable. La situation des travailleurs soumis de manière temporaire au préavis réduit est identique à celle des travailleurs soumis de manière permanente donc. A partir du 1^{er} janvier 2016, la convention collective n°109 leur est applicable dans sa totalité. La date du 1^{er} janvier 2016 comme date « seuil » n'est cependant pas très logique à partir du moment où l'article 70 §1 de la loi du 26 décembre 2013 prévoit que le régime dérogatoire temporaire sort ses effets jusqu'au 31 décembre 2017¹¹⁹. Les partenaires sociaux semblent ne pas avoir voulu aligner ces deux textes¹²⁰.

¹¹⁸ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁹ Idem.

Le chapitre V est composé d'un seul article, l'article 11 de la convention. Celui-ci reprend le mécanisme qui était prévu par l'article 63 de la loi relative aux contrats de travail. Il s'agit ainsi d'un régime de licenciement abusif, qui énumère de manière limitative les motifs devant fonder la décision de licenciement et qui fait reposer la charge de la preuve sur l'employeur¹²¹.

Les travailleurs, soumis au régime dérogatoire de manière permanente, ne pourront donc pas se prévaloir des règles de la convention, relatives à la motivation du licenciement et au licenciement manifestement déraisonnable. Les autres, soumis aux préavis réduits de manière temporaire, ont pu commencer à s'en prévaloir à partir du 1^{er} janvier 2016¹²².

Bien que les raisons qui ont poussé les partenaires sociaux à prévoir ce système dérogatoire de l'article 11 ne sont pas exposées, que ce soit dans la convention, dans le rapport ou dans les commentaires des dispositions, on peut fortement considérer qu'ils avaient pour but de compenser un traitement moins favorable touchant les délais de préavis. Les partenaires sociaux ont donc maintenu un mécanisme plus favorable dont la charge de la preuve repose uniquement sur l'employeur.

ii. Les travailleurs licenciés au terme d'une procédure spéciale

La convention collective n°109 précise par l'intermédiaire de l'article 2 §3 qu'elle ne s'appliquera pas aux travailleurs « *qui font l'objet d'un licenciement pour lequel l'employeur doit suivre une procédure spéciale de licenciement fixée par la loi ou par une convention collective de travail.* ».

Cette exclusion vaut également lorsque la procédure spéciale de licenciement n'a pas été respectée par l'employeur¹²³.

Le commentaire de l'article 2 donne pour exemples de procédure spéciale ; « *la procédure qui doit être suivie pour le licenciement des représentants des travailleurs au conseil d'entreprise et au comité pour la prévention et la protection au travail ainsi que des candidats non élus à ces organes sur la base de la loi du 19 mars 1991 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, ou la procédure qui doit être suivie pour le licenciement des conseillers en prévention sur la base de la loi du 20 décembre 2002 portant protection des conseillers en prévention.* ».

On peut ajouter à cette liste, la procédure à observer en cas de licenciement d'un délégué syndical, la procédure à suivre en cas de licenciement pour motifs graves et celle du licenciement visé par une

¹²⁰ N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, « 6 – La motivation du licenciement » in *Harmonisation des statuts ouvriers – employés*, Bruxelles, Editions Larcier, 2014, p. 203.

¹²¹ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 212.

¹²² P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 5.

¹²³ D. DEJONGHE, K. DECRUYENAERE, « *Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De CAO, nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht* », *Or.*, 2014/4, p. 96.

procédure sectorielle de stabilité d'emploi¹²⁴. Pour finir, une procédure spéciale pourrait également résulter d'une convention collective d'entreprise¹²⁵.

L'origine, la raison pour laquelle les partenaires sociaux ont adopté cette exclusion, réside dans le fait que ces procédures spéciales impliquent en principe elles-mêmes une motivation du licenciement. Les motifs qui auront justifié le licenciement auront, en principe, été préalablement admis par l'organe compétent (la commission paritaire, le comité pour la prévention et la protection au travail, le comité d'avis ou par le tribunal en cas de motif grave) et ils auront, par ailleurs, déjà été communiqués au travailleur « protégé » dans le respect des formes de la procédure spéciale. L'objectif poursuivi par la convention collective aura donc, en principe, été atteint¹²⁶.

Le travailleur soi-disant « protégé » se retrouve cependant en situation délicate lorsque la procédure spéciale, excluant elle-même la convention collective n°109, n'est pas suffisante. Il ne peut pas, dans ce cas, se prévaloir de la protection instaurée par la convention n°109, bien que la procédure spéciale soit moins complète. L'origine de ce constat problématique provient du fait qu'aucun article de la convention n'établit les critères minima que devraient rencontrer les procédures afin de pouvoir être qualifiées de spéciales¹²⁷.

Certains auteurs, comme N. Van Kerrebroeck et M. Verwilghen, considèrent que le simple fait « *de prévoir une indemnité particulière en cas de licenciement abusif ou manifestement déraisonnable ne sera pas considéré comme suffisant dans la mesure où le texte de la convention collective de travail vise l'existence d'une procédure spécifique de licenciement* »¹²⁸.

Certains travailleurs sont qualifiés de travailleurs « protégés » mais ne bénéficient pas d'une procédure particulière lors de leur licenciement. Tel est le cas de la travailleuse enceinte. Celle-ci est protégée dans une certaine mesure puisqu'elle ne peut pas être licenciée en raison de son état de grossesse, mais son employeur n'a pas à respecter une procédure spéciale lors du licenciement. On vise également le travailleur en crédit-temps ou en congé parental. Dans leur cas, il est admis que le travailleur peut se prévaloir de l'application de la convention n°109. Nous pourrions donc nous retrouver face à des cumuls de protections diverses¹²⁹.

¹²⁴ A. GIELEN, H-F. LENAERTS, B. VANSCHOEBEKE, J-Y. VERSLYPE et G. WILLEMS, A. WITTERS, « Chapitre 10. - Licenciement manifestement déraisonnable et l'abus du droit de licencier » in *La rupture du contrat de travail*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 433.

¹²⁵ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 382.

¹²⁶ A. GIELEN, H-F. LENAERTS, B. VANSCHOEBEKE, J-Y. VERSLYPE et G. WILLEMS, A. WITTERS, « Chapitre 10. - Licenciement manifestement déraisonnable et l'abus du droit de licencier » in *La rupture du contrat de travail*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 433.

¹²⁷ L. DEAR, S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 209.

¹²⁸ N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, « 6 – La motivation du licenciement » in *Harmonisation des statuts ouvriers – employés*, *op. cit.*, p. 205.

¹²⁹ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 382.

iii. *Les travailleurs licenciés durant les six premiers mois d'occupation*

Sont exclus, les travailleurs licenciés ;

« Durant les six premiers mois d'occupation. Des contrats antérieurs successifs à durée déterminée ou de travail intérimaire pour une fonction identique chez le même employeur entrent en ligne de compte pour le calcul des six premiers mois d'occupation. La définition de contrats antérieurs successifs est celle à laquelle il est fait référence à l'article 37/4 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ; »

L'ancien article 67 §2 de la loi du 3 juillet 1978 autorisait l'employeur à prévoir une période d'essai de 6 mois pour certains employés.

L'ancien article 60 prévoyait quant à lui, un délai de préavis réduit pour les ouvriers licenciés durant les six premiers mois d'occupation.

Ces dispositions ont dû être abrogées par les autorités compétentes au vu de leurs incompatibilités avec le nouveau régime instauré par la convention collective n°109, en raison de la liberté qu'elles accordaient¹³⁰.

Cependant, les partenaires sociaux n'ont pas voulu totalement se défaire de l'esprit de liberté durant les six premiers mois. L'inapplicabilité de la convention collective de travail durant les 6 premiers mois d'occupation révèle ainsi une certaine nostalgie de la part des partenaires sociaux, une volonté de faire ressusciter cet esprit de liberté. L'idée que les six premiers mois de la relation de travail est une période qui va permettre aux parties d'expérimenter la convention, est toujours présente¹³¹. Si les parties ne sont pas satisfaites, elles pourront se délier de la convention moyennant un délai de préavis très court¹³². Plus encore, l'employeur ne devra pas respecter les obligations de la convention collective.

L'employeur a donc une large liberté durant cette « période d'essai » qui ne dit pas vraiment son nom¹³³. J. Clesse écrit ; *« le licenciement retrouve un caractère discrétionnaire »*.¹³⁴ L'employeur ne devra pas justifier sa décision.

Notons que, les contrats successifs à durée déterminée ou de travail intérimaire pour une même fonction chez le même employeur, seront pris en compte pour le calcul des six premiers mois d'occupation¹³⁵.

¹³⁰ N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, « 6 – La motivation du licenciement » in *Harmonisation des statuts ouvriers–employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, op. cit., p. 204.

¹³¹ M. JAMOULLE, « Le contrat de travail », t. 1., Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, n°265, p. 334.

¹³² J. CLESSE, J. HUBIN, « Section 1 – Le nouveau régime » in *Questions spéciales de droit social*, Bruxelles, Editions Larcier, 2014, p. 447.

¹³³ R. CAPART, « La suppression de la période d'essai » in *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthémis, 2015, pp 121-128.

¹³⁴ J. CLESSE, « La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés » in *Questions spéciales de droit social, hommage à Michel Dumont* (J. CLESSE et J. HUBIN, dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 447.

Certaines exclusions à l'application de la convention collective n°109 trouvent leur cause dans les circonstances dans lesquelles la décision de licenciement est prise. Le licenciement intervient dans des circonstances impliquant que la motivation et la contestation soient sans objet. Le travailleur connaît les motifs qui ont justifié son licenciement et ces motifs sont par nature « justes » et non pas « manifestement déraisonnables »¹³⁶.

Les justes motifs en question sont ;

- *Le licenciement en vue du chômage avec complément d'entreprise*

Dans ce cas, et comme le précisent M.-L. Wantiez et G. Lemaire, pour être exclu du champ d'application de la convention collective n°109, « *Il faut être licencié en vue de bénéficier du régime de chômage avec complément d'entreprise. Cela doit être la cause du licenciement et non la conséquence. Il ne suffit pas que le travailleur y ait droit, il faut qu'il soit aussi licencié pour cela* »¹³⁷.

- *Le licenciement en vue de mettre fin au contrat de travail à durée indéterminée à partir du premier jour du mois qui suit celui au cours duquel le travailleur atteint l'âge légal de la pension*
- *Le licenciement en raison de la fermeture de l'entreprise*
- *Le licenciement dans le cadre d'un licenciement collectif*

L'inapplicabilité de la convention en cas de licenciement collectif peut poser question quant à la conformité de cette exclusion avec la Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs.

Cette Directive a pour but d'améliorer davantage la protection des travailleurs licenciés dans le cadre d'un licenciement collectif. Or, le fait d'avoir exclu expressément les licenciements collectifs du champ d'application de la convention, ne va pas dans ce sens et implique finalement une diminution de protection^{138 139}.

¹³⁵ A. GIELEN, H-F. LENAERTS, B. VANSCHOEBEKE, J-Y. VERSLYPE et G. WILLEMS, A. WITTERS, « Chapitre 10. - Licenciement manifestement déraisonnable et l'abus du droit de licencier » in *La rupture du contrat de travail*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 432.

¹³⁶ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 383.

¹³⁷ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *J.T.T.*, 2014, p. 26.

¹³⁸ N. VAN KERREBROECK, M. VERWILGHEN, « 6 – La motivation du licenciement » in *Harmonisation des statuts ouvriers–employés. État des lieux après la Loi sur le Statut Unique*, *op. cit.*, p. 204.

¹³⁹ D. DEJONGHE, K. DECRUYENAERE, « *Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De CAO, nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht* », *Orientatie*, 2014, pp. 96.

v. *Les travailleurs licenciés pour faute grave*

La convention collective n°109 ne sera pas non plus applicable en cas de licenciement pour motif grave. La simple raison est que l'employeur, sur base de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, a déjà une obligation de motiver le licenciement, c'est-à-dire de notifier les motifs graves au travailleur dans les trois jours suivant le congé. L'objectif visé par le système de la convention collective n°109 est alors, d'ores et déjà atteint.

L'employeur qui licencierait pour motif grave à tort, sera par contre susceptible de devoir procéder au paiement de l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable. Dans une telle hypothèse, lorsqu'il n'y a pas eu de motif grave au sens de l'article 35, la convention collective n°109 oblige l'employeur.

Cependant, le simple fait pour l'employeur de s'être trompé et d'avoir licencié pour motif grave à tort, ne fait pas du licenciement un licenciement manifestement déraisonnable. Les deux circonstances sont indépendantes l'une de l'autre.

vi. *Les travailleurs liés par un contrat de travail intérimaire ou contrat d'occupation d'étudiant*

Comme déjà signalé précédemment, les partenaires sociaux ont, en outre, fait le choix d'exclure du champ d'application personnel de la convention collective n°109, deux types de travailleurs. L'exclusion a donc trait à la situation du travailleur, et de la sorte, à la nature du contrat de travail. Dans ce genre de contrat, l'intuitu personae est peu présent. Ainsi, les travailleurs engagés au terme d'un contrat de travail intérimaire ou d'un contrat d'occupation d'étudiant, ne tombent pas sous le régime instauré par la convention collective¹⁴⁰.

D) La demande de motivation hors champ d'application de la convention collective n°109

Une demande de motivation faite par le travailleur, dans une hypothèse exclue du champ d'application de la convention collective, ne sera pas en mesure d'obliger valablement l'employeur. Aucune amende civile pour le cas où celui-ci ne réagirait pas, ne pourra dès lors lui être infligée.

Il reste cependant la possibilité pour le travailleur de recourir à la théorie générale de l'abus de droit ou à l'article 6 de la CEDH comme vu précédemment¹⁴¹.

¹⁴⁰ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 383.

¹⁴¹ L. Dear, A. Lhoste, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 » in *Actualités en droit social*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 52.

II. La motivation du licenciement

A) Principe, une motivation *a posteriori* et facultative

Le chapitre 3 de la convention collective n°109 reconnaît désormais le droit pour une large majorité des travailleurs de connaître les motifs concrets qui ont conduit à leur licenciement.

Ce principe, qui constitue le premier volet de la protection mise en place par la convention collective, est une réelle avancée dans le régime du licenciement en Belgique. Ceci est surtout vrai pour les employés. Ces derniers étaient privés du droit d'obtenir de la part de leur ancien employeur une quelconque motivation de sa décision. Pour rappel, les ouvriers pouvaient, quant à eux, se prévaloir du régime du licenciement abusif fixé à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978.

Il serait faux de penser que la convention instaure une véritable obligation de motivation formelle du licenciement. La convention n'a pas du tout pour objet d'imposer à l'employeur d'indiquer dans l'acte de rupture, de manière systématique, les motifs qui l'ont conduit à prendre la décision de mettre fin au contrat de travail du travailleur.

Le régime de la convention collective n°109 va par contre permettre au travailleur qui souhaite connaître les motifs ayant conduit à son licenciement, d'en obtenir informations après une demande venant de sa part et adressée à son ancien employeur. La demande écrite du travailleur est indispensable car l'obligation de l'employeur de motiver sa décision ne naît qu'à partir de cette requête. On parle pour cette raison de motivation « sur demande » et « *a posteriori* ». Pour autant, l'employeur reste libre de motiver sa décision de licencier de sa propre initiative.

On évoque également une obligation « facultative » de motivation. Le travailleur n'a pas l'obligation de réclamer les motifs concrets de son licenciement, il s'agit pour lui d'une simple faculté.

Il ne fait pas de doute que cette convention collective a permis une avancée remarquable dans le droit du travail belge et dans la protection du travailleur lors de son licenciement, celui-ci étant autrefois délaissé par les autorités belges au profit d'une grande liberté de gestion reconnue à l'employeur.

B) Le contenu de l'obligation de motivation « sur demande »

L'article 3 de la convention collective n°109 indique que ; « *le travailleur qui est licencié a le droit d'être informé par son employeur des **motifs concrets** qui ont conduit à son licenciement* ».

Ainsi, lorsque le travailleur en fera la demande expresse à son employeur, il aura le droit d'obtenir et de connaître les motifs **concrets** qui justifient le congé.

Il n'est malheureusement pas inscrit ni précisé dans la convention collective ce qu'il faut entendre par motifs concrets ayant conduit au licenciement.

On peut cependant considérer aisément que l'employeur doit s'abstenir de toutes explications abstraites, de toutes explications floues ou passe-partout, par opposition aux motifs *concrets*. J. Clesse exclut des motifs concrets ; « *les formules stéréotypées et les motifs vagues et impersonnels* ¹⁴² ». L. Peltzer et E. Plasschaert préfèrent quant à eux parler de « motif réel » ¹⁴³.

Partant, l'employeur ne pourra se contenter de limiter la motivation à l'énonciation d'une des trois catégories de motifs valables établis à l'article 8 de la convention ¹⁴⁴.

Une simple énonciation proche et similaire, telle que ; « *négligences dans le travail, inaptitude à la fonction, difficultés relationnelles, incompétence, insuffisances professionnelles, difficultés économiques, changements technologiques, réorganisation d'une branche d'activité ou d'un service* ¹⁴⁵ » ne suffira pas non plus.

Il est attendu de l'employeur une plus grande précision et une plus grande clarté permettant ainsi au travailleur d'apprécier le caractère raisonnable de son licenciement. Le juge devra, quant à lui, disposer des éléments de fait suffisants afin de pouvoir vérifier que le licenciement a ou n'a pas un caractère « *manifestement déraisonnable* ». L'employeur veillera à exposer tous les éléments de fait, toutes les circonstances de fait, de temps et de lieu ¹⁴⁶, fut-ce de manière synthétique, qui illustrent l'inaptitude, la mauvaise conduite ou les nécessités de fonctionnement de l'entreprise ¹⁴⁷.

L'exigence de précision ne va pas jusqu'à exiger de l'employeur un formalisme excessif ou que celui-ci date ou situe précisément chaque motif dans le temps. L'important est que la motivation soit compréhensible et appréciable par le travailleur ¹⁴⁸. Le rapport qui précède la convention collective indique que « *L'objectif est de donner aux travailleurs un aperçu des motifs qui ont été à la base de leur licenciement, de sorte qu'ils puissent en apprécier le caractère raisonnable, sans imposer aux employeurs un cadre trop formaliste.* ¹⁴⁹ ».

¹⁴² J. CLESSE, « La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés » in *Questions spéciales de droit social, hommage à Michel Dumont* (J. CLESSE et J. HUBIN, dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 450.

¹⁴³ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 383.

¹⁴⁴ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 383.

¹⁴⁷ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 145.

¹⁴⁸ A. GIELEN, H.-F. LENAERTS, B. VANSCHOEBEKE, J.-Y. VERSLYPE et G. WILLEMS, A. WITTERS, « Chapitre 10. - Licenciement manifestement déraisonnable et l'abus du droit de licencier » in *La rupture du contrat de travail*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 436.

¹⁴⁹ Convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, 20 mars 2014, p. 3.

Le juge qui estimerait que les motifs communiqués au travailleur ne sont pas concrets en suffisance devra en déduire que la motivation n'est pas conforme et condamner l'employeur au paiement de l'amende civile. On assimile ainsi une motivation abstraite à une absence de notification de motivation. Ceci est logique, une motivation abstraite est une motivation qui ne permet pas au travailleur de saisir les raisons de son licenciement et donc, qui ne remplit pas le but poursuivi par la convention collective n°109¹⁵⁰.

C) La motivation contenue dans « les motifs précis du chômage », une motivation suffisante au sens de la C.C.T. n°109 ?

Certains auteurs se sont interrogés sur la question de savoir si le C4 ne pouvait pas valoir valablement notification des motifs.

Le C4 est, à l'origine, un document destiné à l'ONEM afin que l'organisme puisse vérifier qu'il s'agisse bien d'un licenciement et non d'un congé volontaire. Dans les faits, le C4 est également porté à la connaissance du travailleur au moment de son licenciement¹⁵¹.

Sur cette question, tous les auteurs ne sont pas du même avis.

P. Crahay répond positivement à la question. Selon lui, la rubrique « motifs précis du chômage » contient un espace de 5 lignes et demie suffisant pour permettre à l'employeur d'expliquer de manière assez précise les motifs concrets de la rupture. La motivation contenue dans le certificat de chômage est donc, selon lui, en conformité avec la volonté des partenaires sociaux qui n'ont pas souhaité imposer à l'employeur un formalisme excessif et qui n'ont, de plus, prévu aucune formalité pour le cas où l'employeur communiquerait d'initiative les motifs concrets¹⁵².

D'autres auteurs, tels que L. Dear et A. Lhoste, pensent le contraire. Le certificat de chômage étant obligatoire dans chaque situation de rupture de contrat, si les partenaires avaient jugé que la motivation qu'il contient était suffisante, ils n'auraient pas senti le besoin et la nécessité de créer une obligation de motivation supplémentaire du congé. De plus, selon eux, il semble difficile de pouvoir motiver de façon précise et concrète un licenciement et de permettre au travailleur de comprendre les raisons qui justifient la fin de son contrat de travail, en un espace réduit de 5 lignes et demie¹⁵³. Il faut également tenir compte des délais imposés par la convention endéans lesquels la motivation doit être communiquée. Si l'on acceptait la motivation via le certificat de chômage, il faudrait en toutes

¹⁵⁰ L. Dear, A. Lhoste, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 » in *Actualités en droit social*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 57.

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

¹⁵² P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 7.

¹⁵³ L. Dear, A. Lhoste, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 » in *Actualités en droit social*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 55.

hypothèses qu'il soit transmis au travailleur dans les temps. Ceci s'avère impossible lorsque la demande du travailleur intervient en cours de préavis, plus de 2 mois avant la fin du contrat¹⁵⁴.

Nous partageons cet avis et encourageons vivement l'employeur qui se voit notifié une demande de motivation par le travailleur, à préciser et détailler davantage la motivation qui sera inscrite dans le certificat de chômage.

D) La motivation du licenciement, une motivation intangible ?

Se poser la question de l'intangibilité de la motivation revient à se demander si l'employeur, ayant fourni les motifs concrets conformément à la convention, se retrouve tenu par ces motifs ou s'il peut au contraire, les modifier, les compléter par d'autres nouveaux motifs ou encore, s'il peut complètement changer de justification au cours d'une éventuelle procédure judiciaire.

Nous ne trouvons pas la réponse à cette question dans le texte de la convention collective n°109. Ceci dit, rien dans la convention ne permet de penser que l'employeur ne pourrait revenir sur sa motivation.

S. Gilson et F. Lambinet semblent considérer que rien n'empêche l'employeur de changer son fusil d'épaule au cours d'une procédure et d'apporter la preuve d'un autre motif que celui ayant été invoqué par lui-même dans la lettre de rupture, dans le certificat de chômage, dans le courrier de notification des motifs ou même précédemment dans la même procédure judiciaire¹⁵⁵.

A juste titre selon nous, P. Crahay déclare ; « *autoriser l'employeur à avancer de nouveaux motifs restreint la portée de l'obligation de motiver* »¹⁵⁶. Il semble important, pour la protection effective du travailleur, que l'employeur soit tenu par les motifs concrets qu'il a avancé d'initiative ou à la suite d'une demande expresse du travailleur et qu'il ne puisse pas, par après, modifier son discours.

On ne peut se dispenser de rappeler la jurisprudence contemporaine à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978. Sous son empire, il était permis à l'employeur d'avancer d'autres motifs que ceux qu'il avait précédemment invoqué. Le juge, à son tour, pouvait s'y référer pour fonder sa décision¹⁵⁷. En ce sens, P. Crahay écrit ; « *l'employeur pouvait modifier, remplacer les motifs qu'il avait initialement communiqué, que ce soit lors du licenciement, des correspondances ou encore lors du début de la procédure* »¹⁵⁸.

¹⁵⁴ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁵ S. GILSON, F. LAMBINET, « 8 – Fifteen shades of C.C.T. 109. Les 15 degrés du manifestement déraisonnable » in *Droit du travail tous azimuts*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016, p. 364.

¹⁵⁶ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 8.

¹⁵⁷ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *J.T.T.*, 2014, p. 266.

¹⁵⁸ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 8.

Cependant, pouvons-nous, à l'heure actuelle, transposer cette jurisprudence lors de l'application de la convention collective n°109 ?

M-L Wantiez et G. Lemaire pensent que la jurisprudence antérieure et relative à l'article 63 ne peut être transposée. Ces derniers avancent deux arguments majeurs.

Premièrement, les délais imposés par la convention sont incompatibles avec l'idée que l'employeur pourrait revenir sur les motifs concrets initialement invoqués. *« Dès lors, et sous peine de vider le texte de la C.C.T. n° 109 de sa substance, le délai fixé par cette dernière nous paraît être un délai contraignant dans lequel l'employeur a l'obligation non seulement de fournir des explications, mais également de fournir celles sur lesquelles il se basera ensuite : quel intérêt sinon de prévoir un délai s'il peut ensuite être contourné ?¹⁵⁹ ».*

A cela il faut ajouter, comme le soutient également P. Crahay, qu'autoriser l'employeur à compléter, modifier ou remplacer sa motivation reviendrait à restreindre la portée de l'obligation contenue dans la convention et à vider cette dernière de sa substance. Une telle solution serait à l'anti pôle de l'objectif de protection effective poursuivi par la convention collective n°109.

Nous partageons ainsi, également la pensée de H. Deckers et P. Joassart, selon laquelle l'employeur est tenu par les motifs qu'il a communiqués lors du licenciement et ne peut changer de version en cours de procédure judiciaire.¹⁶⁰ Ceci fut la solution retenue par le législateur français et semble la meilleure¹⁶¹.

Partant, on considèrera que l'employeur qui n'aura pas communiqué, endéans le délai imposé, les motifs concrets à la suite d'une demande de motivation de la part du travailleur, ne sera plus autorisé à les communiquer ultérieurement et s'exposera aux sanctions prévues¹⁶².

E) Procédure à respecter au stade de la motivation du licenciement

1. Communication des motifs concrets à l'initiative de l'employeur

Rien n'empêche l'employeur d'agir « à titre préventif » et de communiquer au travailleur les motifs concrets qui ont justifié son licenciement, sans attendre une demande du travailleur à cet effet. Dans ce cas, il est prévu que la communication ne devra répondre à aucune forme particulière.

¹⁵⁹ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *J.T.T.*, 2014, p. 266.

¹⁶⁰ H. DECKERS et P. JOASSART, « Le droit à la motivation du licenciement : règles de formes et cumul d'indemnités », in *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthémis, 2014, p. 283.

¹⁶¹ L. Dear, A. Lhoste, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 » in *Actualités en droit social*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 56.

¹⁶² Idem.

L'employeur pourra profiter de la lettre de rupture notifiant le licenciement moyennant un délai de préavis, pour le faire. La communication se fera dès lors par courrier recommandé. En cas de licenciement moyennant le paiement d'une indemnité, la communication se fera la plupart du temps par la remise d'un écrit avec accusé de réception, transmis physiquement par l'employeur au travailleur¹⁶³.

Il est acquis que si l'employeur transmet de sa propre volonté les motifs concrets, celui-ci ne devra pas donner suite à une demande ultérieure de motivation venant du travailleur. En vertu de l'article 6 de la CCT, ceci ne vaut uniquement que si les motifs du licenciement communiqués par l'employeur ont été en mesure d'informer et de rendre compte valablement le travailleur des raisons de son licenciement.

2. Communication des motifs sur demande du travailleur

Lorsque la motivation du licenciement intervient sur demande du travailleur, certaines formes devront être respectées par les deux parties. Il convient d'appliquer les articles 4 et 5 de la convention collective n°109. Des modes de communications et des délais sont à observer.

i. Formes imposées au travailleur

L'article 4 dispose que : « *Le travailleur qui souhaite connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement adresse sa demande à l'employeur par lettre recommandée dans un délai de deux mois après que le contrat de travail a pris fin.* ».

Le travailleur désireux de connaître les raisons concrètes qui ont justifié son licenciement, devra donc agir par voie de lettre recommandée et endéans un délai de deux mois après que le contrat ait pris fin.

Ce délai prendra cours le dernier jour de travail en cas de licenciement moyennant indemnité compensatoire de préavis.

En cas de délai de préavis à prester, l'article 4 précise que : « *le travailleur adresse sa demande à l'employeur dans un délai de six mois après la notification du congé par l'employeur, sans toutefois pouvoir dépasser deux mois après la fin du contrat de travail.* ».

Les délais de 6 et 2 mois sont des délais préfix¹⁶⁴.

Certains auteurs qualifient la formalité du recommandé de forme prescrite à peine de nullité. L'absence de courrier recommandé libèrerait l'employeur de l'obligation de motiver le licenciement¹⁶⁵.

¹⁶³ L. Dear, A. Lhoste, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 » in *Actualités en droit social*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, pp. 54-55.

¹⁶⁴ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁵ H. DECKERS et P. JOASSART, « Le droit à la motivation du licenciement : règles de formes et cumul d'indemnités », in *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthémis, 2014, p. 282.

D'autres considèrent que cette formalité s'impose uniquement pour des raisons probatoires. La notification par pli simple, sms ou email est à leur sens valable pour autant qu'elle intervienne dans le délai imposé et que sa réception n'est pas contestée par l'employeur¹⁶⁶. Par souci de prudence, nous invitons les travailleurs à agir par voie de courrier recommandé.

Il est tout à fait envisageable que le travailleur ne procède pas lui-même à l'envoi du courrier recommandé mais mandate son avocat, par exemple, pour le faire. Dans ce cas, l'avocat devra lui aussi, observer les formes et délais imposés par la convention¹⁶⁷.

ii. *Formes imposées à l'employeur*

L'article 5 stipule que l'employeur ayant reçu une demande de motivation du licenciement se doit d'y faire suite par lettre recommandée, dans les deux mois de sa réception.

A défaut, l'article 7 prévoit que l'employeur se verra condamner au paiement d'une amende civile équivalente à deux semaines de rémunération. Il est pour nous regrettable d'avoir fixé aussi faiblement l'amende civile. Celle-ci ne constitue pas, à notre estime, un bon incitant ou une pression suffisante afin que l'employeur se sente contraint de répondre à la demande du travailleur.

L. Peltzer et E. Plasschaert estiment qu' « *un employeur qui ne respecte pas ses obligations en violation des dispositions de la C.C.T. n°109 commettra une infraction et s'exposera à une sanction de niveau 1.* »¹⁶⁸.

F) Sanction du défaut de motivation, l'amende civile

Nous l'avons vu, l'employeur s'expose au paiement de l'amende civile forfaitaire fixée à deux semaines de rémunération si celui-ci ne donne pas suite à la demande de motivation du travailleur.

L'employeur est également soumis au paiement de l'amende lorsqu'il ne motive pas en suffisance ou lorsqu'il ne respecte pas les conditions de forme, c'est à dire l'exigence d'un courrier recommandé dans les deux mois de la réception de la demande.

L'amende civile est cumulable avec l'indemnité compensatoire de préavis et avec l'indemnité due en cas de licenciement manifestement déraisonnable, le cas échéant. Cependant, rien n'empêche que

¹⁶⁶ L. DEAR, A. LHOSTE, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 » in *Actualités en droit social*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 53.

¹⁶⁷ L. DEAR, A. LHOSTE, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 » in *Actualités en droit social*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 53.

¹⁶⁸ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 384.

l'amende civile soit due de manière autonome, lorsque le licenciement n'a pas été jugé manifestement déraisonnable¹⁶⁹.

Le Conseil national du travail et l'ONSS considèrent que l'amende civile ordonnée par le juge ou fixée par transaction, ne donne lieu à aucune retenue de cotisations de sécurité sociale¹⁷⁰. D'un point de vue fiscal, contrairement à J. Clesse et V. Neuprez, M-L. Wantiez et G. Lemaire considèrent qu'il ne s'agit pas de rémunération et que, par conséquent, il n'y a pas lieu de retenir un précompte professionnel ou un quelconque impôt¹⁷¹.

III. Le licenciement manifestement déraisonnable

A) Notion du licenciement manifestement déraisonnable

Après avoir introduit une obligation de motivation du licenciement dans le chef de l'employeur, la convention collective a tenu à protéger le travailleur contre le licenciement manifestement déraisonnable. C'est donc l'examen du deuxième volet de la convention que nous entamons.

Il n'est plus question de licenciement abusif comme sous le régime de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 mais de licenciement manifestement déraisonnable. Cependant, les deux concepts sont très proches, l'article 8 de la convention s'inspirant très largement de l'article 63 de la loi de 1978. Ce changement de notion se déduit uniquement de l'ajout du caractère raisonnable et vise à intégrer la jurisprudence de la Cour de cassation dans ses arrêts du 27 septembre et 22 novembre 2010. Par ces arrêts, la Cour est revenue sur sa jurisprudence qui consistait à considérer qu'un employeur pouvait se contenter de prouver un manquement, une erreur de conduite, sans devoir démontrer son caractère fautif, illégitime. Elle décide alors que la preuve d'un motif lié à l'aptitude ou à la conduite ne suffit plus. Il faut en outre que le motif soit raisonnable et valable

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

Bien que certains auteurs ne soient pas de cet avis, nous considérons qu'un licenciement sera jugé manifestement déraisonnable si deux conditions cumulatives sont remplies.

¹⁶⁹ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 7.

¹⁷⁰ Avis n° 1891 du conseil national du travail, disponible sur <http://www.cnt-nar.be/>.

¹⁷¹ M. WANTIEZ, G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *J.T.T.*, 2014, p. 266.

Il doit n'avoir aucun lien avec l'aptitude, la conduite du travailleur ou avec les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

Il doit par ailleurs, s'agir d'un licenciement qu'un employeur normal et raisonnable n'aurait jamais décidé.

B) Concepts d'inaptitude, d'erreur de conduite et de nécessité du fonctionnement de l'entreprise

Le licenciement sera raisonnable et justifié s'il a notamment un lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou s'il est fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

Cette première condition nous est plutôt familière puisqu'elle était déjà reprise telle quelle dans l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978.

- *L'aptitude du travailleur* ; Il peut tant s'agir de l'aptitude **physique** que de l'aptitude **professionnelle**, c'est-à-dire celle qui touche aux connaissances et aux compétences professionnelles.

Lorsque l'inaptitude physique n'est qu'occasionnelle et temporaire, elle ne peut constituer un motif légitime de licenciement. Elle peut uniquement donner lieu à une suspension du contrat de travail. L'employeur qui licencierait son travailleur en raison d'une inaptitude physique temporaire s'expose dès lors aux sanctions pour licenciement manifestement déraisonnable. Cette interprétation est également celle que l'on donne à l'article 6.1 de la convention n°158 de l'OIT. En revanche, lorsque l'inaptitude physique (c'est-à-dire l'incapacité de travail) est de longue durée, sans pour autant être nécessairement définitive, il peut y avoir un motif valable de licenciement.

Le licenciement pour inaptitude physique n'est pas sans danger pour l'employeur. Celui-ci doit veiller à ne pas se rendre coupable de discrimination. En effet, la loi du 10 mai 2007 interdit notamment le licenciement fondé sur l'état de santé actuel ou futur. Il veillera à établir que le licenciement est objectivement justifié par un but légitime et qu'il constitue un moyen nécessaire et approprié pour réaliser l'objectif en question.

S'agissant de l'inaptitude professionnelle, visant l'incompétence, la mauvaise utilisation des outils de travail, le manque de qualification, le manque de rendement, ... on considère ici que l'employeur est le « seul » juge. Le tribunal se contente de vérifier l'existence des faits invoqués par l'employeur qui établissent l'inaptitude¹⁷².

¹⁷² L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, pp. 385-386.

- *La conduite du travailleur* ; La conduite vise le comportement, l'attitude du travailleur. L'employeur ne peut pas se permettre d'invoquer n'importe quelle conduite. Un certain degré de proportionnalité est exigé entre la conduite ou les conduites invoquées et la décision de licenciement. Bien qu'il ne soit pas exigé que l'attitude du travailleur soit fautive, on attend de la décision, qu'elle soit raisonnable et légitime¹⁷³.
- *Les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ; Cette notion se voit accorder une interprétation très large. L'ensemble des exigences économiques et sociales liées à l'activité de l'entreprise sont visées. A nouveau, le contrôle du juge sera très marginal¹⁷⁴. Il n'est pas question pour lui de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise ou de juger de l'opportunité de certaines mesures prises en vue de remplir certaines nécessités. Le travail du juge consistera dans ce cas à vérifier que le licenciement se fonde effectivement sur les nécessités dont l'existence est prouvée par l'employeur¹⁷⁵, et non pas sur d'autres motifs non valables.

C) Un employeur normal et raisonnable

Un licenciement sera manifestement déraisonnable s'il « n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable ».

Cette seconde condition cumulative, au contraire de la première, ne figurait pas encore sous le régime dans l'article 63 de la loi de 1978.

Comme déjà exposé ci-dessus, celle-ci trouve son origine dans la jurisprudence de la Cour de cassation du 22 novembre 2010. Lorsque l'article 63 était encore en vigueur et applicable, la Cour avait en effet jugé, qu'en outre de devoir être fondé sur l'aptitude, la conduite du travailleur ou sur des nécessités de fonctionnement, le licenciement ne devait pas être « manifestement déraisonnable » pour ne pas être abusif.

L'employeur doit donc agir comme le ferait un bon père de famille, il ne peut prendre la décision de licencier son travailleur si une telle décision est disproportionnée par rapport au motif invoqué. Le licenciement doit être raisonnable et légitime. Si le licenciement est disproportionné par rapport au motif invoqué, le licenciement sera qualifié de manifestement déraisonnable, et ce, même si le motif invoqué était un motif légitime visé par la loi¹⁷⁶.

¹⁷³ L. DEAR, A. LHOSTE, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 » in *Actualités en droit social*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 60.

¹⁷⁴ Convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁵ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 387.

¹⁷⁶ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 14.

D) Nature du contrôle juridictionnel du licenciement manifestement déraisonnable

Nous l'avons déjà dit, les autorités belges ont toujours voulu consacrer et protéger la liberté d'action, la liberté de gestion de l'employeur à l'égard de son entreprise.

L'ajout du mot « manifestement » déraisonnable par les partenaires sociaux est totalement réfléchi. Le rapport précédant la convention collective mentionne : « *L'ajout du mot « manifestement » à la notion de « déraisonnable » vise précisément à souligner la liberté d'action de l'employeur et le contrôle à la marge* ¹⁷⁷ ».

L'employeur doit cependant exercer ses droits de manière raisonnable. Le droit de licencier de l'employeur est apprécié par rapport à ce qu'aurait décidé un employeur normal et raisonnable.

En cas de recours par le travailleur pour licenciement manifestement déraisonnable, il est prévu que le contrôle du juge sera un « contrôle marginal » quel que soit le motif concret invoqué. Ceci implique qu'il n'est pas question pour le juge de juger de l'opportunité de la gestion de l'employeur, de l'opportunité des motifs. L'employeur doit pouvoir choisir librement entre les alternatives de gestion raisonnables. Il faut respecter les choix que pourrait faire un employeur normal et raisonnable dans le cadre de la gestion de son entreprise. L'employeur est le seul en mesure de décider ce qui est opportun et pertinent son propre business¹⁷⁸.

Le contrôle à la marge du juge se limitera à s'assurer que « *Les motifs avancés rentrent dans une des trois catégories de motifs légitimes définis par la C.C.T. ;*

- ☐ *Vérifier l'exactitude des motifs ;*
- ☐ *Contrôler si les faits dont se prévaut l'employeur sont la cause réelle du licenciement ;*
- ☐ *Entreprendre la vérification de la pertinence des motifs, c'est-à-dire déterminer si un employeur raisonnable n'aurait pas plutôt décidé de ne pas licencier. Ce contrôle se faisant uniquement de façon marginale.* ¹⁷⁹ »

E) Charge de la preuve

L'article 10 de la convention prévoit une répartition différente de la charge de la preuve selon différentes hypothèses touchant à la communication de la motivation du licenciement.

Le premier cas de figure vise la situation où l'employeur a correctement communiqué les motifs du licenciement, soit d'initiative, soit à la suite d'une demande expresse du travailleur. Toutes les exigences formelles ont été respectées. Dans ce cas, l'article 10 prévoit que la partie qui allègue des

¹⁷⁷ Convention collective de travail n° 109 relative au licenciement, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁸ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 385.

¹⁷⁹ P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *op. cit.*, p. 9.

faits en assume la charge de la preuve. Autrement dit, le travailleur devra prouver le caractère « manifestement déraisonnable » du licenciement, alors que l'employeur lui, devra apporter la preuve des motifs concrets qu'il invoque¹⁸⁰. C'est un partage de la charge de la preuve, rien d'autre que ce qui est prévu dans le droit commun de la preuve à l'article 870 du Code judiciaire¹⁸¹.

En second, l'article 10 règle la question de la charge de la preuve lorsque l'employeur n'a pas donné suite à la demande de motivation du travailleur. L'employeur n'a pas communiqué les motifs concrets alors qu'il en avait l'obligation. Il est alors prévu un réel renversement de la charge de la preuve sur l'employeur. Celui-ci devra en premier lieu communiquer les motifs concrets et ensuite, prouver que le licenciement n'est pas manifestement déraisonnable. Contrairement aux autres cas de figure, il n'y a plus de présomption selon laquelle le licenciement n'est pas manifestement déraisonnable¹⁸².

La dernière possibilité envisagée par l'article 10 concerne le cas où le travailleur n'a fait aucune demande de motivation, mais introduit tout de même une action pour licenciement manifestement déraisonnable. Le travailleur devra prouver les motifs de son licenciement et les éléments révélant le caractère manifestement déraisonnable de celui-ci. Cette solution est similaire à ce qui était prévu sous l'empire de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978¹⁸³.

On observe que l'employeur a toujours la charge de la preuve des faits qu'il invoque, sauf lorsque le travailleur n'a pas fait de demande préalable de motivation. Le travailleur désireux de préserver les droits reconnus, pour lui, par la convention, aura donc toujours intérêt à demander à son employeur les motifs concrets de son licenciement, afin de ne pas devoir subir le renversement de la charge de la preuve¹⁸⁴.

F) Sanction du licenciement manifestement déraisonnable

L'employeur qui se rend coupable d'un licenciement manifestement déraisonnable est redevable d'une indemnité forfaitaire correspondant à un minimum de trois semaines de rémunération et à un maximum de 17 semaines de rémunération.

Il s'agit donc, d'une indemnité forfaitaire qui connaît une certaine graduation et dont le montant est fixé par le juge en fonction de la gravité du caractère « manifestement déraisonnable » du licenciement. Cette compétence du juge qui suppose une assez grande liberté, est difficilement compatible et

¹⁸⁰ J. CLESSE, « La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés » in *Questions spéciales de droit social, hommage à Michel Dumont* (J. CLESSE et J. HUBIN, dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 453.

¹⁸¹ S. GERARD, A.-V. MICHAUX, E. CRABEELS, « La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et – déjà – de nombreuses questions », *op. cit.*, p. 148.

¹⁸² L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 387.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 387.

associable avec le caractère marginal qu'est censé avoir son contrôle. On estime que les partenaires sociaux ont quelque peu manqué de cohérence en adoptant une telle solution.

Cette indemnité n'est pas cumulable avec les autres indemnités octroyées par l'employeur en raison de la fin du contrat de travail à l'exception de l'indemnité compensatoire de préavis, de l'indemnité de non concurrence, d'éviction ou encore d'une l'indemnité complémentaire aux allocations sociales.

Pour rappel, l'O.N.S.S. considère que l'indemnité prévue à l'article 11 et fixée par décision judiciaire ou par transaction entérinée par un juge ne donne pas lieu à des cotisations de sécurité sociale¹⁸⁵.

Pour terminer, sachons que les partenaires sociaux ont également prévu la possibilité pour le travailleur d'opter pour une réparation du préjudice réellement subi. Il doit alors prouver l'étendue du dommage réel, chose qui n'est pas évidente.

¹⁸⁵ L. PELTZER, E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », *op. cit.*, p. 388.

Partie 3 : Comparaison du régime belge par rapport à la convention n° 158 de l'OIT et l'article 24 de la Charte sociale européenne

Après avoir analysé en profondeur notre cadre international de référence, c'est-à-dire la réglementation mise en place par la convention n°158 de l'O.I.T. et le régime de l'article 24 de la Charte sociale européenne, et après avoir détaillé notre convention collective de travail n°109, nous pouvons enfin nous atteler à l'appréciation de notre législation par rapport à ces deux normes internationales.

Nous nous attarderons uniquement sur les éléments pertinents, qui méritent un commentaire de notre part.

Chapitre 1 : Du point de vue du champ d'application

Commençons par comparer leur champ d'application respectif. Deux points retiennent notre attention.

Section 1 : Application limitée au secteur privé

Tant la convention n°158 de l'O.I.T. que l'article 24 de la Charte sociale européenne s'appliquent aux travailleurs engagés au terme d'un contrat de travail, indépendamment de leur appartenance au secteur privé ou public. De plus, rien dans ces deux instruments n'évoque la possibilité pour les Etats parties d'exclure du champ d'application de leur réglementation, les travailleurs salariés appartenant au secteur public.

Tel n'est pas le cas pour notre convention collective n°109. Nous l'avons déjà signalé à plusieurs reprises, seuls les travailleurs salariés du secteur privé bénéficient de la protection de la convention collective. Il a été prévu qu'une législation analogue devait être mise sur pied pour les travailleurs salariés relevant du secteur public, mais à l'heure actuelle, rien n'a été fait.

Il résulte de cette lacune législative, qu'au jour d'aujourd'hui, les employés et ouvriers du secteur public n'ont pas d'autres choix que d'invoquer l'article 1134 du Code civil et la théorie de l'abus de droit pour être indemnisés de leur licenciement illégitime, alors que les travailleurs du secteur privé peuvent pour leur part, invoquer la CCT n° 109 qui met notamment en place un allègement de la charge de la preuve et une indemnité forfaitaire.

Rappelons que, bien qu'une grande majorité de la jurisprudence et doctrine francophone estimait que l'employeur public était lié par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes

administratifs lors d'un licenciement, la Cour de cassation en a jugé autrement et de façon lapidaire dans un arrêt du 12 octobre 2015. Selon la Cour, le licenciement des contractuels de la fonction publique ne doit pas être précédé d'une audition préalable et ne doit pas non plus être motivé formellement. Même si la Cour avait jugé de l'applicabilité de la loi de 1991 aux licenciements des travailleurs du secteur public, il nous faut tout de même constater que cette loi du 29 juillet 1991 ne prévoit aucun renversement de la charge de la preuve, ni aucune indemnité forfaitaire. Il aurait donc été difficile de conclure que les travailleurs salariés du secteur public étaient logés à la même enseigne que les travailleurs du secteur privé.

Dans un arrêt du 30 juin 2016, la Cour constitutionnelle a cependant jugé que la lacune législative induit une discrimination en défaveur des travailleurs du secteur public et a par conséquent, invité les juridictions sociales à appliquer, par analogie et en attendant une législation propre au secteur public, la convention collective n°109 aux travailleurs du secteur public.

En conclusion, en ce qu'elle ne s'applique qu'aux travailleurs du secteur privé, la convention collective n°109 n'est pas conforme à la convention n°158 de l'O.I.T. et à l'article 24 de la Charte sociale européenne.

Section 2 : Exclusions

Nous l'avons vu, la convention n°158 de l'O.I.T. autorise les Etats à exclure, complètement ou en partie, certains travailleurs du champ d'application de leur réglementation. L'article 2 §2 de la convention internationale propose notamment comme exclusions ; *(a) les travailleurs engagés aux termes d'un contrat de travail portant sur une période déterminée ou une tâche déterminée ; (b) les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable ; (c) les travailleurs engagés à titre occasionnel pour une courte période.*

Les rédacteurs de la convention collective n°109 se sont, sans aucun doute, inspirés de la convention n°158 de l'O.I.T.

L'annexe à l'article 24 de la Charte sociale européenne permet également aux Etats d'exclure certaines catégories de travailleurs. Cependant, la liste qu'elle propose est une liste limitative. Aucune autre exclusion que celles proposées dans l'annexe ne peut être adoptée par l'Etat, sous peine d'être non conforme à la Charte¹⁸⁶. Etant donné que la convention collective n°109 contient d'autres exclusions que celles reprises à l'annexe de l'article 24, on en conclut que notre convention collective n'est pas conforme, sur ce point à tout le moins, à l'article 24 de la Charte sociale européenne.

¹⁸⁶ Digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux, 1^{er} septembre 2008, p. 148.

Chapitre 2 : En ce qui concerne l'absence d'audition préalable

La convention collective n°109 consacre le droit pour le travailleur de connaître les motifs qui ont justifié son licenciement. La motivation du licenciement est uniquement une obligation *a posteriori* pour l'employeur car celle-ci ne naît qu'en cas de demande expresse du travailleur. En revanche, la convention ne prévoit pas d'entretien préalable entre le travailleur et l'employeur au cours duquel le travailleur pourrait faire valoir ses moyens de défenses. Autrement dit, notre régime ne prévoit pas « **d'audition préalable** ».

La situation ne pose pas de problème au regard de l'article 24 de la Charte sociale européenne qui ne contient rien à cet égard et qui selon nous, n'impose pas d'obligation implicite d'audition préalable.

Par contre, la convention n°158 de l'O.I.T., en son article 7, prévoit explicitement l'audition préalable lorsque l'employeur désire licencier le travailleur en raison de sa mauvaise conduite ou de son inaptitude professionnelle. Dans ces deux cas, le « *travailleur ne devra pas être licencié (...) avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité.* ». L'absence d'audition préalable dans notre réglementation implique une moins bonne protection du travailleur, une baisse de garantie par rapport au régime de la convention internationale. Ceci est regrettable. En 2009 L. Dear déclarait : « *Le travailleur serait mieux protégé si la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail intégrait l'obligation pour l'employeur de l'entendre avant de le licencier et de motiver la lettre de congé qu'il lui adresse. L'intérêt de procéder à l'audition et à la motivation est indissociablement lié. En effet, une motivation qui se veut sérieuse et objective doit reposer sur une confrontation des thèses en présence et, donc, sur l'audition préalable du travailleur. À défaut, à quoi servirait-il d'exiger que l'employeur motive le congé si cette motivation se contente d'exprimer son seul point de vue, lequel peut être erroné car construit sur un postulat de départ inexact.* ¹⁸⁷ ».

Le fait de ne pas avoir imposé l'audition préalable, semble rendre le régime belge non conforme au régime international qui, rappelons-le, définit un standard minimal de protection.

Chapitre 3 : Eu égard à l'obligation de motivation

Section 1 : Obligation facultative et *a posteriori*

Au sujet de la motivation, notre régime prévoit une obligation facultative (le travailleur a la possibilité de demander les motifs) et *a posteriori* (uniquement sur demande du travailleur).

¹⁸⁷ L. DEAR, « L'audition préalable et la motivation du congé », in *Le licenciement abusif, Perspectives de droit social*, Limal, Anthémis, 2009, p. 94.

A nouveau ces deux caractéristiques semblent être en rupture avec la convention n°158. L'obligation pour l'employeur de communiquer les motifs du licenciement au travailleur se déduit de l'audition préalable qui ne saurait être efficace sans elle. Selon nous, ceci implique que la communication doit se faire de manière systématique, sans que le travailleur ait besoin de le demander expressément.

Dans le cadre de la Charte, on déduit l'obligation pour l'employeur de communiquer les motifs, du contrôle et de l'examen que fait le Comité de la conformité de la situation nationale à la Charte. En effet, on ne pourrait la déduire de l'audition préalable puisque celle-ci n'est pas prévue dans le cadre de l'article 24. Le caractère facultatif et *a posteriori* de l'obligation de motivation en droit belge ne semble pas poser problème à l'égard de la Charte.

Section 2 : Possibilité de modifier la motivation

La convention collective n°109 ne précise pas, si l'employeur a la possibilité ou non, de modifier sa motivation en cours de procédure. Rien ne l'interdit expressément.

S'agissant de la convention n°158 de l'O.I.T., il n'est pas prévu explicitement une interdiction pour l'employeur de modifier son discours en cours de procédure mais cette interdiction se déduit à nouveau de l'obligation d'audition préalable. Celle-ci impose que le travailleur puisse se défendre face aux motifs justifiant son futur licenciement. Si on autorisait l'employeur à changer de motivation après que l'audition préalable ait eu lieu, alors que le travailleur ne peut plus avoir l'occasion de se défendre face à ces nouveaux motifs, le mécanisme serait dénué de sens et deviendrait inopérant. Afin d'assurer sa conformité avec la convention internationale, la convention collective n°109 ferait bien de prévoir une interdiction expresse de motivation tangible ou encore mieux, d'instaurer une obligation d'audition préalable, qui aurait pour effet de rendre la motivation intangible.

La Charte sociale ne prévoyant pas d'audition préalable, le caractère intangible de la motivation ne peut pas en être déduit.

Chapitre 4 : Contenu de la notion du licenciement manifestement déraisonnable

La convention n°158 de l'O.I.T. évoque le **licenciement injustifié**, l'article 24 évoque quant à lui le **licenciement sans motif valable**. Ces deux concepts recouvrent la même réalité. Ils visent le licenciement qui n'est pas lié à l'aptitude ou la conduite, ou celui qui n'est pas fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

La convention collective n°109 reprend les mêmes critères que ceux de notre cadre international. Cependant, notre réglementation va plus loin et exige une condition supplémentaire pour pouvoir conclure au **licenciement manifestement déraisonnable**. En plus de ne pas pouvoir être lié à la

conduite, à l'aptitude ou de ne pas pouvoir être fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, le licenciement doit, être un licenciement *qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable*. Nos deux instruments internationaux ne font pas référence à la condition supplémentaire relative à la notion « d'employeur normal et raisonnable ». Il en résulte que notre système est plus strict et moins favorable au travailleur par rapport à ce qu'il est prévu dans la convention l'O.I.T. ou dans la Charte sociale européenne.

Enfin, contrairement à la convention n°158 de l'O.I.T. et à l'annexe de l'article 24 de la Charte sociale européenne, notre convention collective ne contient pas de liste non exhaustive de motifs non valables.

Chapitre 5 : En termes de délai de recours

Ni l'article 24 de la Charte sociale européenne, ni son annexe, n'évoque un quelconque délai que le travailleur devrait observer pour introduire un recours contre son licenciement fondé sur un motif non valable. Le Comité ne semble pas vouloir imposer de seuil aux Etats lorsque ceux-ci prévoient un délai de recours. Le délai prévu en droit belge, ne pourrait donc pas poser problème au regard de l'article 24.

Le paragraphe 3 de l'article 8 de la convention de l'O.I.T. prévoit quant à lui que le travailleur peut être présumé avoir renoncé à contester son licenciement s'il ne le fait pas dans un délai raisonnable. Elle fait donc preuve de souplesse, et nous semble permettre aux Etats membres de fixer librement le délai de recours, pour autant que ce délai soit suffisant pour être qualifié de délai raisonnable.

En droit belge, le délai pour introduire un recours contre un licenciement manifestement déraisonnable est de 6 mois. La question est alors de savoir si ce délai peut être considéré comme étant dans la limite du délai raisonnable évoqué par la convention internationale. Le caractère raisonnable d'un délai dépend des circonstances de chaque affaire. Un délai de 6 mois pourrait être jugé déraisonnable dans certains cas, par exemple lorsque les preuves sont difficiles à recueillir. Peut-être, par souci de prudence et de meilleure protection, aurait-il fallu reprendre en droit belge, la solution du délai raisonnable.

Chapitre 6 : Au niveau de la charge de la preuve

L'article 9 §2 de la convention n°158 de l'O.I.T. laisse une certaine marge de manœuvre aux Etats et leur permet de faire un choix entre deux possibilités. Il est stipulé ; « *Afin que le salarié n'ait pas à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié, les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention devront prévoir l'une ou l'autre ou les deux possibilités suivantes :*

- (a) *la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement tel que défini à l'article 4 de la présente convention devra incomber à l'employeur ;*

- *(b) les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à former leur conviction quant aux motifs du licenciement au vu des éléments de preuve fournis par les parties et selon des procédures conformes à la législation et à la pratique nationales. ».*

La charge de la preuve sera donc supportée soit par l'employeur seul, qui devra prouver les motifs qu'il invoque, soit par les deux parties.

Nous l'avons vu, le système belge prévoit des solutions différentes en fonction de certaines circonstances.

On observe des rapprochements entre les deux régimes mais nous ne pouvons tout de même pas parler de similitudes.

En droit belge, lorsque l'employeur a correctement communiqué la motivation, il garde à sa charge la preuve des motifs qu'il invoque, des faits qu'il allègue. Cependant, l'employeur n'est pas le seul à devoir rapporter des preuves puisque le travailleur doit supporter la charge de la preuve des faits que lui-même invoque.

Pour le cas où l'employeur aurait mal communiqué les motifs concrets, c'est-à-dire hors délai ou sans respecter les formalités, il est prévu que l'employeur devra prouver non seulement les motifs mais également le fait que ceux-ci ne sont pas manifestement déraisonnables. Il y a donc un élément de preuve supplémentaire que doit supporter l'employeur par rapport à ce qui est proposé dans la convention internationale.

La troisième hypothèse envisagée par la convention n°109 est en totale rupture avec le régime de la convention de l'O.I.T. On vise la situation où le travailleur n'a pas fait de demande de motivation mais où il désire tout de même contester son licenciement. Dans ce cas, il aura l'entière charge de la preuve des motifs et du caractère manifestement déraisonnable¹⁸⁸.

Même sur le plan de la charge de la preuve, on peine à réconcilier les deux régimes.

Le Comité européen des Droits sociaux exige uniquement que la charge de la preuve ne repose pas entièrement sur les épaules du travailleur. L'hypothèse où le travailleur ne fait pas de demande de motivation mais introduit un recours et doit par conséquent, supporter l'entière charge de la preuve, est donc non conforme à la Charte.

Chapitre 7 : Limitation du contrôle du juge

Les partenaires sociaux ont fait le choix de n'accorder au juge qu'un contrôle marginal pour l'appréciation du licenciement. Le contrôle du caractère déraisonnable du licenciement ne porte pas sur les circonstances du licenciement mais se borne uniquement à vérifier que le motif justifiant le licenciement correspond bien à l'une des hypothèses autorisées par la loi et que la décision de licencier est raisonnable et légitime. Le contrôle est minime et restreint, ce qui est d'ailleurs bien illustré dans la notion de licenciement manifestement déraisonnable.

¹⁸⁸ Art 10 de la CCT n°109 concernant la motivation du licenciement.

Cette conception du contrôle judiciaire ne se retrouve pas dans la convention n°158 d l'O.I.T. Le juge dispose d'un plein contrôle lors de l'appréciation du caractère injustifié du licenciement et est autorisé à « examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas ». On n'y voit donc aucune limitation du pouvoir du juge.

Néanmoins, en cas de licenciement fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, il est précisé au §2 de l'article 9 de la convention que les autorités compétentes « *devront être habilitées à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs, étant entendu que l'étendue de leurs pouvoirs éventuels pour décider si ces motifs sont suffisants pour justifier ce licenciement* » sera définie par les Etats eux-mêmes. Il nous semble qu'ici, l'O.I.T. ne ferme pas les portes à ce qu'on limite le contrôle du juge à un contrôle marginal.

A nouveau, l'article 24 de la Charte sociale européenne reste muet sur les caractéristiques du contrôle du juge. On lit dans le digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux de 2008 (dernier digest publié en date) qu'en cas de licenciement pour motif économique, l'organe de recours doit être habilité à examiner la réalité des justifications économiques de la mesure¹⁸⁹. Le Comité va au-delà de ce que prévoit l'O.I.T. puisqu'il n'est pas prévu, même dans ce cas, une limitation des pouvoirs de l'organe impartial¹⁹⁰. On en conclut que le contrôle marginal du juge en droit belge ne satisferait pas le Comité européen des Droits sociaux.

Chapitre 8 : Amende civile et indemnités

Il faut distinguer l'indemnité, lorsque l'employeur ne donne pas suite ou ne répond pas dans les formes imposées à la demande de motivation du travailleur, de l'indemnité prévue en cas de licenciement manifestement déraisonnable.

On ne pourra comparer notre régime aux deux normes internationales en ce qui concerne l'indemnité pour défaut de motivation car rien de comparable n'est prévu dans le cadre international de référence.

Il en va différemment pour l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable. Le droit du travail belge est un droit indemnitaire. Il est prévu qu'en cas de licenciement manifestement déraisonnable, l'employeur sera redevable d'une indemnité dont le montant est fixé par le juge et pouvant aller de 3 à 17 semaines de rémunération, en fonction de la gravité du caractère manifestement déraisonnable du licenciement. Il n'est jamais question pour le juge de prononcer la nullité du licenciement ou d'ordonner la réintégration du travailleur au sein de l'entreprise.

Cette conception indemnitaire n'est pas du tout celle de la convention de l'O.I.T. Celle-ci privilégie sans aucun doute la réparation en nature et ne prévoit une indemnité adéquate que lorsque l'annulation ou la réintégration n'est pas possible. Le fait de ne pas prévoir la réintégration du

¹⁸⁹ Digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux, 1^{er} septembre 2008, p. 150.

¹⁹⁰ M. SCHMITT, "Article 24. The Right to Protection in Cases of Termination of Employment", In *The European Social Charter and the Employment Relation*, sous la coordination de N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN, S. CLAUWAERT, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 428.

travailleur comme sanction, et de ne pas prévoir sa prévalence sur la réparation par équivalent n'est pas conforme à la Convention. Voici encore un élément de discordance entre les deux régimes.

Sous l'article 24 de la Charte, il est prévu que le travailleur licencié a droit à *une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée*. Cependant, on déduit de la jurisprudence du Comité que les Etats ont l'obligation d'offrir la possibilité aux organes impartiaux, d'imposer la réintégration du travailleur. Etant donné que ce n'est pas le cas en droit belge, notre législation est contraire à la Charte. De plus, notre législation n'est pas non plus conforme à la Charte en ce qu'il est prévu que l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable ne peut dépasser 17 semaines de rémunération, alors que le Comité n'autorise pas de montant plafonné.

Conclusion

Il est indéniable que la convention collective n°109 est une avancée considérable dans la protection des travailleurs. On ne peut, pour cela, que féliciter le gouvernement et les partenaires sociaux pour leur compromis. Peut-être est-il dommage que ce mouvement ne s'est pas fait naturellement mais qu'il ait fallu certaines pressions et certaines critiques d'organismes extérieurs, souvent internationaux, pour inciter le pouvoir législatif belge à agir.

Bien qu'étant « révolutionnaire » dans son genre, la convention collective n°109 ne permet pas de combler totalement notre attente et laisse sur certains points, un petit goût amer d'insatisfaction.

Pourquoi ne pas avoir prévu, comme il en était question au départ, une véritable obligation de motivation formelle mais uniquement une obligation de motivation en cas de demande du travailleur ? Pourquoi ne pas avoir adopté un montant plus important d'amende civile en cas de non réponse ou en cas de réponse non conforme à la demande de motivation du travailleur afin d'assurer l'effectivité de l'obligation ? Pourquoi avoir limité le champ d'application de la convention au secteur privé alors que l'objectif premier était de gommer une différence de traitement ? Pourquoi ne pas avoir été au bout des choses en prévoyant une obligation d'audition préalable ? Pourquoi avoir décidé que le contrôle du juge serait uniquement un contrôle marginal, excluant la possibilité de contrôler l'opportunité de la mesure prise ? Ces questions restent malheureusement en suspens et sont assez regrettables.

Le but ultime de ce mémoire était d'évaluer la conformité du régime belge par rapport à la convention de l'O.I.T. et à l'article 24 de la Charte sociale européenne. Il est indéniable que les partenaires sociaux ont basé en grande partie leur travail et se sont inspirés du régime établi par la convention de l'O.I.T. et donc, par la force des choses, du régime de l'article 24 de la Charte (étant lui-même fortement inspiré de la convention n°158). Le régime belge s'inscrit relativement bien dans la lignée du régime international et il contient pas mal de similitudes. Néanmoins, il serait exagéré de parler de pleine conformité au régime international.

Nous l'avons vu, le régime belge conserve des imprécisions. Il est en outre, sur quelques points, moins complet, moins protecteur et reste muet sur d'autres, en revanche abordés par la convention 158 de l'O.I.T.. La Belgique se doit, selon nous, de réenvisager certains points majeurs, comme la mise en place d'une audition préalable, l'élargissement du champ d'application de la convention collective au secteur public, l'approfondissement du contrôle du juge, la réorganisation des sanctions et ce, afin de pouvoir envisager plus sereinement et plus parfaitement la ratification de la convention de l'O.I.T.

Quant à la ratification de l'article 24, celui-ci étant par nature moins précis et moins complet que la convention n°158, elle sera sans doute plus aisément envisageable. Il ne faut en revanche pas exagérer la chose car comme nous avons pu le remarquer lors de l'analyse du régime de l'article 24

de la Charte, la multiplication des décisions du Comité, à la lumière de la convention de l'O.I.T., n'est pas de nature à faciliter la tâche.

Bibliographie

Législation :

Législation nationale

Exposé des motifs, Doc. Parl., Sén., sess. ord. 2000-2001, Doc. 2-838/1.

Exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, sess. 2013-2014, Doc. 53 3144/001, pp. 26-27.

Avis du C.E., Doc. parl., Chambre, sess. 2013-2014, Doc. 33 3144/001, p. 116.

Projet de loi portant assentiment à la Charte sociale européenne révisée et à l'Annexe, faites à Strasbourg le 3 mai 1996.

Code civil belge.

Code judiciaire belge.

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

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

Loi du 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, p. 6413.

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

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

Législation internationale

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

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

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

Jurisprudence nationale

Trib. Trav. Bruxelles, 20 février 1992, *Chr. D. S.*, 1993, p. 86.

Trib. Trav. Hainaut (div. Charleroi), 7 novembre 2016, *J.T.T.*, 2016/28, n°1262, pp. 460-461.

Cass., 22 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011/1, n°1085, pp. 3-7.

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

Cass., 12 octobre 2015, disponible sur www.juridat.be.

C. const., 30 juin 2016, n°101/2016, *A.P.T.*, 2016/4, pp. 570-572.

Jurisprudence internationale

- Conclusions du Comité européen des Droits sociaux

Conclusions 2003, Bulgarie. ; Conclusions 2005, Estonie. ; Conclusions 2008, Finlande. ; Conclusion 2008, Bulgarie. ; Conclusions 2008, Albanie. ; Conclusions 2012, Finlande. ; Conclusions 2012, Turquie. ; Conclusions 2016, Italie. ; Conclusions 2016, Irlande. ; Conclusions 2016, République Slovaque.

- Arrêts de la C.E.D.H.

C.E.D.H., arrêt *Osman c. Royaume Unis*, 28 Octobre 1998, req. n° 23452/9.

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

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

Doctrines :

CAPART R., « La suppression de la période d'essai » in *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthémis, 2015.

CARLIER E., « Chapitre 11 – Réflexions à propos de la C.C.T. n°109 du Conseil National du Travail » in *Le droit du travail au XXI^{ème} siècle*, Bruxelles, Editions Larcier, 2015.

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

CLESSE Ch-E., CLESSE J., DEAR L., GILSON S., JOURDAN M., MORTIER A., ROGER A., VANNES V., « Le licenciement abusive : notions, évolutions, questions spéciales », Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009.

CLESSE J., Congé et contrat de travail, Coll. Scientifique de la Fac. Dr. Liège, 1992.

CLESSE J., « La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés » in *Questions spéciales de droit social, hommage à Michel Dumont* (J. CLESSE et J. HUBIN, dir.), Bruxelles, Larcier, 2014.

CLESSE J., HUBIN J., « Section 1 – Le nouveau régime » in *Questions spéciales de droit social*, Bruxelles, Editions Larcier, 2014.

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

DEAR L., « L'audition préalable et la motivation du congé », in *Le licenciement abusif, Perspectives de droit social*, Limal, Anthémis, 2009.

DEAR, L., GILSON, S., « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable », in *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, sous la coordination de M. BAUKENS, F. ROZENBERG, F. KÉFER, Limal, Anthemis, 2014.

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

DECKERS H. et JOASSART P., « Le droit à la motivation du licenciement : règles de formes et cumul d'indemnités », in *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthémis, 2014.

DEJONGHE D., DECRUYENAERE K., « Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De CAO, nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht », *Orientatie*, 2014/4.

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

DEPRINCE O., « Motivation du licenciement après la loi du 26 décembre 2013 et la convention collective de travail n°109 : une insécurité juridique plus que jamais présente dans le secteur public », in *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, sous la coordination de M. Baukens, F. Rozenberg, F. Kéfer, Limal, Anthemis, 2014, p. 241.

DESMET C., « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *J.T.T.*, 2013/21, n°1165, pp. 337-343.

DEVILLE G., GEERBAERT P., « CAO n° 109 : een gemotiveerde analyse », *Soc. Kron.*, 2014.

ELKIN N., SU THOMAS M., « Sous-section 2 – Le droit au travail » in *Le droit international social*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

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

FUNCK J., « Le rôle créateur du juge », *Orientations*, 2008.

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

GHISLAIN S., VERWILGHEN M., « L'harmonisation des statuts ouvriers et employés – Les nouveautés quant à la rupture du contrat de travail », *C.J.*, 2015/3, pp. 66-85.

GIELEN A., LENAERTS H-F., VANSCHOEBEKE B., VERSLYPE J-Y., WILLEMS G., WITTERS A., « Chapitre 10. – Licenciement manifestement déraisonnable et l'abus du droit de licencier » in *La rupture du contrat de travail*, Bruxelles, Editions Larcier, 2017, pp. 429-469.

GILSON S., « Licenciement abusif et/ou manifestement déraisonnable : le point sur la question », *B.S.J.*, 2015/552, pp. 7-10.

GILSON S., LAMBINET F., « 8 – Fifteen shades of C.C.T. 109. Les 15 degrés du manifestement déraisonnable » in *Droit du travail tous azimuts*, Bruxelles, Editions Larcier, 2016.

GILSON S., LAMBINET F., « Le licenciement des contractuels de la fonction publique : actualisation (2) », *B.S.J.*, 2017/595.

HENDRICKX, F. : « Licenciement manifestement déraisonnable : *état de la jurisprudence* » – ArbeidJ, 2016.

JAMOULLE M., « Le contrat de travail », t. 1., Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, n°265.

KÉFER F., « La motivation du licenciement en droit belge », *Rev. Dr. Ulg*, 2011/3-4.

KÉFER F., « La renonciation, l'abdication et la rupture du contrat de travail » in *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthémis, 2015.

LAMBINET F., GILSON S., « Chapitre 5 – Le droit belge du licenciement est-il conforme aux exigences du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt K.M.C. c/ Hongrie ? – L'audition préalable au licenciement et la motivation du congé en question » in *Le droit du travail au XXI ieme siècle*, Bruxelles, Editions Larcier, 2015.

LAMBINET F., « L'arrêt K.M.C. c/ Hongrie : un arrêt « éclairant » ou une jurisprudence « non applicable en droit belge » ?, *B.S.J.*, 2014/514.

LENAERTS H.-F., VERSLYPE J.-Y. et FRY A., WILLEMS G., « Chapitre 7 - Licenciement pour motif grave » in *La rupture du contrat de travail*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011.

MONSEREZ L., « Het verdrag van Lissabon : een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever ? », *Orientatie*, 2010.

PELTZER L., PLASSCHAERT E., « 1- Vers une harmonisation des statuts d'ouvriers et d'employé : un long fleuve tranquille ? » in *Le droit social en chantier(s)*, Bruxelles, Editions Larcier, 2012.

PELTZER L., PLASSCHAERT E., « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014 », *J.T.*, 2014/21, n° 6565.

ROBERT FR, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003.

SCHMITT M., "Article 24. The Right to Protection in Cases of Termination of Employment", In *The European Social Charter and the Employment Relation*, sous la coordination de N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN, S. CLAUWAERT, Oxford, Hart Publishing, 2017.

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

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

SICHEN P., « Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag » in *Sociaal en arbeidsrecht*, Gent, Uitgeverij Larcier, 2014.

TAQUET F., « Quelques réflexions sur l'audition préalable au licenciement », *B.S.J.*, 2016/565.

VAN EECKHOUTTE W., « Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motivering van zijn ontslag. », *R.D.S.-T.S.R.*, 2015/4.

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

VAN KERREBROECK N., VERWILGHEN M., « 6 – La motivation du licenciement » in *Harmonisation des statuts ouvriers – employés*, Bruxelles, Editions Larcier, 2014.

VANNES V., DEAR L., « Titre 2 – L'abus du droit de licencier » in *La rupture abusive du contrat de travail*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

VANNES V., DEAR L., « La fin d'une discrimination. Le concept de licenciement manifestement déraisonnable pour tous les travailleurs du secteur privé confronté à la théorie de l'abus de droit. » in *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discriminations*, sous la coordination de Gilson S. et Vanhaverbeke P., Limal, Anthemis, 2015.

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

Divers :

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

« Note sur la convention n°158 et la recommandation n°166 sur le licenciement », http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms_171429.pdf.

O.I.T., *Protection contre le licenciement*, Genève, 1995. (Etude d'ensemble).

C.I.T., 59^{ème} session, 1974, Rapport III (Partie 4B).

C.I.T., 67^{ème} session, 1981, Rapport VIII (1).

Conseil de l'Europe, Digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux, 1^{er} septembre 2008.

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

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

