

VERS UN LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE EN DROIT BELGE ? PLAIDOYER POUR UN INTÉRÊT DOCTRINAL ET UN ENCADREMENT JURIDIQUE ⁽¹⁾

Thomas DOUILLET,
Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant à l'Université catholique de Louvain

(1) Cet article est la prolongation du mémoire de fin d'études de l'auteur, réalisé sous la direction du Prof. P. P. VAN GEHUCHTEN. L'auteur remercie vivement ce dernier, de même que le Prof. F. DORSSEMONT. Les propos n'engagent que l'auteur.



INHOUD

Introduction	597
I. Examen analytique du licenciement économique belge	598
A. Relevé des licenciements économiques en droit positif belge	598
1. Les travailleurs du secteur privé (anciennement ouvriers)	598
2. Les travailleurs transférés	600
3. Les (candidats) délégués du personnel	601
4. Les travailleurs licenciés collectivement	602
5. Les licenciements économiques non nommés	602
B. Absence (et proposition) de définition des « motifs économiques »	603
1. Les différentes expressions du licenciement économique	603
2. Quelques éléments de définition	607
C. D'énormes disparités	608
1. Le momentum et le type de contrôle	608
2. La charge de la preuve	610
3. Les sanctions	611
D. Un point commun : le contrôle marginal du motif économique	614
II. La nécessité d'un encadrement juridique du licenciement économique	615
A. Une incohérence méthodologique : des protections dévorées par les exceptions	616
B. La répartition des risques propre au salariat menacée	617
1. Le contrat de travail protège le travailleur contre l'aléa économique	617
2. Le licenciement économique transfère l'aléa économique sur le travailleur	619
3. Quelles garanties de la répartition des risques en droit belge ?	620
C. Des évolutions jurisprudentielles précaires	622
1. Évolutions jurisprudentielles dans le cadre de l'article 63 de la loi sur les contrats de travail	622
2. Risque de caducité et nécessité de codification	625
D. Une catégorie unanimement reconnue par le droit international	626
III. Pistes pour mieux cerner et contrôler les motifs économiques	628
A. Quelle approche économique pour le licenciement économique ?	628
B. Pistes pour mieux contrôler les motifs économiques	631
1. La bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit	631
2. L'intérêt de l'entreprise et sa conception communautaire	633
3. Les enseignements du ius variandi	635
C. Pistes <i>de lege ferenda</i> pour faciliter la compréhension des motifs économiques	637

—

1. Imposer une motivation formelle du licenciement	637
2. Exploiter la documentation économique de l'entreprise	645
3. Impliquer les organes paritaires	646
Conclusion	650

—



Les licenciements fondés sur des « raisons économiques, techniques ou d'organisation », sur des « raisons d'ordre économique ou technique », ou encore sur les « nécessités du fonctionnement de l'entreprise » apparaissent dans plusieurs législations. Cette motivation du licenciement par des motifs économiques, dont la légitimité est déjà acquise en droit international, n'intéresse que très peu la doctrine belge, et n'est contrôlée qu'à la marge par la jurisprudence. L'absence de définition et de contrôle plus rigoureux des différents licenciements économiques belges, justifiée par des contraintes tant juridiques que pratiques, affaiblit – anéantit parfois – plusieurs protections contre le licenciement, et perturbe la répartition des risques économiques opérée par le contrat de travail. Plusieurs outils juridiques peuvent néanmoins être mobilisés pour contrôler plus adéquatement la motivation économique d'un licenciement. En outre, certaines modifications peuvent être envisagées pour faciliter la compréhension et le contrôle des motifs économiques lorsque ceux-ci sont contestés.

Het ontslag “om economische, technische of organisatorische redenen”, “om economische of technische redenen” of berustend “op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming” duikt in tal van wetten op. Deze grondslag voor het ontslag om economische redenen, die ook het internationaal recht als een geldige ontslaggrond beschouwt, komt weinig aan bod in de Belgische rechtsleer en wordt hoogstens marginaal getoetst in de rechtspraak. Het ontbreekt aan een definitie en aan grondige controle op de mogelijkheden tot ontslag om economische redenen die het Belgisch recht biedt. Dit heeft te maken met zowel juridische als praktische beperkingen. Daardoor worden bepaalde vormen van ontslagbescherming echter uitgehold en treedt een verstoring op wat betreft de verdeling van de economische risico's in het raam van een arbeidsovereenkomst. Er zijn echter tal van juridische mogelijkheden om op een meer adequate wijze het ontslag om 'economische' redenen aan een controle te onderwerpen. Bovendien kunnen bepaalde wijzigingen in overweging worden genomen die in geval van betwisting het begrip voor en de controle op de economische redenen vergemakkelijken.



INTRODUCTION

1. Le droit du travail entretient des rapports complexes avec l'économie. D'aucuns le voient porteur des structures nécessaires au développement de l'activité économique tandis que d'autres le disent par essence antiéconomique⁽²⁾. La question de la rupture du contrat de travail pour un motif économique se situe à mi-chemin entre ces deux conceptions opposées. En effet, le licenciement⁽³⁾ est à la fois un acte de *pouvoir* caractéristique de la liberté de gestion et un acte enchâssé dans une batterie de protections formelles et substantielles, d'où la distinction entre le pouvoir de rupture et le droit de rupture⁽⁴⁾.

2. Contrairement au droit français qui institue deux types de licenciements valables dont celui « pour motif économique », le droit belge, ainsi que la doctrine belge, sont muets sur le licenciement motivé par des raisons économiques, que l'on qualifiera par la suite (improprement car le terme n'est ni légal ni jurisprudentiel) de « licenciement économique ». En effet, le droit du licenciement – habituellement synthétisé en distinguant la rupture immédiate pour motif grave de la rupture moyennant préavis – n'est jamais présenté sur la base d'une distinction qui est pourtant admise tant à l'étranger qu'en droit international : celle entre le congé reposant sur un motif personnel au travailleur, et celui déterminé par les nécessités économiques de l'entreprise. En droit belge, si la question du motif grave a fait l'objet d'exposés doctrinaux les plus approfondis, celle de la motivation pour « raisons économiques » n'a jamais été étudiée en tant que telle⁽⁵⁾. Ce type de licenciement serait-il absent en droit belge ? Nous verrons qu'il n'en est rien.

3. Les questions entourant ce licenciement économique sont pourtant nombreuses. Existe-t-il un droit du licenciement économique en Belgique ? Quelles sont les « raisons économiques » valables ? Dans quel cadre sont-elles invoquées ? Sont-

(2) T. SACHS, *La raison économique en droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 1.

(3) Le licenciement est l'acte juridique unilatéral réceptice, définitif et irrévocable par lequel l'employeur manifeste clairement et sans équivoque au travailleur sa volonté de rompre le contrat. Voy. P. HUMBLET et M. RIGAUX (dir.), *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 179 ; P. HUMBLET, W. RAUWS, R. JANVIER, M. RIGAUX, *Aperçu du droit du travail belge* (sous la dir. de P. HUMBLET et M. RIGAUX), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 207, n° 392 ; M. RIGAUX et P. HUMBLET, « Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking : een systeem », *R.W.*, 1988-1989, p. 729, n° 3 ; K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Bruxelles, V.U.B., 2004, pp. 15-35 ; P. P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », in *Motivation et motifs du congé*, Actes de l'après-midi d'étude organisé par le Département de droit économique et social de la Faculté de droit de l'U.C.L. le 27 mai 2005, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 15.

(4) Le droit de rupture (*i.e.* le licenciement régulier et licite/justifié : *regelmatig en rechtmatig*) « doit se plier à un mode d'expression déterminé et satisfaire à certaines exigences de fond... », tandis que le pouvoir de rupture veut que « chacune des parties peut, à tout moment, mettre fin à la convention sans que l'illicéité du procédé utilisé, sanctionné pourtant de nullité, puisse oblitérer l'effet de la volonté de dissoudre le lien contractuel » (M. JAMOULLE, « Examen de jurisprudence (1978-1981) », *R.C.J.B.*, 1983, p. 606, n° 47). Voy. également P. HUMBLET et M. RIGAUX (dir.), *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, *op. cit.*, p. 179 ; P. HUMBLET, W. RAUWS, R. JANVIER, M. RIGAUX, *op. cit.*, p. 208, n° 392 ; M. JAMOULLE, « Examen de jurisprudence (1975-1977) », *R.C.J.B.*, 1978, p. 618, n° 83 ; M. JAMOULLE, « Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services », note sous Cass. (1^{re} ch.), 16 octobre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 530 ; K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, *op. cit.*, pp. 36 et s.

(5) Nous n'avons recensé aucune étude consacrée au régime juridique global des différents licenciements motivés par des raisons économiques.

elles contrôlées ? Par qui ? Avec quelle expertise ? *Quid* si, invoquées, elles ne sont pas avérées ? Dès lors que le droit s'empare de concepts économiques, c'est tout un lexique économique qui devient juridique. Cette grande prérogative du droit de pouvoir régler, avec autorité, tout ce qu'il nomme, a pour corollaire une grande responsabilité : la sécurité juridique doit être garantie par un encadrement juridique suffisant.

4. L'ambition que s'assigne la présente contribution est de mettre en lumière le phénomène consistant à motiver un licenciement d'une manière économique, et d'ainsi observer la réaction du droit face à un argumentaire ressortissant à l'économie. Elle souhaite conscientiser, sans parti pris idéologique, à la présence normative de licenciements économiques en Belgique, et à l'impact de leurs caractéristiques sur les parties à la relation de travail. Il s'agit avant tout d'ouvrir des portes et de suggérer des pistes de réflexion.

5. L'étude se décline en trois parties. La *première partie* tente de répondre à la question, jusqu'alors non posée, de savoir s'il existe un droit du licenciement économique en Belgique. Cette partie sera l'occasion de recenser les occurrences de « licenciement économique » rencontrées çà et là dans notre droit positif ou dans la pratique, et de mettre en exergue leurs caractéristiques (I). La *deuxième partie* se veut la critique des caractéristiques du « licenciement économique » belge ainsi mis en évidence, et un plaidoyer pour l'instauration d'un cadre juridique plus systématique et approprié (II). La *troisième partie* propose des pistes de réflexion pour (mieux) cerner les exigences de motivation en la matière (III).

I. EXAMEN ANALYTIQUE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE BELGE

6. Cette première partie mettra en lumière les éléments saillants des différents licenciements économiques que l'on rencontre en droit positif et dans la pratique. Puisque le droit belge ne les considère pas comme une catégorie de licenciements à laquelle s'appliquerait un régime juridique uniforme, c'est au moyen d'une observation heuristique des différentes motivations économiques existant en droit belge du licenciement que l'on donnera, de manière intuitive, consistance à ce type de motif.

A. Relevé des licenciements économiques en droit positif belge

1. Les travailleurs du secteur privé (anciennement ouvriers)

7. L'on retrouve ce qui nous semble être un « licenciement économique » dans la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, lorsqu'elle impose à l'employeur d'un ouvrier engagé pour une durée indéterminée de s'expliquer sur les motifs en raison desquels il l'aurait licencié. L'article 63 de ladite loi dispose qu'« *est considéré comme licenciement abusif (...) 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* »⁽⁶⁾. Ces derniers motifs sont visés par notre propos. Cet

(6) Art. 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277. Le bénéfice de cette limitation des motifs admissibles de licenciement aux seuls ouvriers n'a pas été jugé inconsti-

article ne s'applique désormais plus qu'aux employeurs qui ne relèvent pas du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et à leurs travailleurs ⁽⁷⁾.

8. Pour les employeurs relevant du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 et leurs travailleurs, l'article 63 de la loi sur les contrats de travail a cessé de s'appliquer à la suite de l'entrée en vigueur de la Convention collective de travail (ci-après C.C.T.) n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement ⁽⁸⁾. Le législateur, par la loi du 26 décembre 2013 ⁽⁹⁾, avait relégué aux partenaires sociaux le soin de régler la question de la motivation du licenciement ⁽¹⁰⁾. La C.C.T. n° 109 crée le droit pour le travailleur d'être informé des motifs concrets de son licenciement ⁽¹¹⁾ (en

tutionnel. Voy. C.C., 21 juin 2001, arrêt n° 84/2001, *M.B.*, 17 octobre 2001, p. 36123, *J.T.T.*, 2001, p. 405, *R.W.*, 2001-2002, p. 271 et note DE VOS.

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

(8) C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 conclue au sein du Conseil national du travail, concernant la motivation du licenciement, rendue obligatoire par l'A.R. du 9 mars 2014, *M.B.*, 20 mars 2014, p. 22613. Cette convention collective de travail est entrée en vigueur pour les congés donnés ou notifiés à partir du 1^{er} avril 2014 (art. 12 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée). Au sujet de cette C.C.T., voy. P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *Ors.*, 2014, liv. 4, pp. 2-13 ; D. DEJONGHE et K. DECRUYENAERE, « Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De CAO n° 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht », *Or.*, 2014, liv. 4, pp. 94-105 ; C. ENGELS et O. DEBRAY, « Het ontslagrecht is hervormd, nu nog de procedures », *Juristenkrant*, 2014, liv. 285, pp. 12-13 ; L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014 », *J.T.*, 2014, pp. 377-389 ; M.-L. WANTIEZ et G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *J.T.T.*, 2014, pp. 261-269.

(9) Au sujet de la loi du 26 décembre 2013 précitée, voy. F. HENDRICKX, *De wet betreffende de invoering van een eenheidsstatuut*, Brugge, die Keure, 2014 ; D. HEYLEN, L. VERMEULEN et I. VERREY, *De beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder het eenheidsstatuut*, Anvers, Intersentia, 2014 ; R. CAPART, G. MASSART, M. STRONGYLOS, *Le statut unique ouvriers-employés. Commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, Limal, Anthémis, 2014 ; M. VERWILGHEN et N. VAN KERREBROECK, *Harmonisation des statuts ouvriers-employés*, Bruxelles, Larcier, 2014 ; H. LENAERTS, « Le droit de la rupture du contrat de travail révolutionné », *Ors.*, 2014, liv. 1, pp. 2-17.

(10) La constitutionnalité du recours à une convention collective pour régler cette question n'est pas sans poser question. Le Conseil d'État avait estimé anticonstitutionnel le fait que le législateur relègue aux interlocuteurs sociaux le soin de fixer le nouveau régime de motivation du licenciement : « *Les éléments essentiels du régime de la motivation du licenciement doivent être fixés par le législateur même et leur mise en œuvre peut uniquement être déléguée au Roi* ». Voy. l'avis de la section de législation du Conseil d'État précédant la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2013-2014, n° 33 3144/001, p. 116. S'écartant de cet avis, le gouvernement argua que « *dans le cadre de son pouvoir autonome, le Conseil national du travail est compétent pour conclure une C.C.T. 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* ». Voy. *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2013-2014, Exposé des motifs, n° 53 3144/001, pp. 26-27. À cet égard, voy. P. CRAHAY, *op. cit.*, p. 2 et H.-F. LENAERTS, « Le droit de la rupture du contrat de travail révolutionné », *Ors.*, 2014, liv. 1, p. 8.

(11) Art. 3 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée. Le projet de loi du 21 novembre 2013, devenu la loi du 26 décembre 2012, mentionnait, au titre des « observations particulières », que l'obligation de motivation de l'employeur « *peut être considérée comme un aspect de la protection contre le licenciement abusif qui, à son tour, est un élément du droit à des conditions de travail équitables visé à l'article 23 de la Constitution* » (Projet de loi concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et

adressant, le cas échéant, une demande en ce sens par lettre recommandée dans un délai de deux mois après que le contrat de travail a pris fin)⁽¹²⁾, et introduit la notion de « licenciement manifestement déraisonnable »⁽¹³⁾. Il s'agit du « *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* »⁽¹⁴⁾. Mention est encore faite du licenciement économique. L'intérêt d'étudier le régime juridique de l'article 63 de la loi sur les contrats de travail reste entier. En effet, en l'attente d'un « régime analogue », cet article reste applicable pour ce qui concerne les employeurs ne relevant pas du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968, et leurs travailleurs (*i.e.* les agents contractuels de la fonction publique ayant le statut d'ouvrier)⁽¹⁵⁾. De plus, la C.C.T. n° 109 reprend presque identiquement les termes de l'article 63 désormais en partie abrogé, lequel avait donné lieu à de nombreuses considérations doctrinales et jurisprudentielles.

9. Si la C.C.T. n° 109 donne à penser qu'elle s'applique à tous les travailleurs, indistinctement de leur statut d'ouvrier ou d'employé, son champ d'application n'est pourtant pas englobant. En plus du secteur public qui n'est pas visé par les conventions collectives en général⁽¹⁶⁾, son champ d'application est ponctué d'exclusions et d'exceptions, non sans poser des problèmes de constitutionnalité⁽¹⁷⁾.

2. Les travailleurs transférés

10. Le concept de « licenciement économique » apparaît également en matière de transfert d'entreprise. La matière est communautaire et provient de la directive

employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, Observation particulière de l'article 38, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2013-2014, n° 53 3144/001, point n° 20, p. 118).

(12) Art. 4 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

(13) Pour une analyse critique de cette notion, voy. G. DEVILLE et P. GEEREBAERT, « CAO nr. 109 : een gemotiveerde analyse », *Chron. D.S.*, 2014, pp. 133 et s.

(14) Art. 8 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

(15) Art. 38 de la loi du 26 décembre 2013 précitée.

(16) Art. 2, § 3 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janvier 1969, p. 267.

(17) Ces régimes dérogatoires (de manière temporaire ou perpétuelle), visant les travailleurs de certains secteurs auxquels s'appliquent des préavis réduits, posent des problèmes de constitutionnalité tant en ce qu'ils nuisent à l'harmonisation des statuts, qu'en ce qu'ils créent une discrimination entre employeurs et entre travailleurs qui effectuent des activités proches ou comparables mais qui ne rempliraient pas toutes les conditions pour bénéficier des régimes dérogatoires (P. CRAHAY, *op. cit.*, p. 12, n° 23). La ministre de l'Emploi n'a pas rencontré ces critiques qui avaient pourtant été émises par le Conseil d'État (Projet de loi 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, Avis du Conseil d'État n° 54.231/1 du 6 novembre 2013, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2013-2014, n° 53-3144/001). Voy. les justifications de la ministre de l'Emploi : Projet de loi précité, Réponse de la Ministre DE CONINCK, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2013-2014, Exposé des motifs, n° 53 3144/001 ; ainsi que Projet de loi précité, Exposé introductif de Madame Monica DE CONINCK, Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales par Stefaan VERCAMER, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2013-2014, n° 53 33144/004, pp. 9-10.

2001/23⁽¹⁸⁾. Elle s'assigne l'ambition de « *protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise, en particulier pour assurer le maintien de leurs droits* »⁽¹⁹⁾. Cet objectif de stabilité d'emploi ne pourrait être rencontré si tant le cédant que le cessionnaire pouvaient licencier les travailleurs visés par une cession conventionnelle⁽²⁰⁾. C'est la raison pour laquelle la directive, et la convention collective n° 32bis qui la transpose en droit belge, posent pour principe que le transfert ne peut constituer en lui-même un motif de licenciement ni pour le cédant ni pour le cessionnaire⁽²¹⁾.

À cette interdiction de principe de licencier en raison du transfert, s'opposent deux exceptions : les travailleurs licenciés pour motif grave d'une part, et les travailleurs licenciés « *pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation qui entraînent des changements dans le domaine de l'emploi* »⁽²²⁾ d'autre part. Cette deuxième exception vise le licenciement économique que nous étudions.

3. Les (candidats) délégués du personnel

11. L'on rencontre encore un « licenciement économique » dans la législation visant à assurer une protection contre le licenciement aux délégués (et aux candidats délégués) du personnel au Conseil d'entreprise et au Comité pour la prévention et la protection au travail⁽²³⁾. Ces travailleurs (auxquels il faut, le cas échéant, ajouter les membres de la délégation syndicale)⁽²⁴⁾ ne peuvent être licenciés que pour deux raisons : pour motif grave d'une part, et pour des « *raisons d'ordre économique ou tech-*

(18) Directive (CE) n° 2001/23 du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *J.O.*, L82, 22 mars 2001, p. 16.

(19) Troisième considérant de la directive. Voy. L. PELTZER, *Transfert conventionnel d'entreprises*, Bruxelles, Kluwer, 2006, p. 136.

(20) L. PELTZER, *Transfert conventionnel d'entreprises*, *op. cit.*, p. 136.

(21) Art. 9, al. 1 de la C.C.T. n° 32bis du 7 juin 1985, conclue au sein du Conseil national du travail, concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs en cas de reprise de l'actif après faillite ou concordat judiciaire par abandon d'actif, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 25 juillet 1985, *M.B.*, 9 août 1985, p. 11528 ; art. 4.1 de la Directive (CE) n° 2001/23 précitée. Voy. C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2003, p. 104, n° 69 ; F. KEFER et M. JAMOULLE, « La protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprise », *Act. dr.*, 1995, p. 68, n° 30.

(22) Art. 9, al. 2 de la C.C.T. n° 32bis du 7 juin 1985 précitée ; art. 4.1. de la Directive (CE) n° 2001/23 précitée.

(23) 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. 6412. Sur cette protection, voy. entre autres L. ELIAERTS et I. VAN HIEL, *Beschermde werknemers. Ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming op het werk*, Bruxelles, Larcier, 2013 ; B. MERGITS, *De bijzondere ontslagregeling van de personeelafgevaardigden*, Mechelen, Kluwer, 2012 ; B. ADRIAENS, T. CLAEYS, E. DELATTRE, P. DENIS et V. VANNES, *De bescherming van de personeelsvertegenwoordigers in de onderneming. Wet van 10 maart 1991. Analyse en toepassing*, Bruxelles, V.B.O., 1997 ; I. PLETS, S. DEMEESTERE, J. HOFKENS et A. VANDENBERGEN, *20 jaar wet ontslagregeling personeelsafgevaardigden*, Anvers, Intersentia, 2011.

(24) C. trav. Mons (1^{re} ch.), 27 mars 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 126 : « Les membres de la délégation syndicale bénéficient de la protection contre le licenciement organisée par la loi du 19 mars 1991 (...) dès lors que, en l'absence d'un Comité pour la prévention et la protection au travail, elle en assure, quelle qu'en soit la raison, les fonctions, même si ces fonctions n'ont pas été exercées. »

nique »⁽²⁵⁾, d'autre part. Ce second type de congé, dérogatoire à la protection de principe contre le licenciement, est aussi visé par notre étude : il s'agit d'un licenciement économique.

4. Les travailleurs licenciés collectivement

12. Le *quod plerumque fit* du licenciement économique réside sans doute dans la matière du licenciement collectif. La C.C.T. n° 10 du 8 mai 1973, qui vise à accorder aux travailleurs une indemnité spéciale à charge de l'employeur en cas de licenciement collectif⁽²⁶⁾, définit le licenciement collectif comme « *tout licenciement pour des raisons d'ordre économique ou technique, qui affecte, au cours d'une période continue de 60 jours, un nombre de travailleurs représentant au moins 10 p.c. de l'effectif occupé en moyenne au cours de l'année civile précédant le licenciement* »⁽²⁷⁾. D'autres textes régissant la matière évoquent « *tout licenciement pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs* »⁽²⁸⁾ ou encore « *toute rupture unilatérale du contrat de travail ou d'apprentissage non inhérente à la personne du travailleur* »⁽²⁹⁾.

5. Les licenciements économiques non nommés

13. L'on a mentionné jusqu'ici uniquement les licenciements économiques que l'on rencontre expressément dans la législation sociale belge⁽³⁰⁾, lorsqu'elle impose un motif (notamment) économique pour rendre certains licenciements licites (justifiés). Les licenciements économiques ne se limitent évidemment pas à ceux que le législateur a nommés. Il n'y a pas, en d'autres termes, de *numerus clausus* des licenciements économiques. D'une part, l'employeur peut toujours motiver son licenciement en termes économiques en dehors de toute procédure judiciaire (par exemple pour la

(25) Art. 3 de la loi du 19 mars 1991 précitée.

(26) H.-F. LENAERTS et C. DEPOORTER, « Restructurations : actualité et développements en matière de licenciement collectif », in *Le droit social en chantier(s)* (sous la dir. de E. PLASSCHAERT et O. RIJCKAERT), Bruxelles, Larcier, 2012, p. 146.

(27) Art. 2 de la C.C.T. n° 10 du 8 mai 1973 relative aux licenciements collectifs (modifiée par les C.C.T. n° 10bis, 24, 10quater, 10quinquies, 10sexies, ratifiées par les A.R. des 6 août 1973, 1^{er} décembre 1975, 30 août 1976, 3 février 1984 et 16 février 2000), *M.B.*, 17 août 1973, p. 9389.

(28) C.C.T. n° 24 du 2 octobre 1975 concernant la procédure d'information et de consultation des représentants des travailleurs en matière de licenciements collectifs, rendue obligatoire par l'A.R. du 21 janvier 1976, *M.B.*, 17 février 1976, p. 1716.

(29) Loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi (dite « loi Renault »), *M.B.*, 19 février 1998, p. 4643.

(30) Nous nous limitons à l'étude du droit social. Un parallèle mériterait d'être fait entre la rupture du contrat de travail et la résiliation du contrat d'agence commerciale. En cette matière, dans la foulée de l'instauration d'une possibilité de créer des organes de concertation paritaire dans le secteur financier (assurance, crédit,...), une protection fut instaurée en faveur des (candidats) élus à ces organes, soumis à davantage de pressions. La loi du 21 février 2005 a complété la loi du 13 avril 1995 par un paragraphe posant le principe de l'interdiction de résiliation unilatérale par le commettant du contrat d'agence commerciale conclu avec un agent commercial élu à un organe de concertation paritaire. L'interdiction est aussitôt tempérée par la résiliation « économique » : « *Le contrat d'agence commerciale peut être résilié par le commettant s'il démontre que la résiliation est fondée sur des critères économiques objectifs.* » (art. 18, § 4, al. 1^{er} de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, *M.B.*, 2 juin 1995, p. 15621).

prévenir). D'autre part, un licenciement économique peut être invoqué à l'occasion d'une procédure en justice pour se défendre, par exemple, contre une action classique en abus de droit⁽³¹⁾, ou pour contredire l'action d'un travailleur protégé contre un motif précis et interdit de licenciement⁽³²⁾. N'excluons pas non plus la justification économique que pourrait devoir fournir un employeur en présence d'une clause de stabilité d'emploi (laquelle pouvant consister en une limitation des motifs du licenciement)⁽³³⁾.

B. Absence (et proposition) de définition des « motifs économiques »

1. Les différentes expressions du licenciement économique

14. Les raisons économiques motivant le licenciement que nous étudions ne sont jamais définies par le législateur. Les « *nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* »⁽³⁴⁾, les « *raisons économiques, techniques ou d'organisation* »⁽³⁵⁾, et les « *raisons d'ordre économique ou technique* »⁽³⁶⁾ sont-elles des synonymes ? L'on ne peut pas répondre avec certitude par l'affirmative, mais l'on comprend intuitivement que ces diverses justifications du licenciement forment une même catégorie de licenciement⁽³⁷⁾.

(31) D. CUYPERS, « Actualia willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht », in *Actuele problemen van het arbeidsrecht* (8), Anvers, Intersentia, 2010, p. 249, n° 32 ; D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 153. La motivation du licenciement par l'intérêt de l'entreprise permet d'exclure le caractère arbitraire ou abusif du licenciement.

(32) La motivation économique est, parmi d'autres motivations, étrangère des motifs de licenciements interdits par des législations particulières. Voy., entre autres, la demande d'un repos de maternité (loi du 16 mars 1971 sur le travail, art. 40), la demande d'interruption de carrière, de crédit-temps, de réduction ou de diminution de carrière (loi du 10 août 2001 relative à la conciliation entre l'emploi et la qualité de vie), le dépôt d'une plainte pour harcèlement moral, sexuel ou pour violence (loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail), ou encore d'une plainte pour discrimination non justifiée (loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme),... Pour un aperçu complet, voy. C. BROUCKE et B. PATERNOSTRE, « Les protections contre le licenciement : essai de synthèse », *Or.*, 2005, liv. 5, pp. 1-17 (1^{re} partie), liv. 6, pp. 1-18 (2^e partie) ; F. ROBERT, « Licenciement et motivation ou un argumentaire en faveur de la motivation », *Cah. Jur.*, 2004, p. 116.

(33) Pareille clause, à ne point confondre avec la clause de sécurité d'existence, peut être insérée dans le contrat de travail ou dans une convention collective de travail. À cet égard, voy. C. MAIRY, « La clause de stabilité d'emploi dans la relation de travail : un état de la question », *Or.*, 2002, liv. 2, pp. 35 et s. ; M. JAMOULLE, « Examen de jurisprudence (1975-1077) », *R.C.J.B.*, 1978, p. 618 ; A. FRANKART, « Les aménagements conventionnels du droit de licencier : la clause de la stabilité d'emploi », in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à P. Blondiau*, Bruxelles, Anthémis, 2008, pp. 199 et s. ; Cass., 19 avril 1999, *J.T.T.*, 1999, p. 354, *Chron. D.S.*, 1999, p. 381.

(34) Art. 63 de la loi du 3 juillet 1978 précitée ; art. 8 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

(35) Art. 9, § 2 de la C.C.T. n° 32bis du 7 juin 1985 précitée ; art. 4.1. de la Directive 2001/23/CE précitée.

(36) Art. 3 de la loi du 19 mars 1991 précitée.

(37) R. DALMASSO, *Essai sur le concept de licenciement économique - Étude comparée des droits français et italien*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 82, n° 126.

15. En ce qui concerne les licenciements collectifs, les textes ne précisant pas les raisons économiques qui doivent les sous-tendre⁽³⁸⁾, d'aucuns ont récemment plaidé pour une définition unique du licenciement collectif, qui pour l'heure, varie en fonction des nombreux textes applicables à la matière⁽³⁹⁾. Une définition de la composante « raison du licenciement » du licenciement collectif constituerait selon eux une heureuse avancée⁽⁴⁰⁾. Notons que la Cour de justice de l'Union européenne condamne toute définition trop restrictive des « motifs non inhérents à la personne des travailleurs », lesquels caractérisent les licenciements collectifs en droit communautaire⁽⁴¹⁾.

16. Les « nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service » ont donné lieu à une abondante doctrine. Celle-ci cite au titre de nécessités économiques valables : la réorganisation des services invoquée par l'employeur⁽⁴²⁾, l'introduction de nouvelles technologies⁽⁴³⁾, l'insuffisance de clientèle⁽⁴⁴⁾, un rendement trop insuffisant⁽⁴⁵⁾, la fermeture de l'entreprise⁽⁴⁶⁾, la nécessité de réduire les coûts de l'entreprise⁽⁴⁷⁾, la baisse du chiffre d'affaires⁽⁴⁸⁾, ou encore la perte d'un contrat⁽⁴⁹⁾ ou d'un marché par l'employeur⁽⁵⁰⁾. Le recours à la sous-traitance de certaines activités, dans le but de réaliser une économie financière, démontre aussi les nécessités de l'entreprise⁽⁵¹⁾. Il en est de même lorsque, en période de récession économique, la rentabilité est insuffisante et que les prestations sont moyennes⁽⁵²⁾. Néanmoins, l'ac-

(38) J. PEETERS, « Collectief en meervoudig ontslag in het Belgisch arbeidsrecht », in *Collectief en meervoudig ontslag*, Anvers, Maklu, 2009, p. 104 ; M. SIMON et B. VANSCHOEBEKE, *Collectief ontslag en sluiting van onderneming*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 79 et s.

(39) T. DUQUESNE et P. FRANÇOIS, « Observations critiques sur la législation en matière de licenciement collectif », *J.T.T.*, 2014, p. 66 ; H.-F. LENAERTS et C. DEPOORTER, « Restructurations : actualité et développements en matière de licenciement collectif », in *Le droit social en chantier(s)* (sous la dir. de E. PLASSCHAERT et O. RIJCKAERT), Bruxelles, Larcier, 2012, p. 148.

(40) T. DUQUESNE et P. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 66 : « La définition du licenciement collectif repose sur les éléments suivants : le nombre moyens de travailleurs occupés dans l'entreprise au cours de l'année civile précédant le licenciement, le nombre minimum requis de travailleurs licenciés au cours d'une période de 60 jours, et enfin, les raisons de licenciement. »

(41) Ainsi, dans son arrêt du 12 octobre 2004, la C.J.U.E. a condamné la définition trop restrictive de la législation portugaise, qui retenait pour licenciement collectif celui qui (outre les conditions de nature quantitative et temporelle) était décidé pour des raisons de nature (uniquement) structurelle, technologique ou conjoncturelle. Voy. C.J.C.E. (2^e ch.), 12 octobre 2004 (Commission c. Portugal), n° C-55/02, *Rec. C.J.C.E.*, 2004, liv. 10 (A), I, p. 9387, concl. A. TIZZANO.

(42) V. VANNES et L. DEAR, *La rupture abusive du contrat de travail – Théorie et application*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 282-288.

(43) *Ibid.*, p. 272, n° 271.

(44) D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, *op. cit.*, 2002, p. 154.

(45) *Ibid.*, p. 156. C. trav. Anvers, 17 avril 1986, *T.S.R.*, 1986, p. 540.

(46) M. JOURDAN, « Le licenciement abusif de l'ouvrier, évolutions », in *Le licenciement abusif. Notions, évolutions, questions spéciales* (sous la dir. de Ch.-E. CLESSE et S. GILSON), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, p. 87.

(47) À condition qu'une réduction drastique des frais généraux de l'entreprise, en ce compris les frais de personnel, soit établie (C. trav. Bruxelles, 11 septembre 2006, R.G. n° 42.411). Voy. M. JOURDAN, « Le licenciement abusif de l'ouvrier, évolutions », *op. cit.*, p. 87.

(48) V. VANNES et L. DEAR, *op. cit.*, p. 273, n° 274.

(49) M. JOURDAN, « Le licenciement abusif de l'ouvrier, évolutions », *op. cit.*, p. 87. Voy. C. trav. Bruxelles, 11 juin 2001, *Chron. D.S.*, 2003, p. 168.

(50) V. VANNES et L. DEAR, *op. cit.*, p. 273, n° 274.

(51) Cass. (3^e ch.), 4 février 2002, *Pas.*, 2002, p. 332 ; *Arr. Cass.*, 2002, p. 351 ; *J.T.T.*, 2002, p. 473 ; *R.W.*, 2002-2003, p. 500. L'espèce concerne la sous-traitance de tâches d'entretien.

(52) C. trav. Gand, 5 mars 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 433.

ception de ces différents motifs dépend fortement de chaque situation d'espèce. Il fut ainsi déjà jugé que le fait, pour une entreprise, d'afficher de mauvais résultats, de perdre un ou deux contrats, ou d'avoir licencié d'autres travailleurs concomitamment au licenciement litigieux, ne suffit pas à établir les nécessités de l'entreprise⁽⁵³⁾. Déjà jugé, également, que les mauvais résultats au cours des années précédant le licenciement ne suffisent pas à prouver que le motif est fondé sur les nécessités de l'entreprise⁽⁵⁴⁾.

À côté des motifs purement économiques directement liés à l'entreprise (son rendement, son expansion, voire sa survie), les nécessités de l'entreprise peuvent aussi « *provenir d'éléments liés à la personne du travailleur qui ont une incidence sur le bon fonctionnement de l'entreprise* »⁽⁵⁵⁾. Ainsi, la jurisprudence a déjà indiqué que l'indisponibilité du travailleur à se rendre à l'étranger pour la mise en marche de machines nécessaires au fonctionnement de l'entreprise justifie un licenciement économique⁽⁵⁶⁾. En revanche, l'absence prolongée d'un ouvrier à la suite d'une maladie ou d'un accident de travail ne constitue pas en soi une nécessité économique, dès lors qu'il n'a jamais repris le travail et que, trois mois plus tôt, un autre travailleur avait été engagé⁽⁵⁷⁾. Aussi, « *l'importance du salaire de l'ouvrier licencié, et son remplacement par un ouvrier au salaire plus bas, ne constitue pas nécessairement et dans tous les cas un motif de licenciement fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise* »⁽⁵⁸⁾, mais « *la solution est toutefois différente si l'employeur démontre que le coût salarial de son personnel, ou de certains membres de ce personnel, risque de mettre en cause la compétitivité de l'entreprise* »⁽⁵⁹⁾. Au demeurant, les nécessités du fonctionnement de l'entreprise « *ne désignent nullement un cas de force majeure* »⁽⁶⁰⁾.

17. En ce qui concerne les « raisons d'ordre économique ou technique » rencontrées dans la matière du licenciement des représentants du personnel, force est encore de constater l'absence d'une définition légale⁽⁶¹⁾. Seule certitude, la fermeture complète de l'entreprise⁽⁶²⁾ ou d'une division⁽⁶³⁾ de celle-ci ou encore le licenciement d'une

(53) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 16 février 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 358. Pour la cour, « *les mauvais résultats [peuvent] être dus à des causes très diverses, notamment étrangères aux activités dans lesquelles était occupé l'ouvrier licencié* » ; « *la perte d'un ou deux contrats n'est pas significative, seule la masse de travail dans son ensemble devant être examinée* » ; et quant aux licenciements concomitants, la cour épingle que des engagements ont été réalisés à la même époque.

(54) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 20 octobre 2003, *Chron. D.S.*, 2005, p. 354.

(55) M. JOURDAN, « Le licenciement abusif de l'ouvrier, évolutions », *op. cit.*, p. 78.

(56) C. trav. Gand, 3 mai 2000, *Ors.*, 2000, liv. 12, p. 1.

(57) C. trav. Bruxelles (5^e ch.), 29 septembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 9.

(58) C. trav. Bruxelles, 27 octobre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 155.

(59) C. trav. Bruxelles, 21 juin 2010, *Chron. D.S.*, 2013, p. 177.

(60) C. trav. Mons (4^e ch.), 29 juillet 1999, *J.T.T.*, 2001, p. 50.

(61) J. STEYART, F. DORSSEMONT, C. DE GANCK et M. DE GOLS, *Paritair overleg in de onderneming*, Meche-len, Kluwer, 2009, p. 437, n° 798 ; H. LENAERTS, « Le concept 'raisons d'ordre économique ou technique' », *J.T.T.*, 1993, p. 306 ; P. SMEDTS, « Drie jaar toepassing van Bijzondere Ontslagregelingwet van 19 maart 1991. Deel II : Ontslag om economische of technische redenen », *Or.*, 1994, liv. 6-7, p. 142.

(62) La loi du 19 mars 1991 définit la fermeture d'entreprise comme « *toute cessation définitive de l'activité principale de l'entreprise ou d'une division de celle-ci* » : art. 1, § 2, 6° de la loi du 19 mars 1991 précitée.

(63) La division d'entreprise se définit comme « *une branche de l'entreprise qui fait preuve d'une certaine cohérence et qui se distingue du reste de l'entreprise par une autonomie technique et par une activité spécifique durable et un personnel distinct* ». Voy. W. BOUCIQUÉ et O. WOUTERS, « 20 jaar wet 19 maart 1991 bescherming personeelsafgevaardigden – Overzicht van rechtspraak sinds de sociale verkiezingen

catégorie déterminée du personnel ⁽⁶⁴⁾ sont des « raisons économiques » valables ⁽⁶⁵⁾. Plus globalement, l'on peut affirmer qu'il s'agit d'une raison étrangère au comportement du travailleur protégé, dont l'origine se trouve dans les nécessités économiques afférentes au marché ou à l'entreprise, imposant à l'employeur une réorganisation impliquant des licenciements qui n'ont pas été décidés pour empêcher les travailleurs protégés d'exercer leur mission ⁽⁶⁶⁾. Il s'agirait, par exemple, selon la doctrine, des difficultés financières, des problèmes de ventes, d'une diminution de la productivité, des changements techniques, d'une modernisation, d'un changement des procédés de fabrication, d'une simplification administrative, d'une reconversion, ou encore d'une restructuration ⁽⁶⁷⁾. Un arrêt de la Cour de cassation indique que ces raisons d'ordre économique ou technique ne doivent pas être constitutives d'un cas de force majeure ⁽⁶⁸⁾. Le licenciement pour raisons d'ordre économique ou technique ne doit pas nécessairement être de nature collective ⁽⁶⁹⁾.

18. Quant aux « raisons économiques, techniques ou d'organisation » justifiant le licenciement malgré un transfert d'entreprise, elles ne sont pas davantage définies par le législateur. L'on peut citer les doubles emplois inévitablement causés par le transfert d'entreprise, lesquels sont considérés comme justifiés par des raisons d'organisation ⁽⁷⁰⁾, ou la disparition consécutive de l'activité ⁽⁷¹⁾. Une définition serait la bienvenue, car il y a fort à penser que le transfert d'entreprise soit en soi un motif économique... autorisant le licenciement.

van 2008 », *Or.*, 2011, liv. 3, p. 62 ainsi que Cass., 4 février 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 500) ; B. MERGITS, *De bijzondere ontslagregeling van de personeelsafgevaardigden*, Mechelen, Kluwer, 2012, p. 53.

(64) Sur cette notion, voy. B. MERGITS et W. DENOODT, « Beperking van het ontslag tot welbepaalde redenen », in *Aanwerven, tewerkstellen & ontslaan*, Kluwer, f. mob., n° 251. Pour de nombreuses illustrations jurisprudentielles, voy. J.-P. LACOMBLE et M.-E. COMBLEN, « La notion de raisons d'ordre économique ou technique au sens de la loi du 19 mars 1991 », in *La protection des représentants du personnel* (sous la dir. de H. DECKERS et L. DEAR), Limal, Anthémis, 2011, pp. 151 et s. La cour du travail de Bruxelles a défini la « catégorie déterminée de personnel » comme « un ensemble de travailleurs d'une entreprise qui se distinguent des autres travailleurs de cette entreprise par référence ou sur la base d'un ou de critères précis, objectifs, et vérifiables, sans que le choix de cette catégorie révèle une discrimination défavorable aux (candidats) délégués du personnel » (C. trav. Bruxelles, 19 juillet 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 116).

(65) B. MERGITS et W. DENOODT, *op. cit.*, p. 54, n° 247 ; D. VOTQUENNE et C. WANTIEZ, *Beschermde werknemers. 10 jaar toepassing van de wet van 19 maart 1991*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 94.

(66) L. ELIAERTS, *Beschermde werknemers. Ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming op het werk*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 164 et s. ; K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure 2004, p. 156 ; J.-P. LACOMBLE et M.-E. COMBLEN, *op. cit.*, pp. 137-170.

(67) B. MERGITS, *De bijzondere ontslagregeling van de personeelsafgevaardigden*, Mechelen, Kluwer, 2012, p. 52 ; B. MERGITS et W. DENOODT, *op. cit.*, p. 54, n° 247.

(68) Cass., 11 juin 1990, *Arr. Cass.*, 1989-1990, p. 1287 ; *Pas.*, 1990, p. 1144 ; *Chron. D.S.*, 1990, p. 342.

(69) J. STEYART, F. DORSSEMONT, C. DE GANCK et M. DE GOLS, *op. cit.*, p. 438.

(70) C. WANTIEZ, *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, *op. cit.*, p. 106.

(71) La sous-traitance d'une activité à un tiers n'équivaut pas à une disparition de l'activité. Voy. C. trav. Mons (1^{re} ch.), 25 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 241.

2. Quelques éléments de définition

a. Une définition nécessairement vague

19. Le Bureau de l'Organisation internationale du travail (ci-après O.I.T.) avait donné, lors de la première discussion de la Conférence, une définition des « motifs économiques », lesquels justifient valablement le licenciement selon la Convention n° 158 et la Recommandation n° 166 ⁽⁷²⁾ : ces motifs « *comprennent en général des raisons de nature économique, technique, structurelle ou analogue. Les licenciements décidés pour de tels motifs peuvent être individuels ou collectifs et peuvent impliquer une compression des effectifs ou la fermeture de l'entreprise* » ⁽⁷³⁾. Il s'agit de raisons liées à la diminution de la demande en biens ou services fournis par l'entreprise, d'un affaiblissement de sa position concurrentielle, ou encore d'un moindre besoin de personnel lié aux évolutions organisationnelles, structurelles ou techniques des procédés de production ⁽⁷⁴⁾.

20. Il serait vain de vouloir proposer une définition exhaustive des motifs que pourraient recouvrir les licenciements économiques. Ces motifs sont, en effet, « *intrinsèquement les plus divers* » ⁽⁷⁵⁾ et l'absence de définition légale de ces éléments signifie que ces motifs économiques sont « *légalement incertains* » ⁽⁷⁶⁾.

21. Pour justifier un licenciement économique, l'employeur doit épingler des faits ayant un caractère « *non inhérent à la personne du salarié* » ⁽⁷⁷⁾. Le licenciement économique semble être l'opposé du licenciement pour un motif personnel ⁽⁷⁸⁾ (encore que la conduite ou l'aptitude du travailleur retentisse nécessairement sur l'économie de l'entreprise) ⁽⁷⁹⁾. Ce raisonnement par la négative a d'ailleurs été proposé par l'O.I.T. pour définir le licenciement économique visé par la Convention n° 158 et la Recommandation n° 166 ⁽⁸⁰⁾. Cette formule est, au demeurant, celle retenue dans la matière des licenciements collectifs ⁽⁸¹⁾.

(72) Ces textes proclament le droit à être licencié pour un motif valable, i.e., un motif « *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* ».

(73) C.I.T., 67^e session, 1981, rapport VIII(1), p. 2.

(74) *Ibid.*, p. 70. Voy. à cet égard W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt. Naar een modernisering van het Belgische ontslagrecht*, Brugge, die Keure, 2012, p. 549.

(75) R. DALMASSO, *op. cit.*, p. 84, n° 129.

(76) *Ibid.*, p. 82, n° 126.

(77) T. SACHS, *op. cit.*, p. 58.

(78) R. DALMASSO, *op. cit.*, p. 82, n° 126.

(79) B. VINCENT, « Et l'indemnité de licenciement abusif de l'ouvrier ? », *Ors.*, 2002, liv. 5, p. 111.

(80) À l'occasion de sa note de 2009 sur la Convention n° 158 et la Recommandation n° 166 sur le licenciement, la Commission d'experts de l'O.I.T. a rapporté que « *le motif fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service pourrait encore être défini de manière négative, comme celui exigé par les besoins économiques, technologiques, structurels ou similaires, mais qui n'est pas inhérent à la personne du salarié* » (§ 98).

(81) Voy. la C.C.T. n° 24 du 2 octobre 1975 précitée, ainsi que la loi du 13 février 1998 précitée.

b. Une référence à l'entreprise

22. Des différents motifs que l'on a étudiés, s'ils sont non inhérents à la personne du salarié, il est flagrant qu'ils ont comme point commun le fait « *de désigner des phénomènes, des mouvements qui affectent l'entreprise. L'adjectif économique semble ainsi avoir pour référent implicite l'entreprise* »⁽⁸²⁾. L'économique, c'est ce qui a trait à l'entreprise, à son fonctionnement, à sa place dans l'environnement qui l'entoure⁽⁸³⁾. En bref, les « raisons économiques » sont des réalités, des mouvements et des phénomènes qui affectent l'entreprise. Cette entité ne doit pas, à notre estime, être confondue avec l'employeur (voy. *infra* n° 75).

23. De plus, le motif économique se distingue par son extériorité par rapport aux parties à la relation de travail⁽⁸⁴⁾ : il est un fait objectif, qui relève « *d'une réalité indépendante, extérieure à l'esprit et susceptible d'être connue par les sens* »⁽⁸⁵⁾. Parce qu'ils sont accolés à l'épithète « économique », les substantifs « nécessité » et « raison » que l'on retrouve dans le droit belge du licenciement doivent être étudiés de manière objective⁽⁸⁶⁾, sans avoir égard à la subjectivité des parties⁽⁸⁷⁾. Ce constat contraste avec la doctrine de l'employeur seul juge des réalités économiques de son entreprise appréhendant plutôt sa décision comme un choix subjectif, parce que posé en opportunité.

C. D'énormes disparités

24. Ayant à l'esprit la généralité des définitions que nous pourrions emprunter à l'O.I.T., et la diversité des situations envisagées ci-dessus en droit belge, force est de constater les énormes disparités entre ces diverses occurrences qui semblent réunies par l'adjectif « économique ».

1. Le momentum et le type de contrôle

25. Pour ce qui concerne le *momentum* du contrôle des raisons économiques, seul le régime de licenciement des représentants du personnel se distingue par leur évaluation *préalable*. En cette matière, c'est « en temps réel » que la motivation devra intervenir (en vue d'obtenir le satisfecit d'un organe paritaire amené à se prononcer sur l'existence des raisons économiques)⁽⁸⁸⁾. Dans toutes les autres situations ren-

(82) T. SACHS, *op. cit.*, p. 63.

(83) *Ibid.*, p. 63.

(84) *Ibid.*, p. 67.

(85) *Ibid.*, p. 51.

(86) *Ibid.*, p. 52.

(87) *Ibid.*, p. 53.

(88) P. P. VAN GEUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 24. Dans des matières n'intéressant pas notre étude, l'auteur relève que la nécessité d'une motivation « en temps réel » est aussi exigée pour justifier le congé pour motif grave avec effet immédiat (art. 35 de la loi sur les contrats de travail) ou pour obtenir l'autorisation préalable d'une organisation syndicale pour licencier un délégué syndical. Enfin, pour le cas des (candidats) représentants du personnel dans l'entreprise, dont on a indiqué qu'il faut obtenir l'autorisation préalable d'une commission paritaire pour pouvoir licencier « pour motif économique et technique », lorsqu'il s'agit d'un licenciement pour motif grave, l'autorisation préalable du tribunal du travail est requise.

contrées, le contrôle des raisons économiques invoquées à l'appui d'un licenciement ne s'effectue qu'*a posteriori* et uniquement si une action judiciaire est intentée par le travailleur⁽⁸⁹⁾.

26. Quant au contrôle de l'existence des raisons économiques, il est en principe dévolu aux juridictions du travail (si celles-ci sont saisies d'une contestation). À ce principe, se dresse une exception : le licenciement économique à l'encontre des (candidats) représentants du personnel est soumis à un contrôle spécialisé. Ainsi, l'employeur doit préalablement saisir un organe paritaire (la commission paritaire compétente ou le Conseil national du travail)⁽⁹⁰⁾, lequel devra se prononcer sur l'existence (ou l'absence) de raisons d'ordre économique ou technique⁽⁹¹⁾.

Trois situations sont alors possibles. D'abord, si la commission paritaire reconnaît les raisons d'ordre économique ou technique, l'employeur peut procéder au licenciement, et les indemnités de protections ne sont pas dues au travailleur, ce dernier disposant d'un recours devant les juridictions du travail⁽⁹²⁾. Ensuite, dans l'hypothèse où la commission paritaire rejette les raisons d'ordre économique ou technique, c'est l'employeur qui dispose d'un recours judiciaire⁽⁹³⁾. Enfin, à défaut de décision de l'organe paritaire dans un délai de deux mois⁽⁹⁴⁾ (faute de décision unanime ou même de réunion de la commission paritaire), ce sont les juridictions du travail qui devront être saisies par l'employeur pour reconnaître les raisons d'ordre économique ou technique⁽⁹⁵⁾.

(89) C. BROUCKE et B. PATERNOSTRE, « Les protections contre le licenciement : essai de synthèse », *Ors.*, 2005, n° 5, p. 1 ; F. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 346 ; S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? L'exemple du licenciement des contractuels de la fonction publique (1) », *Ors.*, 2006, liv. 4, p. 9 ; G. MEERSCHAERT, « Motivering van ontslag », *Or.*, 1993, p. 170 ; P. P. VAN GEUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 11 ; I. VANDEN POEL, « Motivering van het ontslag van een contractant in overheidsdienst : een bres in het Belgische ontslagrecht ? », *T.S.R.*, 2011, n° 2, p. 112 ; C. DE SMET, *J.T.T.*, 2013, p. 340.

(90) Art. 3, § 1^{er} de la loi du 19 mars 1991 précitée : « *L'employeur qui envisage de licencier un délégué du personnel ou un candidat délégué du personnel pour des raisons d'ordre économique ou technique doit saisir préalablement la commission paritaire compétente par lettre recommandée à la poste. À défaut de commission paritaire ou si la commission paritaire ne fonctionne pas, il doit saisir le Conseil national du travail.* »

(91) Art. 3, § 1^{er}, al. 1 de la loi du 19 mars 1991 précitée.

(92) Voy. C.A., 8 juillet 1993, n° 57/93, *M.B.*, 28 août 1993, p. 19019. Sur cette question, voy. P. HUMBLET, M. RIGAUX, *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 408 ; A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 423.

(93) A. GIELEN, M. SIMON, B. VANSCHOEBEKE et A. WITTERS, *Kroniek ontslagrecht – Overzicht van rechtspraak 2006-2010*, Gand, Larcier, 2011, p. 367, n° 349. Pour un cas d'application, voy. C. trav. Anvers, 23 mars 2007, R.G. 205021, inéd.

(94) Art. 3, § 1^{er}, al. 2 de la loi du 19 mars 1991 précitée.

(95) Sauf en cas de fermeture de l'entreprise ou d'une division de l'entreprise. Voy. art. 3, § 1, al. 4 de la loi du 19 mars 1991 précitée. La saisine se fait par citation : Cass., 22 mars 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 308 ; Trib. trav. Gand, 29 juin 1992, *Soc. Kron.*, 1993, p. 138 ; P. SMEDTS, « Drie jaar toepassing van Bijzondere Ontslagregelingwet van 19 maart 1991. Deel II : Ontslag om economische of technische redenen », *Or.*, 1994, liv. 6-7, p. 148.

Dans cette dernière hypothèse, le contrôle sera alors nécessairement judiciaire, et l'appréciation des raisons économiques ou techniques par le tribunal sera limitée⁽⁹⁶⁾ : « *L'employeur ne peut licencier le délégué du personnel ou le candidat délégué du personnel qu'en cas de fermeture de l'entreprise ou d'une division de l'entreprise ou en cas de licenciement d'une catégorie déterminée du personnel* »⁽⁹⁷⁾. » Ainsi, la procédure, selon qu'elle est mue devant la commission paritaire ou devant le tribunal du travail, mène à des contrôles différents, puisque leurs pouvoirs d'appréciation sont distincts⁽⁹⁸⁾ : « *Alors que la commission paritaire est libre d'assimiler l'un quelconque des motifs invoqués par l'employeur à une raison d'ordre économique ou technique, le tribunal du travail se trouve restreint dans sa marge d'appréciation aux trois motifs limitativement énumérés par la loi* »⁽⁹⁹⁾. » (i.e. la fermeture de l'entreprise ; d'une division de l'entreprise ; le licenciement d'une catégorie déterminée du personnel)⁽¹⁰⁰⁾. Et J. CLESSE et A. MORTIER de s'interroger : « *Cette notion de raison d'ordre économique ou technique 'à deux vitesses' n'entrave-t-elle pas le droit d'accès du justiciable à un tribunal de pleine juridiction* »⁽¹⁰¹⁾ ? » La question a été déférée à la Cour constitutionnelle (à l'époque Cour d'arbitrage), qui n'a pas jugé cette situation inconstitutionnelle⁽¹⁰²⁾.

2. La charge de la preuve

27. Sauf si les régimes juridiques des licenciements économiques relevés y dérogent en prévoyant un régime de preuve spécifique, le droit commun des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire gouverne la matière : chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue.

La preuve du motif économique du licenciement peut être apportée par toutes voies de droit, présomptions comprises, pour autant qu'elles soient suffisamment précises et concrètes pour justifier le motif au moment de la rupture⁽¹⁰³⁾. Tous les régimes de licenciement étudiés se contentent d'indiquer que le licenciement économique est un licenciement valable, le cas échéant, malgré une interdiction de principe de licencier. Mais en pratique, est-ce l'employeur qui devra prouver l'existence des raisons

(96) J. STEYART, F. DORSEMONT, C. DE GANCK et M. DE GOLS, o.c., p. 438 ; L. ELIAERTS et J. BUELENS, « *Ontslagbescherming en vertegenwoordiging van werknemers* », in *Actuele problemen van het arbeidsrecht* (8), Anvers, Intersentia, 2010, p. 635 et s.

(97) Art. 3, § 1^{er}, al. 3 de la loi du 19 mars 1991 précitée. Notons que lorsque le licenciement du travailleur protégé est celui d'une catégorie déterminée du personnel, « *l'employeur ne peut procéder au licenciement avant que les juridictions du travail n'aient reconnu l'existence des raisons d'ordre économique ou technique* », tandis que dans le cas de la fermeture de l'entreprise ou d'une division de celle-ci, ce n'est qu'*a posteriori* que le juge du travail vérifiera l'exactitude du motif, s'il est contesté (art. 3, § 1^{er}, al. 4 de la loi du 19 mars 1991 précitée).

(98) J. CLESSE et A. MORTIER, « *Droit collectif et droits de l'homme* », *T.S.R. – R.D.S.*, 2011, liv. 2, pp. 164-165. Sur la question des pouvoirs du juge en cette matière, voy. J.-P. LACOMBLE et M.-E. COMBLEN, *op. cit.*, pp. 166 et s. ; P. DE KEYSER et S. FABRY, « *La protection contre le licenciement des délégués du personnel et des candidats – premier bilan de la loi du 19 mars 1991* », *J.T.T.*, 1994, p. 425 ; Fr. LAGASSE, « *Le licenciement des (candidats) délégués du personnel (fin)* », *Ors.*, 1995, p. 177.

(99) J. CLESSE et A. MORTIER, *op. cit.*, p. 165.

(100) Art. 3, § 1, al. 3 de la loi du 19 mars 1991 précitée.

(101) J. CLESSE et A. MORTIER, *op. cit.*, p. 165.

(102) C.A., 8 juillet 1993, arrêt n° 56/93, *M.B.*, 27 août 1993, p. 18926, points B.12 et B.13.1.

(103) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 20 octobre 2003, *Chron. D.S.*, 2005, p. 354. L'arrêt concerne l'article 63 de la loi sur les contrats de travail.

économiques, ou le travailleur leur inexistence ? L'effort probatoire de l'un dépend de celui exigé de l'autre. Sans exigences de précision dans les motifs que doit invoquer l'employeur, le risque est grand que ce soit au travailleur de prouver, d'une manière plus convaincante et étayée, l'absence de ces difficultés. Selon W. RAUWS, qui s'est intéressé à cette délicate question, exiger la preuve d'un fait négatif complique considérablement l'effort probatoire (*in casu*, du travailleur) ⁽¹⁰⁴⁾.

28. En cas d'application de la C.C.T. n° 109, il faut distinguer selon que le travailleur a fait la demande à son employeur de connaître les raisons de son licenciement, ou non. Si cette demande a été adressée ⁽¹⁰⁵⁾ et que l'employeur a communiqué les motifs du licenciement, la C.C.T. se contente d'indiquer que la partie qui allègue des faits en assume la charge de la preuve ⁽¹⁰⁶⁾. Si l'employeur n'y a pas répondu, c'est à ce dernier de prouver les motifs du licenciement et de démontrer qu'il n'est pas « manifestement déraisonnable ». En l'absence d'initiative du travailleur licencié, c'est à lui de prouver que le licenciement était « manifestement déraisonnable ». Pour les ouvriers encore visés par l'article 63 de la loi sur les contrats de travail, c'est sur leur employeur que repose la charge de la preuve des motifs économiques ⁽¹⁰⁷⁾.

29. Pour ce qui concerne le licenciement économique d'un (candidat) représentant du personnel, c'est à l'employeur de prouver les raisons d'ordre économique ou technique pour justifier le licenciement ⁽¹⁰⁸⁾.

30. Rien n'étant prévu pour les travailleurs transférés, il convient d'appliquer les règles de la C.C.T. n° 109 (qui n'exclut pas, semble-t-il, ces travailleurs de son champ d'application).

3. Les sanctions

31. Licenciés pour des raisons économiques qui seraient inexistantes, les catégories de travailleurs que l'on a étudiées peuvent prétendre à des indemnités très différentes.

32. Le travailleur visé par la C.C.T. n° 109, licencié pour des raisons erronément qualifiées d'économiques, pourrait avoir droit (s'il prouve que le licenciement est manifestement déraisonnable au sens de la convention collective) à une indemnité allant de 3 à 17 semaines de rémunération ⁽¹⁰⁹⁾, selon la gradation du caractère manifestement

(104) W. RAUWS, « Het bewijs in arbeidszaken », *T.S.R.*, 2013, liv. 2, p. 265. Vu cette difficulté, le juge du fond peut se contenter de ce que le fait négatif soit suffisamment vraisemblable, plutôt qu'absolument certain.

(105) Pour les formes et les délais, voy. l'art. 4 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

(106) Art. 10 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

(107) C. trav. Mons (4^e ch.), 29 juillet 1999, *J.T.T.*, 2001, p. 50.

(108) Art. 3, §§ 2-3 de la loi du 19 mars 1991. Voy. P. HUMBLET et M. RIGAUX, *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2012, p. 409. Pour une étude des différents éléments que l'employeur doit prouver (la réalité du motif économique, le fondement du licenciement dans ce motif et l'absence de discrimination), voy. P. HUMBLET, « Het ontslag van een bescherme werknemer om economische of technische redenen : wordt de werkgever op zijn woord geloofd ? », note sous C. trav. Bruxelles (1^{re} ch.), 8 octobre 1993, *R.W.*, 1993-1994, pp. 1033-1035.

(109) Art. 9, § 2 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

déraisonnable du licenciement⁽¹¹⁰⁾. Cette indemnité est cumulable⁽¹¹¹⁾ avec l'amende civile de 2 semaines de rémunération que l'employeur devrait payer au travailleur s'il ne communiquait pas à ce dernier les motifs concrets de son licenciement dans les deux mois d'une demande d'explication du travailleur (voy. *infra* n° 84)⁽¹¹²⁾. En lieu et place de l'indemnité allant de 3 à 17 semaines de rémunération, le travailleur peut postuler la réparation du dommage réel qu'il subirait à la suite d'un licenciement économique abusif, sur la base de l'article 1382 du Code civil⁽¹¹³⁾.

L'on peut s'interroger sur la sanction d'un licenciement sans aucun motif⁽¹¹⁴⁾. Selon M.-L. WANTIEZ et G. LEMAIRE, « *l'employeur (...) sera vraisemblablement sanctionné par une indemnisation puisque, en l'absence de justification, l'on ne saurait même pas apprécier si un employeur 'normal et raisonnable' aurait agi de la sorte*⁽¹¹⁵⁾ ». Reste à savoir si le taux maximum sera appliqué ou s'il sera tenu compte des capacités financières de la société, ou encore de sa taille⁽¹¹⁶⁾.

La sanction de l'annulation du congé et, partant, de la poursuite de la relation de travail, n'a pas été consacrée par la C.C.T. n° 109. Comme l'indique P. CRAHAY, « *les partenaires sociaux se sont gardés de porter atteinte au pouvoir patronal de résiliation unilatérale du contrat de travail, (...) en imposant une autorisation préalable judiciaire ou administrative du licenciement, dont la violation serait sanctionnée par une obligation de réintégration*⁽¹¹⁷⁾ ». Les justifications de l'impossibilité d'une réintégration au nom du pouvoir de résiliation unilatérale ne convainquent pourtant guère⁽¹¹⁸⁾.

(110) Commentaire de l'art. 9 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée. Il y aurait donc des congés manifestement gravement déraisonnables et manifestement légèrement déraisonnables. L'adverbe « manifestement » permet-il pareille gradation ? Selon nous, de deux choses l'une : soit le licenciement est manifestement déraisonnable, soit il ne l'est pas. Voy. M.-L. WANTIEZ et G. LEMAIRE, « Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement », *J.T.T.*, 2014, p. 268.

(111) Art. 7, § 3 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

(112) Art. 7 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

(113) Art. 9, § 3 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

(114) L'on s'interroge ici sur une éventuelle sanction autre que celle de l'amende civile correspondant à 2 semaines de rémunération.

(115) M.-L. WANTIEZ et G. LEMAIRE, *op. cit.*, p. 268.

(116) *Ibid.*, p. 268.

(117) P. CRAHAY, *op. cit.*, pp. 12-13. Cette audace (?) que n'ont pas eue les partenaires sociaux avait été celle, à l'époque, de M. GLINNE qui avait déposé une proposition de loi « sur le licenciement des travailleurs », laquelle prévoyait notamment de dessaisir l'employeur du pouvoir de licencier. Voy. Proposition de loi sur le licenciement des travailleurs déposée par E. GLINNE, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 1977-1978, n° 135/1 ; P. P. VAN GEUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 34.

(118) Les justifications juridiques de ce pouvoir de rupture faisant exception au principe de l'exécution en nature des obligations de l'employeur (soit la réintégration du travailleur et la poursuite du contrat) sont les suivantes : il s'agit, essentiellement, de l'article 7 de la loi du 3 juillet 1978 qui interdit les engagements à vie (or, cette disposition ne protège pas l'employeur, mais bien le travailleur contre le travail forcé), de l'article 1780 du Code civil, ainsi que des principes de la liberté individuelle et de la liberté du commerce. Voy. J.-F. FUNCK, « Le rôle créateur du juge », *Ors.*, 2008, p. 33. K. SALOMEZ identifie et développe trois sources au pouvoir de rupture : la liberté d'entreprendre, la liberté et le droit de propriété de l'employeur sur les moyens de production. Voy. K. SALOMEZ, « Ontslagmacht : een absoluut recht ? », *Chron. D.S.*, 1999, p. 215. Voy. également K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, *op. cit.*, p. 335 ; K. SALOMEZ, « De rechtspositie van de ontslagmacht », in *Actuele problemen van het arbeidsrecht (7)*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 325 et s. ;

Notons que le non-respect de la C.C.T. n° 109, rendue obligatoire par le Roi ⁽¹¹⁹⁾, expose l'employeur à une sanction de niveau 1 ⁽¹²⁰⁾, *i.e.* une amende administrative de 10 à 100 euros ⁽¹²¹⁾, à majorer des décimes additionnels ⁽¹²²⁾.

33. Le licenciement des travailleurs concernés par un transfert d'entreprise motivé par des raisons économiques, techniques ou d'organisation non avérées n'est pas sanctionné par la C.C.T. n° 32*bis*. En l'absence de sanction spécifique, le retour au droit commun s'impose : d'une part, la responsabilité civile de l'employeur qui n'a pas respecté la C.C.T. n° 32*bis* peut être engagée ⁽¹²³⁾ ; d'autre part, le non-respect de la C.C.T. n° 32*bis* (rendue obligatoire par le Roi) ⁽¹²⁴⁾ expose l'employeur à une amende administrative de 10 à 100 euros ⁽¹²⁵⁾, à majorer des décimes additionnels ⁽¹²⁶⁾. Cette amende est multipliée par le nombre de travailleurs concernés ⁽¹²⁷⁾.

34. Le (candidat) représentant du personnel dans l'entreprise, pour sa part, peut prétendre à une indemnisation allant de 2 à 4 ans de rémunération ⁽¹²⁸⁾, et s'il a demandé à être réintégré et que cela lui a été refusé, à la rémunération pour la période restant à courir jusqu'à la fin de son mandat ⁽¹²⁹⁾.

35. Enfin, les travailleurs auxquels le législateur n'accorde pas de protection particulière contre le licenciement, qui s'estimeraient lésés par un licenciement pour motif économique (ou sans motif) alors que leur entreprise n'éprouve pas de difficulté économique, n'ont d'autre recours qu'une action en abus de droit qui aboutirait à l'indemnisation de leur dommage réel, à charge pour eux de le prouver, de même que le caractère abusif de leur licenciement.

P. P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 22 ; M. JAMOULLE, « Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services », note sous Cass. (1^{re} ch.), 16 octobre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 531 et s.

(119) Voy. l'arrêté royal du 9 mars 2014 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 109, *M.B.*, 20 mars 2014, p. 22613.

(120) Art. 189, al. 1^{er} C. pén. soc. ; voy. G. DEVILLE et P. GEERBAERT, « CAO nr. 109 : een gemotiveerde analyse », *Chron. D.S.*, 2014, p. 133.

(121) Art. 101, al. 2 C. pén. soc.

(122) Art. 102 C. pén. soc. ; art. 1^{er}, al. 1^{er} de la loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales, *M.B.*, 3 avril 1952, p. 2606.

(123) F. KÉFER et M. JAMOULLE, « La protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprise », *Act. dr.*, 1995, p. 69, n° 33.

(124) Voy. l'arrêté royal du 25 juillet 1985 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 32*bis*, *M.B.*, 9 août 1985, p. 11528.

(125) Art. 189, al. 1^{er} C. pén. soc.

(126) Art. 102 C. pén. soc. ; art. 1^{er}, al. 1^{er} de la loi du 5 mars 1952 précitée.

(127) Art. 189, al. 2 C. pén. soc.

(128) L'article 16 de la loi du 19 mars 1991 prévoit qu'en cas de licenciement irrégulier, l'employeur est redevable d'une indemnité égale à la rémunération en cours correspondant à la durée de 2, 3 ou 4 ans, selon que le travailleur compte, respectivement, moins de 10 années de service dans l'entreprise, de 10 à moins de 20 années, ou 20 années ou plus.

(129) Art. 14 de la loi du 19 mars 1991 précitée.

D. Un point commun : le contrôle marginal du motif économique

36. Le postulat selon lequel « *l'employeur applique souverainement ce qu'il pense être les saines mesures de gestion économique* »⁽¹³⁰⁾ est un point commun aux situations de rupture du contrat de travail dans lesquelles l'employeur invoque des raisons économiques. Cette théorie, dite de « l'employeur seul juge », veut que les juridictions ne puissent pas s'immiscer dans la gestion ou l'organisation de l'entreprise en vérifiant l'opportunité des mesures prises par l'employeur⁽¹³¹⁾. Ainsi, l'employeur est l'unique juge des nécessités économiques de son entreprise, et les tribunaux n'ont pas à s'immiscer dans la gestion de celle-ci⁽¹³²⁾. Cette théorie s'affirme à travers une jurisprudence constante⁽¹³³⁾. Elle reste très prégnante en droit belge⁽¹³⁴⁾, en témoigne la récente C.C.T. n° 109, qui insiste sur la limitation du pouvoir de contrôle du juge : « *Il s'agit d'une compétence d'appréciation à la marge, étant donné que l'employeur est, dans une large mesure, libre de décider de ce qui est raisonnable : il faut respecter les différentes alternatives de gestion qu'un employeur normal et raisonnable pourrait envisager. Il s'agit donc d'un contrôle marginal. Seul le caractère manifestement déraisonnable du licenciement peut être contrôlé, et non l'opportunité de la gestion de l'employeur* »⁽¹³⁵⁾.

37. La circonstance que les différents choix de gestion de l'employeur doivent être respectés n'implique pas que le contrôle du juge soit, généralement et durant toute la procédure, marginal. Il convient de distinguer l'amplitude du contrôle judiciaire selon qu'il porte sur l'opportunité du licenciement économique ou sur l'existence des faits économiques vantés par l'employeur. Dans ce deuxième cas, le contrôle doit être plein et entier. L'on a pu constater, ces dernières années, un activisme grandissant de la part des juridictions du fond, pour contrôler l'existence des difficultés économiques invoquées par l'employeur, lequel n'est plus forcément cru sur parole⁽¹³⁶⁾ (voy. *infra* n° 54).

38. L'opportunité du licenciement eu égard aux difficultés économiques, quant à elle, ne peut être remise en cause par le juge⁽¹³⁷⁾, hormis si le licenciement est manifestement déraisonnable⁽¹³⁸⁾. Ainsi, des arguments de nature économique ne pourront être rejetés par le juge que s'ils sont *manifestement* déraisonnables⁽¹³⁹⁾. Ainsi, la juris-

(130) B. VINCENT, *op. cit.*, p. 119.

(131) Sur cette notion, voy. J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, Liège, Éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1992, p. 189.

(132) *Ibid.*, p. 189.

(133) Cass., 2 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 133 ; *Arr. Cass.*, 1989-1990, p. 152 ; *R.D.S.*, 1989, p. 429 ; Cass., 4 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 773 ; *Arr. Cass.*, 1991-1992, p. 828 ; *J.T.T.*, 1992, p. 433 ; *R.D.S.*, 1992, p. 289 ; Cass., 19 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 372 ; *Arr. Cass.*, 1993, p. 375, *J.T.T.*, 1993, p. 305, note H. LENAERTS ; *R.D.S.*, 1993, p. 252 ; C. trav. Gand, 5 mars 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 433 ; C. trav. Bruxelles, 5 octobre 1998, *Chron. D.S.*, 2001, p. 470 ; C. trav. Liège, 20 décembre 1999, *Chron. D.S.*, 2001, p. 547.

(134) N. BEAUFILS, P. JOASSART, S. LATEUR et G. LEMAIRE, « Étude statistique sur le licenciement abusif des ouvriers », *J.T.T.*, 2000, p. 274.

(135) Commentaire de l'article 8 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

(136) Cass. (3^e ch.), 3 février 2014, *Chron. D.S.*, 2014, p. 153 ; C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 21 juin 2010, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 177 ; C. trav. Liège (6^e ch.), 5 octobre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 191.

(137) A. DE THEUX, « Les intérêts divergents des parties au contrat de travail transcendés et arbitrés par l'intérêt de l'entreprise », in *Droit et intérêt*, vol. 3 (sous la dir. de Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, F.U.S.L., 1990, p. 342.

(138) D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, *op. cit.*, p. 106, n° 40 ; p. 112, n° 43 ; p. 115.

(139) *Ibid.*, p. 115.

prudence ⁽¹⁴⁰⁾ indique que « le tribunal ne peut apprécier que la réalité du motif avancé par l'employeur à l'appui de la décision de licenciement, et non l'opportunité de celle-ci, pas plus que le choix du travailleur à licencier ⁽¹⁴¹⁾ » ; que « dans le cadre du contrôle de l'usage du droit au licenciement, le juge doit uniquement vérifier la véracité de la cause invoquée pour appuyer le licenciement et ne peut pas statuer sur son opportunité ⁽¹⁴²⁾ » ; que « les juridictions du travail n'ont pas à s'immiscer dans la gestion des entreprises, au-delà d'une vérification de l'existence des faits économiques pouvant conduire un chef d'entreprise à des réductions de personnel, sous peine d'outrepasser la règle du contrôle marginal des liens du licenciement avec les nécessités de l'entreprise ⁽¹⁴³⁾ » ; ou encore qu'« il n'appartient (...) pas aux juridictions de s'immiscer dans la gestion ou l'organisation de l'entreprise et d'apprécier l'opportunité des mesures prises pour répondre à ces nécessités ⁽¹⁴⁴⁾ ». La matière du licenciement des représentants du personnel n'y fait pas exception ⁽¹⁴⁵⁾.

39. Ce contrôle marginal est lié, dit-on, à l'impossibilité pratique pour le juge de contrôler les choix de gestion économique d'un employeur, puisqu'il n'y est pas formé ⁽¹⁴⁶⁾. Cette absence de compétence du juge en la matière pourrait plutôt justifier que davantage d'explications ou de pièces lui parviennent ou que le contrôle des motifs économiques soit délégué à un organe spécialisé.

II. LA NÉCESSITÉ D'UN ENCADREMENT JURIDIQUE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

40. La première partie fut l'occasion de découvrir qu'en fonction de son destinataire ou de la situation dans laquelle il intervient, le licenciement économique est appréhendé de manières très différentes. Deux constantes se sont par ailleurs dégagées : d'une part, l'absence de définition ou de critère d'admissibilité des raisons économiques à la base de pareil licenciement et, d'autre part, la timidité du contrôle judiciaire porté sur ces motifs économiques. La seconde partie interpelle ces constantes face au rôle qu'occupent les licenciements économiques dans notre droit positif, à la place que leur reconnaît le droit international, ou encore aux effets qu'ils provoquent dans l'« équilibre » du contrat de travail.

(140) Les décisions qui suivent ont été rendues dans le cadre de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 précitée.

(141) C. trav. Liège (sect. Namur), 19 novembre 1996, *Chron. D.S.*, 1998, p. 67, note J. JACQMAIN.

(142) C. trav. Mons, 23 décembre 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1422, *J.T.T.*, 1995, p. 141.

(143) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 23 février 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 36.

(144) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 18 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 339.

(145) Cass., 4 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 773 ; Arr. Cass., 1991-1992, p. 828 ; *J.T.T.*, 1992, p. 433 ; *R.D.S.*, 1992, p. 289 (« Il n'appartient pas au juge d'apprécier les motifs d'ordre financier et économique ayant justifié la fermeture et la conversion technique du service pour décider si le travailleur a été licencié pour des raisons d'ordre économique ou technique. ») ; Cass., 19 avril 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 305, obs. H.-F. LENAERTS, *R.W.*, 1993-1994, p. 435 ; C. trav. Liège, 22 novembre 1996, *J.T.T.*, 1998, p. 26 (« Les juridictions du travail, chargées d'apprécier l'existence de raisons économiques ou techniques justifiant le licenciement des travailleurs protégés, doivent se contenter de vérifier la réalité de la fermeture de l'entreprise. ») ; C. trav. Anvers (2^e ch.), 10 juin 2009, *Chron. D.S.*, 2010, p. 256 (« Dans l'appréciation des raisons d'ordre économique ou technique justifiant le licenciement de travailleurs protégés, le juge ne peut se substituer à l'employeur dans la gestion de son entreprise. Par conséquent, il ne peut pas apprécier si l'inertie de l'employeur est la cause des difficultés économiques et financières de l'entreprise, ni si les licenciements sont ou non de nature à résoudre ces difficultés. »).

(146) G. DEVILLE et P. GEERBAERT, *op. cit.*, p. 135 ; T. SACHS, *op. cit.*, p. 253, n° 403.

A. Une incohérence méthodologique : des protections dévorées par les exceptions

41. Hormis la C.C.T. n° 109 qui ne s'inscrit pas dans cette logique, les licenciements économiques recensés font systématiquement figure d'exceptions. L'on ne les rencontre qu'à l'occasion d'une protection contre le licenciement, à laquelle font exception des « motifs économiques ». En effet, la loi du 19 mars 1991 pose le principe d'une interdiction de licenciement des (candidats) délégués au conseil d'entreprise et au comité pour la prévention et la protection au travail ⁽¹⁴⁷⁾, sauf le licenciement économique. De même, la C.C.T. n° 32bis prévoit une interdiction de licenciement du personnel transféré conventionnellement, sauf le licenciement économique. Enfin, la loi du 3 juillet 1978 pose qu'est considéré comme abusif le licenciement d'un ouvrier engagé à durée indéterminée par un employeur qui ne relève pas du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968, sauf s'il est économique (ou lié à l'aptitude ou la conduite de l'ouvrier).

42. Ce constat est avant tout celui d'un paradoxe : l'exception du licenciement économique, dont la définition est pour le moins incertaine, apparaît lorsqu'il s'agit de travailleurs que le législateur a voulu protéger de manière pourtant certaine. L'exemple du licenciement économique qui tient en échec la protection contre le licenciement des travailleurs faisant l'objet d'un transfert d'entreprise constitue une illustration paroxystique du paradoxe. Leur protection risque, en effet, d'être dévorée par l'exception : la décision d'un transfert d'entreprise, si elle ne l'est pas déjà en tant que telle, n'est-elle pas (forcément) commandée par des raisons économiques, techniques ou d'organisation ⁽¹⁴⁸⁾ ?

43. Cette construction méthodologique est incohérente : le législateur ne définit pas les raisons économiques qui fonctionnent pourtant comme des exceptions à des protections de principe contre le licenciement (lesquelles sont déjà fragilisées par le pouvoir de rupture) ⁽¹⁴⁹⁾. Alors qu'il conviendrait de les interpréter strictement (*exceptio est strictissimae interpretationis*) ⁽¹⁵⁰⁾, les rares définitions doctrinales des raisons économiques sont englobantes et formulées « en creux » (par la négative). En outre, les tribunaux refusent de contrôler rigoureusement le bien-fondé des raisons économiques invoquées. Avec P. P. VAN GEHUCHTEN, l'« *on aurait pu penser que, dans le cadre de ces mécanismes de protection, le contrôle des motifs invoqués eut été plus étendu* » ⁽¹⁵¹⁾. Ce-

(147) J. STEYART, F. DORSEMONT, C. DE GANCK et M. DE GOLS, *op. cit.*, p. 417, n° 768.

(148) L. PELTZER, *Transfert conventionnel d'entreprises*, *op. cit.*, p. 141.

(149) Comme le relève S. GILSON au sujet, plus largement, des nombreuses protections contre le licenciement, « *il s'agit de fausses interdictions de licenciement puisqu'en fait le pouvoir de rupture n'est jamais ôté à l'employeur et qu'il peut toujours rompre le lien contractuel, seul le prix à payer en terme d'indemnités étant modifié* » : S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé... (1) », *op. cit.*, p. 11. K. SALOMEZ s'interroge d'ailleurs sur la question de savoir si l'exercice du pouvoir de licencier en violation des règles est l'exception, ou... la règle K. SALOMEZ, « De rechtspositie van de ontslagmacht », in *Actuele problemen van het arbeidsrecht* (7), Anvers, Intersentia, 2005, p. 329. Voy. également K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, *op. cit.*, p. 262.

(150) Sur cet adage, voy. E. DIRIX, B. TILLEMANN et P. VAN ORSHOVEN, *De Valks – Juridisch woordenboek*, Anvers, Intersentia, 3^e éd., 2010, p. 141.

(151) P. P. VAN GEHUCHTEN, « Aspects formels du licenciement équitable – Formele aspecten van behoorlijk ontslag », in *Passende arbeid & behoorlijk ontslag. Travail convenable & licenciement équitable*, Brugge, die Keure, 2007, p. 197.



pendant, « *de manière générale, la jurisprudence refuse d'opérer un contrôle de l'opportunité des motifs de licenciement de l'employeur* ⁽¹⁵²⁾ ». Les raisons économiques, dans l'état actuel du droit belge (absence de définition et contrôle judiciaire timoré) font figure de blancs-seings autorisant le licenciement de personnes... protégées contre le licenciement ! Il s'agirait donc d'une « super-autorisation » de licenciement. Fort de ce constat, ne conviendrait-il pas de relativiser ce « super-effet » du licenciement économique belge, ou à tout le moins, de mieux circonscrire et contrôler la notion de motif économique qui, en tant qu'exception, devrait s'interpréter strictement ?

B. La répartition des risques propre au salariat menacée

1. Le contrat de travail protège le travailleur contre l'aléa économique

44. Le lien de subordination est aujourd'hui considéré comme l'élément caractéristique du contrat de travail ⁽¹⁵³⁾. Néanmoins, les premières considérations doctrinales sur le contrat de travail ⁽¹⁵⁴⁾ faisaient état d'une autre orientation, qui mettait l'accent sur la protection, dans le contrat de travail, contre les risques de l'activité ⁽¹⁵⁵⁾. Cette conception considérait la protection contre les risques économiques de l'activité comme l'élément caractéristique du contrat de travail : selon le type de louage de service – louage de résultat ou louage de prestation de travail – le prestataire travaille, respectivement, à ses risques et périls ou aux risques d'autrui ⁽¹⁵⁶⁾. Cette répartition des risques permettait de distinguer le travailleur sous contrat de travail (qui travaille aux risques et périls d'autrui, l'employeur) du travailleur indépendant (qui travaille à ses risques et périls) ⁽¹⁵⁷⁾. Vu sous cet angle, le lien de subordination n'est plus l'élément caractéristique du contrat de travail, mais la contrepartie de la charge des risques que supporte l'employeur. Cette conception fut supplantée par celle que l'on connaît aujourd'hui ⁽¹⁵⁸⁾. Il n'en demeure pas moins qu'il est intéressant de se pencher sur la ré-

(152) *Ibid.*, p. 197.

(153) K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, p. 16, n° 18.

(154) L'invention doctrinale du contrat de travail se situe vers la fin du 19^e siècle. Voy. T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail – Conception et destin d'un type contractuel*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 26, n° 22.

(155) T. PASQUIER, *op. cit.*, p. 26, n° 22. Sur cette question, en 1950, P. DURAND, indiquait que « *la notion de subordination juridique traduit très exactement le fait que le salarié ne supporte pas le risque économique de son activité. Tenu d'obéir aux ordres de l'employeur, et n'étant pas libre des procédés d'exécution du travail, il ne peut supporter les pertes que peut occasionner l'activité économique du chef d'entreprise* ». Voy. P. DURAND, *Traité de droit du travail*, t. II, Paris, Dalloz, 1950, p. 240, n° 136, cité par V. VANNES, « Le concept de l'autorité dans les relations de travail », in *Le lien de subordination dans le contrat de travail*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 7.

(156) L. BARASSI (Milan 1873-1961), théoricien italien et auteur d'un des premiers ouvrages sur le droit du contrat de travail (L. BARASSI, *Il contratto del lavoro nel diritto positivo italiano*, Milan, Società Editrice Libreria, 1901), distinguait le louage d'opere (louage de prestation de travail) et le louage d'opera (louage de résultat). Voy. T. PASQUIER, *op. cit.*, pp. 29 et s.

(157) T. PASQUIER, *op. cit.*, p. 327.

(158) T. PASQUIER, *op. cit.*, pp. 32 et s. En 1954 déjà, la Cour de cassation belge décidait que « *de ce que le salarié met son activité au service d'un employeur, résulte un rapport de subordination qui est caractéristique du louage de service* » (Cass., 18 janvier 1954, *Pas.*, 1954, I, p. 425 et Cass., 19 juin 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 1127), ou encore que « *la caractéristique du contrat de louage de services et notamment du contrat d'emploi est qu'une personne met son activité au service d'un autre à l'égard de laquelle elle se trouve dans un rapport de subordination* » (Cass., 3 octobre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 86). À cet égard, voy. V. VANNES, *op. cit.*, p. 6.

partition des risques qui, bien qu'aujourd'hui presque anodine ⁽¹⁵⁹⁾, nous semble être un critère caractéristique du contrat de travail, d'autant que K. NEVENS a récemment démontré et critiqué les limites du critère de l'autorité exercée sur le travailleur ⁽¹⁶⁰⁾.

45. La protection du travailleur salarié contre les difficultés économiques auxquelles est confrontée l'entreprise peut se déduire de la (quasi) imperméabilité du contrat de travail aux aléas économiques. Les considérations économiques n'ont en effet guère droit de cité dans les droits et obligations des parties au contrat de travail, faisant de ce dernier, à notre estime, un rempart contre l'aléa économique. Il est saillant que les éléments fondamentaux de la relation de travail sont soustraits à l'influence des aléas du marché : les difficultés économiques n'exercent, en principe, aucune influence sur la rémunération ⁽¹⁶¹⁾, ni sur les prestations de travail ⁽¹⁶²⁾. Nous n'avons relevé, pour seules considérations économiques dans la loi relative aux contrats de travail, la possibilité de suspendre totalement l'exécution du contrat de travail ou d'instaurer un régime de travail à temps réduit en cas de manque de travail résultant de causes économiques ⁽¹⁶³⁾, ainsi que la possibilité de payer les indemnités de préavis par mensualités pour l'entreprise en difficulté ou qui connaît des circonstances économiques exceptionnellement défavorables ⁽¹⁶⁴⁾. Pour ce qui concerne le délai de préavis, la Cour de cassation a récemment rejeté la thèse selon laquelle « [il] doit également être fixé eu égard aux difficultés économiques ou financières rencontrées par l'employeur, qui empêchent celui-ci d'accorder de longs délais de préavis ou de payer d'importantes indemnités de congé, ainsi qu'aux possibilités correspondantes de sauvegarder l'emploi des travailleurs non licenciés ⁽¹⁶⁵⁾ ». La rareté des mécanismes de perméabilité du contrat de travail aux difficultés économiques qu'est susceptible de rencontrer une entreprise nous semble confirmer que le travail salarié est un travail au risque (économique)

(159) Actuellement, la charge des risques économiques dans le chef de l'employeur est, tout au plus, un élément parmi d'autres (la volonté des parties, l'organisation du travail et du temps de travail,...) qui permet de prouver l'existence d'un lien de subordination. Voy. K. NEVENS, *op. cit.*, p. 224, n° 324.

(160) Pour K. NEVENS, trop lâchement définie, la notion d'autorité (*gezag*) empêche, notamment, une juste perception de la problématique des faux indépendants. (K. NEVENS, *op. cit.*, pp. 21 et s., pp. 104 et s.). Ainsi, l'auteur plaide pour une redéfinition du champ d'application personnel du droit du travail, celui-ci visant aussi certains indépendants (*ibid.*, pp. 503 et s.).

(161) Cette assertion doit être nuancée. En effet, les partenaires sociaux doivent, tous les deux ans, fixer dans un accord interprofessionnel la marge maximale pour l'évolution du coût salarial. La rémunération dépend donc, en partie, de l'évolution du coût salarial dans nos pays voisins. Voy. l'art. 6 de la loi du 26 juillet 1996 relative à la promotion de l'emploi et à la sauvegarde préventive de la compétitivité, *M.B.*, 1^{er} août 1996, p. 20575.

(162) Ici aussi, l'on pourrait objecter que le manque de travail résultant de causes économiques peut entraîner la suspension totale de l'exécution du contrat ou une réduction du temps de travail. Voy. les art. 51 et 77/1-77/8 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.

(163) Art. 51, § 1^{er} et 77/4, § 1^{er} de la loi du 3 juillet 1978 précitée.

(164) Art. 39bis de la loi du 3 juillet 1978 précitée.

(165) Cass. (3^e ch.), 11 mars 2013, *Juristenkrant*, 2013, liv. 271, p. 5 ; *J.T.T.*, 2013, p. 272. En l'espèce, alors que les difficultés économiques rencontrées par l'employeur étaient telles que l'entreprise était menacée de fermeture, ces difficultés n'ont pas été prises en compte pour fixer le délai de préavis à observer et l'indemnité correspondante. Pour la Cour de cassation, « le moyen qui fait valoir que le juge, appelé à fixer le délai de préavis à accorder à un employé, est également tenu d'avoir égard à des éléments étrangers à la possibilité pour cet employé de trouver un emploi équivalent, tels que la situation économique ou financière de l'employeur ou les intérêts des travailleurs non licenciés, est fondé sur une conception juridique erronée ». L'arrêt est antérieur à l'harmonisation des délais de préavis entre ouvriers et employés, opérée par la loi du 26 décembre 2013.

d'autrui, i.e. l'employeur. Le licenciement économique bouleverse fondamentalement cette logique.

2. Le licenciement économique transfère l'aléa économique sur le travailleur

46. Alors que le marché et les conditions économiques ambiantes n'affectent pas les éléments essentiels du contrat de travail, la survie même du contrat de travail s'avère tributaire des aléas économiques de l'entreprise. Le licenciement économique consiste en effet en un extraordinaire dispositif qui autorise l'employeur à transférer les risques (ou aléas) économiques sur le salarié ⁽¹⁶⁶⁾, alors même qu'ils ne lui sont pas personnellement imputables ⁽¹⁶⁷⁾, et que le travailleur subordonné travaille au profit – et aux risques – d'autrui (i.e. son employeur). En effet, par le licenciement invoqué pour motif économique, « l'employeur décide de faire porter les conséquences des aléas économiques sur le salarié, en l'occurrence sur la pérennité de son emploi ⁽¹⁶⁸⁾ ». Et T. PASQUIER d'indiquer que « le licenciement économique paraît même être l'archétype du dispositif de transfert des risques économiques sur le salarié par l'acte de rupture du contrat de travail ⁽¹⁶⁹⁾ ». La rupture du contrat met inévitablement à charge du travailleur le risque économique auquel était confrontée l'entreprise : licencié, il subit les conséquences des difficultés économiques de l'entreprise dont il était salarié.

47. Le caractère largement discrétionnaire de la liberté de gestion et du pouvoir de direction économique de l'employeur doit justifier qu'il prenne en charge des difficultés économiques « normales » ⁽¹⁷⁰⁾. Le transfert du risque économique doit, partant, être soumis à des conditions : celles de la réalité, du sérieux et de la gravité suffisante des motifs économiques pouvant justifier le licenciement. Ainsi, T. PASQUIER écrit que l'exercice du pouvoir de gestion de l'employeur a un prix, « celui d'une responsabilité économique. Ainsi les aléas économiques normaux sont attribués à l'employeur. Seule l'anormalité justifie le transfert du risque économique sur le salarié ⁽¹⁷¹⁾ ». Le droit du licenciement économique doit participer d'une double fonction, « celle d'abord de garantir la légitimité de la rupture du contrat de travail pour motif économique, c'est-à-dire du transfert du risque économique sur le salarié ; celle ensuite d'attribuer les risques économiques normaux à l'employeur. Cette responsabilité économique a pour contrepartie l'existence et l'exercice relativement libre du pouvoir de gestion de l'employeur. Tel est l'échange fondateur et structurant inhérent au contrat de travail ⁽¹⁷²⁾ ».

48. C'est en fonction des conditions qui entourent le licenciement économique que doit s'opérer la distribution du risque économique : attribution des risques économiques normaux à l'employeur (i.e. ceux qui ne remplissent pas les conditions d'un motif économique valable) et attribution des risques économiques anormaux au travailleur ⁽¹⁷³⁾. Le schéma de répartition des risques économiques dépend donc

(166) T. PASQUIER, *op. cit.*, p. 317, n° 258 ; T. SACHS, *op. cit.*, p. 170, n° 277.

(167) T. SACHS, *op. cit.*, p. 56.

(168) T. PASQUIER, *op. cit.*, p. 318, n° 258.

(169) *Ibid.*, p. 318, n° 258.

(170) *Ibid.*, p. 329, n° 269.

(171) *Ibid.*, p. 329, n° 269.

(172) *Ibid.*, p. 330, n° 269.

(173) *Ibid.*, p. 327, n° 268.

des conditions légales de reconnaissance des motifs économiques admissibles pour justifier un licenciement économique et du contrôle jurisprudentiel exercé sur ces motifs ⁽¹⁷⁴⁾. En bref, les fluctuations normales de l'activité appellent des mesures de gestion normales, et celles anormales des mesures anormales. Et comme l'indique A. LYON-CAEN à propos du licenciement, « *cette mesure n'appartient pas au registre de la gestion normale, ordinaire et discrétionnaire* ⁽¹⁷⁵⁾ ».

3. Quelles garanties de la répartition des risques en droit belge ?

49. Ces considérations sur la répartition des risques trouvent-elles un relais en droit belge du licenciement ? Poser la question des garanties de cette répartition des risques, revient à poser la question des conditions à l'exercice du licenciement économique. Le droit belge n'impose ni l'exigence d'une suffisante gravité des motifs économiques, ni la recherche d'alternatives au licenciement (reclassement, adaptation,...).

50. La seule condition accolée au licenciement économique est celle qui encadre l'exercice de tout licenciement : il ne peut être abusif. Comment savoir si ce garde-fou traditionnel pallie l'absence d'encadrement légal spécifique pour garantir une répartition équitable du risque économique ?

Inutile de chercher dans la jurisprudence relative à l'abus de droit la censure d'un licenciement économique pour le motif précis qu'il ferait porter à un travailleur une difficulté économique qu'il ne devrait en principe pas supporter. Avec force imagination, l'on peut néanmoins s'adonner à une lecture nouvelle de la jurisprudence qui intégrerait ces considérations. Ainsi pourrions-nous considérer que la cour du travail de Bruxelles estime que la fin d'une intervention publique (plan Activa), ne justifiant pas un licenciement fondé sur les nécessités de l'entreprise ⁽¹⁷⁶⁾, est un aléa économique normal auquel c'est à l'employeur de faire face ; que celle de Mons estime que les difficultés liées à la cession d'un fonds de commerce sont aussi des risques normaux devant être assumés par l'employeur et non pas subis par le travailleur ⁽¹⁷⁷⁾ ; ou encore, selon celle de Liège, que c'est à l'employeur de subir le coût plus élevé d'un ouvrier ressortissant d'une catégorie barémique plus élevée ⁽¹⁷⁸⁾, cet aléa étant « normal » dans la vie d'une entreprise. Ces interprétations procèdent d'une lecture qu'il serait malhonnête de prêter directement aux juridictions. En effet, le principal contributeur de données jurisprudentielles sur le licenciement économique, à savoir l'article 63 de la loi sur les contrats de travail, ne permet pas d'intégrer ces considérations : le débat ne porte que sur la question de savoir si tel motif de licenciement litigieux, pour évi-

(174) *Ibid.*, p. 327, n° 268.

(175) A. LYON-CAEN, « Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique », *Dr. Ouv.*, 1995, p. 284 ; T. PASQUIER, *op. cit.*, p. 328, n° 269.

(176) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 21 juin 2010, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 177.

(177) C. trav. Mons (2^e ch.), 21 novembre 2011, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 182 qui a jugé abusif « le congé donné dans la perspective d'une liquidation avortée, envisagée afin de faciliter la cession du fonds de commerce ».

(178) C. trav. Liège (6^e ch.), 5 octobre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 189. La cour estime, en effet, qu'une telle motivation du licenciement n'est pas fondée sur les nécessités économiques de l'entreprise, et décide, partant, que le licenciement est abusif.

ter qu'il ne soit taxé d'abusif, est fondé sur les nécessités de l'entreprise. Cette « exigence » n'est en réalité que la définition du licenciement économique.

51. La question qui nous préoccupe est celle de savoir si, au sein de la catégorie des motifs économiques des licenciements, il existe des exigences de sérieux, ou de gravité, des motifs économiques avancés, c'est-à-dire en quelque sorte si un tri est réalisé parmi les licenciements fondés sur les nécessités de l'entreprise. Cette considération-ci peut trouver un relais dans l'exigence que le motif économique soit, *de surcroît*, légitime. Cette condition supplémentaire a été apportée par l'arrêt du 22 novembre 2010 de la Cour de cassation⁽¹⁷⁹⁾, rendu dans le cadre de l'ancien article 63 de la loi sur les contrats de travail, désormais en partie abrogé. Cette logique de précision (selon laquelle même s'il est lié aux nécessités de l'entreprise, le licenciement peut être abusif) est abandonnée par la C.C.T. n° 109. Le licenciement *manifestement abusif* doit répondre à la double condition de ne pas être fondé sur les nécessités de l'entreprise, et d'être celui que n'aurait jamais décidé un employeur raisonnable⁽¹⁸⁰⁾, de sorte que le seul fait qu'il soit lié aux nécessités de l'entreprise (*i.e.* qu'il s'agisse d'un licenciement économique) immunise en quelque sorte le licenciement. Parce que la motivation économique est une motivation considérée *a priori* comme valable et que le licenciement économique se définit par cet élément (sa motivation), la *dé-finition* et la *condition d'exercice* du licenciement économique sont confondues, en conséquence de quoi ce licenciement n'est soumis à aucun critère d'admissibilité, de sérieux ou de suffisante gravité.

52. Faute d'exigences, de sanctions et de contrôles suffisants, c'est, en pratique, le travailleur qui supporte à la fois les risques anormaux et les risques normaux de l'activité économique de l'entreprise. Ces écueils du droit belge empêchent une répartition équitable du risque économique *ex ante*. Le principe de l'effectivité de tout licenciement, même irrégulier⁽¹⁸¹⁾, et le refus de toute réparation en nature qui consisterait en la réintégration empêchent, quant à eux, un rééquilibrage judiciaire *ex post*. Cette absence de conditions au transfert du risque économique, par des exigences de sérieux, de gravité ou de subsidiarité du licenciement économique, est vectrice d'externalités négatives : l'employeur n'intègre aucun coût suffisamment dissuasif⁽¹⁸²⁾ d'une rupture qui ne se justifierait pas par les nécessités de l'entreprise. L'analyse économique du droit peut aider à trouver des solutions à cette problématique⁽¹⁸³⁾.

(179) Cass. (3^e ch.), 22 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 3, concl. MORTIER R. et note C. WANTIEZ ; *N.J.W.*, 2010, p. 832, note G. DE MAESENEIRE ; *Ors*, 2011, p. 23 ; *Pas.*, 2010, p. 2995 ; *R.A.B.G.*, 2011, p. 177, note B. LIETAERT ; *R.W.*, 2010-2011, p. 1729, note W. VANDEPUTTE ; *Chron. D.S.*, 2011, pp. 1-4, note D. RYCKX.

(180) G. DEVILLE et P. GEERBAERT, *op. cit.*, pp. 133-134.

(181) Cass. (3^e ch.), 25 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 928 ; *Arr. Cass.*, 2005, p. 932 ; *J.T.T.*, 2005, p. 926 ; *Chron. D.S.*, 2005, p. 330.

(182) Nous visons d'autres coûts que ceux consistant en les indemnités classiques de rupture irrégulière du contrat (indemnités compensatoires ou complémentaires de préavis).

(183) M. BELOT *et al.* ont proposé l'idée d'une taxe sur le licenciement versée à l'État pour intégrer ces coûts dans le chef de l'employeur. Voy. M. BELOT, J. BOONE et J.-C. VAN OURS, « Welfare effects of employment protection », *Economica*, n° 74, pp. 381-396. Pour enrayer cette problématique, d'autres proposent que, « *premièrement, la différence entre les indemnités des licenciements déclarés justifiés et les indemnités des licenciements considérés comme injustifiés par un tribunal doit être suffisamment élevée (...); deuxièmement, afin de décourager les salariés de poursuivre à tort l'employeur pour licenciement abusif, ceux-ci devraient supporter un coût lorsque le licenciement est finalement déclaré justifié (sous*

53. L'exigence de bonne foi nous paraît, en revanche, être un support plus approprié pour insuffler une logique de répartition équitable des risques économiques dans le contrôle du licenciement économique. En effet, cette exigence pourrait contenir des considérations sur le caractère *nécessaire* du licenciement, ou sur la référence à l'intérêt de l'entreprise comme critère d'admissibilité des divers motifs économiques pouvant être avancés (voy. *infra* n^{os} 72 et 73). Force est pourtant de constater que ces considérations issues de la bonne foi n'irradient pas les contentieux portant sur ces licenciements.

C. Des évolutions jurisprudentielles précaires

1. *Évolutions jurisprudentielles dans le cadre de l'article 63 de la loi sur les contrats de travail*

a. *L'acquis du contrôle entier sur l'existence des motifs économiques*

54. Les juridictions du travail s'engagent depuis peu à examiner plus rigoureusement les assertions de l'employeur quant aux difficultés économiques qu'il rencontrerait. Lorsqu'il justifie un licenciement par les nécessités de l'entreprise, l'employeur n'est plus cru sur parole. Ce qui nous semble être le b. a.-ba du droit de la preuve est, en droit du licenciement, une avancée récente.

Ainsi, la cour du travail de Bruxelles, dans un arrêt du 29 septembre 2008, examine-t-elle les bilans sociaux d'une société (pour étudier les variations de l'effectif occupé, et y découvrir que plusieurs travailleurs avaient été engagés), les déclarations fiscales (dont il apparaît une augmentation des bénéfices durant l'année du licenciement), et encore le relevé complet Dimona, pour conclure qu'« *en supposant même que l'allégation de la S.A. (...), selon laquelle le licenciement de Monsieur V. n'aurait été motivé que par la baisse du chiffre d'affaires des derniers mois et de la perte d'un client, fut conforme à la réalité, on ne pourrait que constater, dans ce cas, une absence d'une correcte analyse économique et budgétaire à moyen terme* »⁽¹⁸⁴⁾. Déjà jugé, également par la cour du travail de Bruxelles, qu'un employeur ne produisait pas la preuve de ce que le licenciement était justifié par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, dès lors qu'il demeurait en défaut de produire les documents susceptibles d'apprécier la *réalité* des nécessités qu'il invoquait, à savoir le bilan et les comptes de résultat⁽¹⁸⁵⁾. La cour du travail ne se satisfait ni d'un extrait du registre du personnel, ni d'un document manuscrit reprenant les clients de l'entreprise, ni d'un extrait du livre de validation pour mise en chômage économique, ni des documents portant sur la faillite de certaines sociétés : cela n'établit pas suffisamment qu'il y a eu une baisse du chiffre d'affaires ou que la situation économique et financière de l'entreprise était difficile. Et la cour de conclure que la baisse du chiffre d'affaires invoquée par l'employeur « *aurait facilement pu être établie en déposant la déclaration TVA, la comptabilité de l'entreprise et les comptes de résultat* »⁽¹⁸⁶⁾.

forme d'une réduction des allocations chômage par exemple) » : S. FERREY et E.-A. LAMBERT, « L'économie du droit du travail », in *Analyse économique du droit. Principes, méthode, résultats* (sous la dir. de B. DEFFAINS et E. LANGLAIS), Bruxelles, De Boeck, 2009, p. 294.

(184) C. trav. Bruxelles, 29 septembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 8.

(185) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 21 juin 2010, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 177.

(186) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 21 juin 2010, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 177.

Aussi, la cour du travail de Liège⁽¹⁸⁷⁾ a activement⁽¹⁸⁸⁾, de manière très salubre, étudié la situation économique réelle d'une entreprise (un salon de coiffure) prétendument en difficulté. La cour a ainsi comparé les bilans comptables, le bénéfice d'exploitation après impôt, les investissements consentis par la société, le chiffre d'affaires, le volume d'activité, la masse salariale, les différentes charges sociales, les comptes de résultat (qu'elle corrigera d'ailleurs), ou encore les coûts de fonctionnement du salon de coiffure lors de l'année du licenciement, avec ceux des années qui précédaient pour conclure que « *si pareil calcul avait été effectué, il aurait révélé que, contrairement à ce que cet aperçu comptable laisse entendre, la situation de ce salon n'était pas déficitaire et était même en nette progression par rapport à l'année antérieure* »⁽¹⁸⁹⁾.

Enfin, la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 février 2014, a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour du travail de Mons⁽¹⁹⁰⁾, laquelle déboutait un employeur qui avançait que les absences répétées d'un travailleur nuisaient à l'organisation de l'entreprise puisque le travailleur n'a jamais été remplacé et que ses prestations devaient être assurées par d'autres ouvriers pendant ses absences. Pour la cour du travail, l'employeur « *n'établit pas en quoi ces absences auraient eu des effets négatifs sur l'organisation de l'entreprise ou du service. [Il] reste [muet] sur le nombre des membres du personnel capables de remplacer le travailleur, sur l'influence éventuelle de ces absences sur la productivité des machines, sur l'obligation éventuelle des autres membres du personnel d'exécuter des prestations supplémentaires* »⁽¹⁹¹⁾. La Cour de cassation n'y a pas vu malice : mettre à charge de l'employeur la preuve des effets négatifs sur l'organisation de l'entreprise n'est pas contraire à l'article 63 de la loi sur les contrats de travail dès lors que c'est lui qui invoque ces problèmes d'organisation⁽¹⁹²⁾.

b. L'acquis du contrôle du caractère légitime du licenciement

55. Dans un premier temps, la Cour de cassation a exigé qu'il y ait un réel *lien* entre la conduite de l'ouvrier et son licenciement. Par son arrêt du 27 septembre 2010⁽¹⁹³⁾, elle censure la cour du travail de Liège qui, dans une affaire où un ouvrier avait été licencié suite à son refus de signer un septième contrat à durée déterminée antidaté, décidait qu'« *en dépit du caractère légitime de ce refus, il est prouvé à suffisance (par l'employeur) que le licenciement est lié au comportement de celui-ci qui refuse de signer le contrat qui lui est proposé* ». Le travailleur, demandeur en cassation, soutenait qu'un refus de se prêter à une fraude à la loi (i.e. signer un contrat de travail temporaire qui ne pourrait qu'être antidaté) n'est pas en lien avec son comportement. Il a été suivi par la Cour de cassation.

(187) C. trav. Liège (6^e ch.), 5 octobre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 191.

(188) La production de pièces complémentaires avait été ordonnée.

(189) C. trav. Liège (6^e ch.), 5 octobre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 191.

(190) C. trav. Mons, 8 décembre 2011, inéd.

(191) C. trav. Mons, 8 décembre 2011, inéd.

(192) Cass. (3^e ch.), 3 février 2014, *Chron. D.S.*, 2014, p. 153, concl. J. GENICOT.

(193) Cass. (3^e ch.), 27 septembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 7, note C. WANTIEZ ; *Pas.*, 2010, p. 2403 ; *Chron. D.S.*, 2011, p. 6.

56. Dans un deuxième temps, la Cour de cassation apporte un enseignement plus important dans son arrêt du 22 novembre 2010 ⁽¹⁹⁴⁾ : le motif du licenciement de l'ouvrier ne doit pas seulement être *en lien* avec sa conduite, il doit aussi être *légitime*. Dans cette affaire, l'un des motifs du licenciement prétendument « lié à la conduite du travailleur » consistait dans le refus de l'ouvrier de travailler dans la neige sans gants adaptés. Pour la cour du travail, c'est à bon droit que le travailleur réclame une indemnité pour licenciement abusif fondée sur l'article 63. La Cour de cassation confirme l'arrêt et condamne la thèse selon laquelle « *le juge n'est pas tenu d'apprécier si ladite conduite constitue un motif de licenciement valable* » ⁽¹⁹⁵⁾. Elle décide qu'« *il appartient au juge du fond d'apprécier si la conduite de l'ouvrier ou l'aptitude à l'origine du licenciement (...) constitue un motif légitime de licenciement* » ⁽¹⁹⁶⁾. Pour W. VANDEPUTTE, la Cour de cassation introduit une nouvelle et substantielle composante au pouvoir d'appréciation du juge ⁽¹⁹⁷⁾ : il doit vérifier si les raisons invoquées sont « légitimes » ou « valables » ⁽¹⁹⁸⁾. Cette analyse a été accueillie par les juridictions du fond ⁽¹⁹⁹⁾.

57. Ces exigences quant au motif du licenciement (lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur), dégagées en 2010 dans le cadre de l'article 63 de la loi sur les contrats de travail, s'appliquent *mutatis mutandis* aux nécessités de l'entreprise. Un arrêt de la cour du travail de Mons les a très explicitement transposées à la question des nécessités du fonctionnement de l'entreprise : la cour indique que « *comme dans la matière relative à la conduite de l'ouvrier, en cas d'invocation d'un motif lié à l'aptitude du travailleur ou aux nécessités économiques de l'entreprise, le juge doit tout d'abord, vérifier si le motif évoqué existe et, dans l'affirmative, examiner s'il s'agit d'un motif valable* » ⁽²⁰⁰⁾. Cette condition supplémentaire (motif valable, ou légitime) est essentielle car elle permet d'étudier le bien-fondé des motifs économiques d'un licenciement, en dépassant l'équation trop simpliste selon laquelle son lien avec les nécessités de l'entreprise suffirait à le rendre valable.

58. Dans le cadre de l'article 63 de la loi sur les contrats de travail, certaines juridictions ont récemment décidé que si « *les choix de gestion et leur justesse échappent au contrôle judiciaire (...) dans la mesure où ces choix peuvent entraîner des licenciements, ils constituent des motifs visés par l'article 63 et vont autoriser le juge à examiner s'ils fondent réellement la rupture du contrat* » ⁽²⁰¹⁾ (nous soulignons) ; que « *l'employeur*

(194) Cass. (3^e ch.), 22 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 3, concl. MORTIER R. et note C. WANTIEZ ; *N.J.W.*, 2010, p. 832, note G. DE MAESENEIRE ; *Ors*, 2011, p. 23 ; *Pas.*, 2010, p. 2995 ; *R.A.B.G.*, 2011, p. 177, note B. LIETAERT ; *R.W.*, 2010-2011, p. 1729, note W. VANDEPUTTE ; *Chron. D.S.*, 2011, pp. 1-4, note D. RYCKX.

(195) Cass. (3^e ch.), 22 novembre 2010 précité.

(196) Cass. (3^e ch.), 22 novembre 2010 précité.

(197) W. VANDEPUTTE, « Willekeurig ontslag, het gedrag van de werkman en het verbod van kennelijk onredelijk ontslag », note sous Cass., 22 novembre 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1737.

(198) *Ibid.*, p. 1737 ; D. RYCKX, « Enkele bemerkingen bij de cassatiearresten van 27 september en 22 november 2010 met betrekking tot willekeurig ontslag van werklieden : anders... maar beter ? », *Chron. D.S.*, 2011, liv. 1, p. 3 ; M. ROUSSEAU, « Deux arrêts de la Cour de cassation très attendus en matière de licenciement abusif de l'ouvrier », *Chron. D.S.*, 2011, liv. 1, p. 6.

(199) C. trav. Bruxelles, 17 octobre 2011, note M. ROUSSEAU, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 182 : « *Il n'existe en tout cas plus de doute aujourd'hui sur le fait que seul un motif valable et raisonnable peut justifier le licenciement d'un ouvrier.* » ; et C. trav. Mons (2^e ch.), 21 novembre 2011, *Chron. D.S.*, 2013, p. 179, note M. ROUSSEAU.

(200) C. trav. Mons (2^e ch.), 21 novembre 2011, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 183.

(201) C. trav. Liège (6^e ch.), 5 octobre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 191.

n'établit pas que les nécessités de l'entreprise en général justifiaient le licenciement ⁽²⁰²⁾ » ; ou encore que « *si l'employeur est certes seul juge des nécessités de son entreprise et que, dans cette mesure, il ne lui appartient pas de porter une appréciation sur les décisions économiques ou techniques de la S.A. (...) [la cour] ne peut toutefois que constater en l'espèce que la 'restructuration' invoquée par cette dernière n'est pas du tout justifiée* » et consiste en « *une décision de licencier précipitée* ⁽²⁰³⁾ » (nous soulignons). L'on peut aussi relever un arrêt de la cour du travail de Mons, qui décide que « *si l'article 63 (...) n'autorise pas un contrôle en opportunité du licenciement, il n'exclut pas la vérification de l'adéquation entre (...) le motif économique invoqué à titre de licenciement et l'existence d'un ou d'autres motifs inavoués et moins licites* » (nous soulignons) et conclut « *qu'en réalité, le licenciement critiqué n'obéit pas (...) aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise* ⁽²⁰⁴⁾ ».

2. Risque de caducité et nécessité de codification

59. Depuis l'entrée en vigueur de la C.C.T. n° 109, l'article 63 de la loi sur les contrats de travail a cessé de s'appliquer « *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* ⁽²⁰⁵⁾ ». Nous ne pensons pas que la jurisprudence qui s'était développée autour de cet article, désormais abrogé pour le secteur privé, devienne par là même caduque. La sécurité juridique impose que les heureuses avancées constatées ces dernières années soient consolidées dans un texte normatif.

60. Une « codification » de ces évolutions jurisprudentielles nous semble nécessaire pour au moins trois raisons. Premièrement, ces avancées n'ont pas profité aux autres régimes de licenciements économiques rencontrés : les décisions analysées ont toutes été rendues dans le cadre de l'ancien article 63 de la loi sur les contrats de travail. Le contrôle judiciaire plus approfondi observé récemment dans ce cadre devrait être identique dans d'autres contentieux mettant en cause un licenciement économique. Ce contrôle renforcé pourrait trouver son fondement dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la cour du travail de Bruxelles a déjà mobilisé dans le cadre de l'article 63 de la loi sur les contrats de travail ⁽²⁰⁶⁾, mais qui transcende les différents contentieux.

(202) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 21 juin 2010, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 177. L'arrêt confirme Trib. trav. Nivelles, 28 juin 2008. L'employeur faisait pourtant référence à une baisse du chiffre d'affaires, au recours au chômage économique régulier, et à l'incertitude de retrouver des contrats permettant de combler des déficits liés aux frais de personnel trop importants.

(203) C. trav. Bruxelles, 29 septembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 8.

(204) C. trav. Mons (1^{re} ch.), 28 avril 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 324.

(205) Art. 38 de la loi du 26 décembre 2013 précitée.

(206) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 10 mai 2010, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 4, p. 176 : « *Pour les contestations portant sur des droits de caractère civil, la juridiction doit disposer d'un pouvoir de pleine juridiction, ce qui implique pour une question qui entre dans sa compétence, (...) [que] la solution ne saurait être dictée par l'une des parties.* » Il est admis qu'un litige portant sur un licenciement est une contestation qui a pour objet des droits civils au sens de l'article 6. Cet arrêt cite Cour eur. D.H., arrêt *Buchholz c. Allemagne* du 6 mai 1981, hudoc.echr.coe.int. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Chevrol c. France* du 13 février 2003, hudoc.echr.coe.int, §§ 63 et 77 ; Cour eur. D.H., arrêt *Tera Woningen c. Pays-Bas* du 17 décembre 1996, hudoc.echr.coe.int, § 54.

Ensuite, comme l'indique D. CUYPERS, la loi doit mettre l'accent sur le fait que le contrôle du caractère raisonnable du congé ne peut plus être aussi marginal qu'avant⁽²⁰⁷⁾. Et l'auteur de proposer d'insérer dans la loi sur les contrats de travail, notamment, une disposition indiquant que les raisons valables de licenciement seraient appréciées par le juge en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire et des intérêts de chaque partie⁽²⁰⁸⁾. Il nous paraît impossible d'avoir un contrôle judiciaire adéquat et efficace des motifs économiques d'un licenciement (pourtant nécessaire vu l'absence de balises légales quant à ce qu'ils recouvrent) tout en affirmant que le pouvoir de gestion de l'employeur est discrétionnaire et souverain⁽²⁰⁹⁾. Avec G. DEMEZ, l'on estime qu'« *une décision à caractère social tel que le licenciement est fonction d'opportunités économiques et sociales* »⁽²¹⁰⁾, et qu'« *il est paradoxal d'espérer des juges des décisions conformes aux impératifs économiques et sociaux tout en leur refusant d'apprécier leur opportunité économique et sociale* »⁽²¹¹⁾. Qu'il s'agisse d'une exigence pour pouvoir licencier un travailleur protégé ou qu'il s'agisse de la justification faite en justice d'un licenciement contesté par le travailleur, le motif économique invoqué doit être soumis à un double contrôle judiciaire : un contrôle plein et entier sur l'existence et la pertinence des motifs économiques invoqués, et un contrôle (au moins) marginal de l'opportunité du licenciement.

Enfin, cette « codification » de la jurisprudence nous paraît d'autant plus nécessaire que, d'une part, la C.C.T. n° 109 insiste sur le caractère marginal du contrôle que le juge peut exercer sur le licenciement et que, d'autre part, l'évaluation du caractère manifestement abusif du licenciement est rendue plus restrictive que sous l'empire de l'article 63 de la loi sur les contrats de travail, tel qu'interprété par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 novembre 2010. En effet, un nouveau système de charge de la preuve a été instauré, et l'adverbe « jamais » (licenciement que n'aurait *jamais* décidé un employeur raisonnable) a été ajouté (voy. *infra* n° 85).

D. Une catégorie unanimement reconnue par le droit international

61. Le licenciement économique jouit d'une reconnaissance déjà acquise en droit international, lui permettant de convoiter davantage un régime juridique autonome. En effet, les droits européen et international, lorsqu'ils imposent que les motifs d'un licenciement soient légitimes, font référence au licenciement « *fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ». Telle est la formule de l'O.I.T. dans la Convention n° 158 sur le licenciement, ainsi que celle du Conseil de l'Europe dans la Charte sociale européenne révisée⁽²¹²⁾.

(207) D. CUYPERS, « Inhoudelijke aspecten van behoorlijk ontslag », in *Passende arbeid & behoorlijk ontslag. Travail convenable & licenciement équitable*, Brugge, die Keure, 2007, p. 166.

(208) *Ibid.*, p. 170.

(209) D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, op. cit., p. 113.

(210) G. DEMEZ, « La motivation du licenciement : une juste cause », in *Motivation et motifs du congé*, Actes de l'après-midi d'étude organisé par le Département de droit économique et social de la Faculté de droit de l'U.C.L. le 27 mai 2005, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 76.

(211) *Ibid.*, p. 76.

(212) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui prévoit en son article 30 le droit à une protection en cas de licenciement injustifié, ne fait pas référence au licenciement justifié par des motifs économiques. Néanmoins, l'explication de l'article 30 contenue dans le projet de ladite Charte

62. La Convention n° 158 de l'O.I.T. concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée le 22 juin 1982 par la Conférence internationale du travail ⁽²¹³⁾, dispose en son article 4 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* ». Le licenciement économique est clairement visé par cette convention, qui l'érige en un licenciement justifié. Elle n'a pas été ratifiée par la Belgique car elle se heurterait au principe de l'absence de motivation formelle du licenciement ⁽²¹⁴⁾. L'on peut reconnaître que cette convention soit une source d'inspiration pour les juridictions chargées d'apprécier la légitimité d'un congé, puisqu'elle traduit un consensus international sur le type de motivation valable ⁽²¹⁵⁾. Un jugement du tribunal du travail de Bruxelles considère ainsi « *que le fait que l'ensemble de la délégation belge ait approuvé ce texte démontre, d'une part, que la Belgique reconnaît l'autorité de l'O.I.T. et, d'autre part, que les règles énoncées par cette convention n'apparaissent pas de prime abord comme perturbant exagérément l'ordre juridique belge* » ⁽²¹⁶⁾.

63. Quant à la Charte sociale européenne révisée, si la Belgique l'a ratifiée ⁽²¹⁷⁾, elle a émis une réserve sur quelques articles, dont l'article 24. Celui-ci proclame « *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* » ainsi que « *le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée* ». Ce texte prévoit une véritable obligation de motivation du licenciement et énumère de façon limitative les motifs valables de licenciement, parmi lesquels, encore, les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

64. La Convention n° 158 de l'O.I.T. ainsi que l'article 24 de la Charte sociale révisée, bien que non ratifiés par la Belgique, pourraient être davantage valorisés depuis la jurisprudence strasbourgeoise *Demir et Baykara c. Turquie* qui redéfinit (ou plutôt confirme) ⁽²¹⁸⁾ les principes d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que, lorsqu'elle définit le sens des termes qui figurent dans la Convention européenne des droits de l'homme, elle « *peut et doit tenir compte des éléments de droit internatio-*

indique qu'il s'inspire de l'article 24 de la Charte sociale révisée (voy. europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_fr.pdf).

(213) La Convention reprend le texte de la recommandation n° 119 de l'O.I.T. sur la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée à Genève le 26 juin 1963.

(214) S. GILSON, « L'absence de motivation formelle... (2) », *Ors.*, 2006, liv. 5, p. 2. La convention n° 158 n'impose pourtant aucune obligation de motivation formelle.

(215) Ch.-E. CLESSE, *Le licenciement abusif*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 11. ; V. VANNES et L. DEAR, *op. cit.*, p. 88, n° 67 ; D. CUYPERS, « Inhoudelijke aspecten van behoorlijk ontslag », in *Passende arbeid & behoorlijk ontslag. Travail convenable & licenciement équitable*, *op. cit.*, p. 149.

(216) Trib. trav. Bruxelles, 20 février 1992, *Chron. D.S.*, 1993, p. 86, cité par Ch.-E. CLESSE, *op. cit.*, p. 11 et par V. VANNES et L. DEAR, *op. cit.*, p. 88, n° 67.

(217) Loi du 15 mars 2002 portant assentiment à la Charte sociale européenne révisée et à l'annexe faites à Strasbourg le 3 mai 1996, *M.B.*, 10 mai 2004, p. 37404.

(218) S. VAN DROOGHENBROECK, « Les frontières du droit et le temps juridique : la cour européenne des droits de l'homme repousse les limites », note sous Cour eur. D.H., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, *Rev. Trim. D.H.*, 2009, liv. 79, p. 822. La Cour affirme en effet qu'« [elle] n'a jamais considéré les dispositions de la Convention [européenne des droits de l'homme] comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient » (§ 67).

nal autres que la Convention ⁽²¹⁹⁾ ». Et de poursuivre que, « dans ce contexte, 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 ⁽²²⁰⁾ ». Cette technique d'enrichissement interprétatif de la Convention ne s'applique pas qu'au cas d'espèce de l'arrêt (la liberté d'association) ⁽²²¹⁾. Elle permet donc à la Cour de Strasbourg de glaner, à des fins interprétatives, parmi les textes qui garantissent le droit à un licenciement motivé – sinon par un motif personnel, par un motif économique – les signes de tendances émergentes en matière de licenciement.

III. PISTES POUR MIEUX CERNER ET CONTRÔLER LES MOTIFS ÉCONOMIQUES

65. L'absence de règles spécifiques attachées aux licenciements économiques, en termes de définition, de conditions d'exercice ou de limitation des effets, génère les incohérences épinglées dans la seconde partie. La troisième partie n'ambitionne pas de dessiner un cadre juridique *ab initio* pour le licenciement économique, mais de mieux comprendre la logique de laquelle il procède. Elle recense également les outils juridiques actuellement mobilisables pour contrôler cette motivation d'une manière plus fidèle à sa fonction. Elle propose, enfin, les changements qui faciliteraient la compréhension des motifs économiques par les juristes amenés à en débattre.

A. Quelle approche économique pour le licenciement économique ?

66. En réalité, l'étendue des motifs admissibles d'un licenciement économique est moins tributaire d'un choix entre deux conceptions juridiques opposées (droit à la stabilité d'emploi et à une motivation légitime du licenciement *versus* liberté d'entreprise et de gestion) que d'un choix entre deux conceptions de gestion entrepreneuriale, lesquelles méritent d'être étudiées. Sur un marché donné, l'on peut distinguer les attitudes des agents économiques en deux catégories : celles qui consistent en « une adaptation à un ordonnancement naturel dicté par la technologie, les dotations de facteurs, les qualifications et les productivités des individus ⁽²²²⁾ », et qui seraient en quelque sorte commandées par le marché, et celles qui, en contraste, s'efforcent « d'orienter son évolution, de provoquer des ruptures à travers des innovations, d'imposer de nouvelles

(219) Cour eur. D.H., arrêt *Demir & Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, hudoc.echr.coe.int, § 85.

(220) Cour eur. D.H., arrêt *Demir & Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, hudoc.echr.coe.int, § 86.

(221) L'on ne pourrait limiter l'usage de cette technique d'interprétation de la Convention « enrichie par des sources externes » à la matière de la liberté d'association. La Cour de Strasbourg s'en est déjà emparée dans des matières telles que le contentieux pénitentiaire européen ou la protection des minorités (voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 820). La singularité de l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* est de mettre cette méthode interprétative « au service d'un spectaculaire revirement de jurisprudence : l'intégration du droit à la négociation collective au sein des prérogatives couvertes par l'article 11 de la Convention et le démantèlement du régime d'exception mis en place par cette disposition au détriment des membres des forces armées, de la police et de l'administration de l'état » (S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 812).

(222) A. JACQUEMIN, *Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle*, Paris, Economica-Cabay, 1985, p. 10. Cette conception s'apparente aux idées défendues par certains économistes classiques (A. SMITH par exemple). Elle s'inscrit, par une analogie darwinienne, dans une sorte de processus sélectif qui aboutit à éliminer les agents moins efficaces (*ibid.*, p. 91).

normes et de nouveaux types d'équilibre, plutôt que de se soumettre au milieu ⁽²²³⁾ ». De laquelle de ces deux logiques la décision de licenciement participe-t-elle ? Est-elle dictée par le marché, qui n'a pas laissé d'autre choix à l'employeur que de licencier (« sélection » par le marché), ou choisie stratégiquement, pour rencontrer les nécessités de l'entreprise, parmi un éventail de solutions (« pouvoir » sur le marché) ? En d'autres termes, se pose la question de savoir si le licenciement économique procède d'une contrainte ou d'un choix pour l'employeur. D'où la question provocatrice de T. SACHS : « *Et si la décision de licenciement économique n'en était pas vraiment une* » ⁽²²⁴⁾ ? »

67. Comment faire le départ entre la décision de rupture « stratégique » et celle prise sous le poids du déterminisme économique ⁽²²⁵⁾ ? Il nous semble que c'est ici qu'une obligation de motivation formelle prend son sens : puisqu'il devrait mentionner les motifs économiques concrets de sa décision au moment du congé, ce serait des propres termes de l'employeur que le juge pourrait déduire si la situation obérée de l'entreprise l'a obligé à licencier (le marché ayant réalisé la « sélection ») ou si la décision était le choix, parmi plusieurs possibles, le plus à même de satisfaire les nécessités de l'entreprise, selon l'employeur. Dans la première situation, il devra s'agir, pour l'employeur, de motiver son licenciement en usant d'une « *rhétorique causale, relevant du registre de la nécessité, qui occulte les choix qu'il pratique* » ⁽²²⁶⁾ », tandis que, dans la seconde, l'employeur devrait faire la lumière sur les différentes possibilités d'affronter la difficulté économique rencontrée et sur la pertinence de son choix. L'on pourrait transposer à notre propos l'idée selon laquelle, au sujet de la procédure d'information qui doit débiter dès l'intention de procéder à un licenciement collectif, le type d'informations que doit donner l'employeur dépendrait du type d'intention de licencier : l'initiative propre et volontaire de l'employeur ou la prise de décision forcée par le contexte. Selon P. GEEREBAERT et M. GLORIEUX, « *le fait que l'intention de licencier provienne de l'initiative propre de l'employeur ou soit, en quelque sorte, dictée par des circonstances extérieures, aura un impact quant au fond de la phase de consultation. On peut en effet concevoir que, si l'intention de licencier est issue de l'initiative propre de l'employeur, l'exigence que le dossier que cet employeur doit communiquer aux représentants des travailleurs soit bien étayé sera en quelque sorte, plus forte que si cette intention est dictée par des circonstances extérieures à l'entreprise. On pense notamment à la communication des motifs du licenciement* » ⁽²²⁷⁾ ». Les différentes logiques desquelles peuvent procéder les licenciements économiques peuvent donc être prises en compte.

68. En droit français, pour être justifié, le licenciement économique (qui dispose d'un régime juridique spécifique) ⁽²²⁸⁾ doit consister en « *une décision patronale prise*

(223) *Ibid.*, p. 10.

(224) T. SACHS, *op. cit.*, p. 87, n° 135.

(225) Si l'on ose une analogie administrativiste, cela revient à s'interroger sur la question de savoir si le licenciement économique procède d'une compétence discrétionnaire de l'employeur (choix en opportunité) ou s'il relève de l'exercice par l'employeur d'une compétence liée (choix dicté par le marché).

(226) T. SACHS, *op. cit.*, p. 92.

(227) P. GEEREBAERT et M. GLORIEUX, « Licenciement collectif : questions actuelles issues de la pratique », in *Le droit social face à la crise*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 28.

(228) Voy. les art. L.1233-1 à L.1233-91 du Code du travail français. L'article L.1233-3 définit le licenciement pour motif économique comme suit : « *Le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.* »

sous la contrainte d'un contexte économique⁽²²⁹⁾ ». En effet, les règles qui l'entourent attestent que le licenciement économique français est considéré comme une mesure devant être *nécessaire*. D'une part, le Code du travail français impose que le licenciement économique soit fondé sur une cause réelle et sérieuse⁽²³⁰⁾. Le contrôle par le juge du sérieux du motif économique portera sur l'intensité de la contrainte économique, laquelle doit revêtir une suffisante gravité⁽²³¹⁾. L'employeur ne pourra se suffire d'évoquer la récession, la crise économique ou la baisse du marché : « *Il se doit de spécifier la nature de la contrainte au regard de l'activité de l'entreprise*⁽²³²⁾. » D'autre part, l'employeur doit, préalablement à tout licenciement pour motif économique, réaliser tous les efforts d'adaptation et de formation ainsi que rechercher le reclassement du salarié dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient⁽²³³⁾. La méconnaissance de cette obligation prive le licenciement de cause réelle et sérieuse⁽²³⁴⁾.

L'exigence de la preuve d'une contrainte économique doit être relativisée depuis la jurisprudence dite « *Pages Jaunes* » de la Cour de cassation de France. Cette dernière, dans un arrêt du 11 janvier 2006, reconnaît que les licenciements consécutifs à une réorganisation de l'entreprise, dans le but de *prévenir* des difficultés économiques futures, constituent des licenciements ayant une cause économique réelle et sérieuse, quoique la contrainte économique n'existe pas encore à la date du licenciement (licenciements économiques en prévention des conséquences pour l'emploi des difficultés futures)⁽²³⁵⁾.

69. L'exigence française d'une « contrainte économique » doit être bien comprise. Le contrôle du caractère contraint du licenciement économique est en réalité l'examen de « *la cohérence entre le diagnostic présenté par l'employeur et le remède administré*⁽²³⁶⁾ ». Il s'agit donc moins d'un contrôle d'adéquation du licenciement (lequel reviendrait à s'immiscer dans les choix gestionnaires de l'employeur) que d'une vérification de la cohérence de l'argumentation de l'employeur. La contrainte économique exigée consiste en réalité en une contrainte rhétorique et argumentative⁽²³⁷⁾ : l'employeur doit en quelque sorte pouvoir occulter les choix qu'il pratique par une « *rhé-*

(229) T. SACHS, *op. cit.*, p. 88, n° 136, et p. 98.

(230) Art. L1233-2 C. trav. fr.

(231) T. SACHS, *op. cit.*, p. 98.

(232) *Ibid.*, p. 91, n° 141.

(233) Pour la procédure d'adaptation et de reclassement, voy. art. L.1233-4 C. trav. fr. ; P. CHAUMETTE, « La motivation de la rupture unilatérale du contrat de travail en droit français », in *Motivation et motifs du congé*, *op. cit.*, p. 42 ; L. GAMET, *Rupture du contrat de travail*, Paris, Editions Delmas, 2011, pp. 113-114.

(234) L. GAMET, *op. cit.*, pp. 113-114. Voy. Cass. fr. (ch. sociale), 11 février 2015, arrêt n° 257, www.courdecassation.fr.

(235) Cass. fr. (ch. sociale), 11 janvier 2006, arrêt n° 28, www.courdecassation.fr. Dans cet arrêt, dit « *Pages Jaunes* », la Cour reprend l'acquis de son arrêt *Vidéocolor* du 5 avril 1995 (« *La réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient* ») et le prolonge par cet important attendu : « *Répond à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement* ». La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ne suppose donc pas nécessairement l'existence de difficultés économiques actuelles : les évolutions de l'entreprise postérieures au licenciement doivent aussi être prises compte.

(236) T. SACHS, *op. cit.*, p. 256, n° 409 et s. et les nombreuses décisions citées.

(237) *Ibid.*, p. 357, n° 411.

torique causale, relevant du registre de la nécessité⁽²³⁸⁾ ». Quant au juge, il devra vérifier que le licenciement litigieux entretient une cohérence, à tout le moins argumentative, avec les difficultés économiques que l'employeur a montées en épingle⁽²³⁹⁾.

70. Le droit belge ne précise pas si le motif économique justifiant un licenciement doit ou non consister en une contrainte économique. M. JOURDAN voit dans les « nécessités de l'entreprise » une référence à l'inévitable, voire à l'indispensable⁽²⁴⁰⁾, et selon elle, « *dans tous les cas de licenciements fondés sur les nécessités de fonctionnement, le contrôle judiciaire suppose de vérifier la cause de licenciement alléguée et la nécessité de licencier à la suite de celle-ci* »⁽²⁴¹⁾. Force est de constater que cette conception du licenciement économique « nécessaire » n'a pas les faveurs de la jurisprudence⁽²⁴²⁾ (ni celles, semble-t-il, des partenaires sociaux)⁽²⁴³⁾. Du reste, la conception des raisons économiques comme une catégorie qui ne recouvrirait que des cas d'impérieuse nécessité ou de force majeure est condamnée par la Cour de cassation⁽²⁴⁴⁾. Le caractère « nécessaire » du licenciement économique pourrait néanmoins émerger d'une certaine lecture de la bonne foi.

B. Pistes pour mieux contrôler les motifs économiques

1. La bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit

71. Les contours des motifs acceptables pour justifier un licenciement économique pourraient se dessiner sur la base de la bonne foi. Comme l'indique F. DORSSEMONT, il ne faut point se méprendre sur le rôle de la bonne foi, de la loyauté ou encore de l'équité dans la relation de travail et voir dans ces notions les fondements d'une flexibilité dans le contrat de travail⁽²⁴⁵⁾. Elles constituent, au contraire, des limites à cette flexibilité⁽²⁴⁶⁾.

72. Par son rôle de garde-fou à une flexibilité excessive dans la gestion de l'entreprise et de son personnel, la bonne foi pourrait impliquer que le licenciement économique ne s'envisage qu'en dernier recours. En effet, la bonne foi impose à l'employeur l'obligation de veiller à ce que les travailleurs soient adaptés à l'organisation

(238) *Ibid.*, p. 92.

(239) *Ibid.*, p. 258.

(240) M. JOURDAN, « Le licenciement abusif de l'ouvrier, évolutions », *op. cit.*, p. 77.

(241) *Ibid.*, p. 91.

(242) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 23 février 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 36 ; C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 18 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 339.

(243) Voy. la réitération de la doctrine de l'employeur seul juge au commentaire de l'art. 8 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée (« *Il faut respecter les différentes alternatives de gestion qu'un employeur normal et raisonnable pourrait envisager* »).

(244) Cass., 11 juin 1990, *Arr. Cass.*, 1989-1990, p. 1287 ; *Pas.*, 1990, p. 1144 ; *R.W.*, 1990-1991, p. 638 ; *Chron. D.S.*, 1990, p. 342. L'arrêt concerne la loi du 19 mars 1991, et donc les « raisons d'ordre économique ou technique ». Pour une application de l'article 63 de la loi sur les contrats de travail, voy. C. trav. Mons (4^e ch.), 29 juillet 1999, *J.T.T.*, 2001, p. 50 : « *attendu que ces nécessités ne désignent nullement un cas de force majeure* ».

(245) F. DORSSEMONT, « De onderneming : arbeidsgemeenschap of rechtsorde ? », *T.P.R.*, 2003, p. 1395, n° 142.

(246) *Ibid.*, p. 1395, n° 142.

du travail et à la production ⁽²⁴⁷⁾. En conséquence, pour M. RIGAUX, l'exécution de bonne foi doit autoriser le juge à utiliser le concept du licenciement comme « remède ultime », tant lorsqu'il vise l'hypothèse d'un licenciement pour raison personnelle que celle d'un licenciement pour raisons économiques ⁽²⁴⁸⁾. Pour M. JOURDAN, les « nécessités de fonctionnement de l'entreprise » (expression privilégiée du licenciement économique belge) doivent d'ailleurs être entendues dans leur sens commun : « *C'est ce qui doit obligatoirement avoir lieu, ce qui résulte de la chose même, ce qui est inévitable, inéluctable, voire indispensable* » ⁽²⁴⁹⁾. » Ces notions ne doivent pas effrayer : elles ne traduisent pas l'exigence d'un motif totalement obérant que l'employeur devrait prouver, mais plutôt l'exigence d'une explication cohérente quant à la pertinence du licenciement comme remède à la difficulté économique rencontrée ⁽²⁵⁰⁾.

Une certaine gradation que l'employeur devrait respecter dans son panel de mesures de gestion se laisse parfois entre-lire dans certaines décisions. Ainsi, la cour du travail de Bruxelles a-t-elle déjà décidé que les mauvais résultats au cours des années précédant le licenciement peuvent « *nécessiter d'autres solutions que le licenciement* », de même que les nécessités de restructuration, de rationalisation ou de rentabilité : « *Ces opérations ne conduisent pas toujours et nécessairement à des licenciements* » ⁽²⁵¹⁾. » Déjà décidé, également, que la restructuration qui était invoquée à l'appui d'un licenciement fondé sur les nécessités de l'entreprise n'était « *pas du tout justifiée* » et consistait en « *une décision de licencier précipitée* » vu, notamment, les bilans sociaux de l'entreprise et ses déclarations fiscales ⁽²⁵²⁾.

73. La bonne foi interdit également à l'employeur d'abuser de son droit de licencier. Ce sera bien souvent sous l'angle de l'abus de droit que sera critiqué le licenciement économique. À cette occasion, le juge pourra s'interroger sur les différents critères de l'abus du droit de licencier dégagés par la doctrine ⁽²⁵³⁾. Le critère général de l'abus de droit met l'accent sur le caractère *manifestement déraisonnable* du licenciement ⁽²⁵⁴⁾. En ne sanctionnant d'abusif que le licenciement manifestement déraisonnable, les motifs admissibles de licenciement (et en particulier les motifs économiques, vu le contrôle judiciaire marginal en la matière) sont exprimés de manière très large ⁽²⁵⁵⁾, rendant impossible la tâche consistant à distinguer les motifs économiques valables, que devra supporter le travailleur par le licenciement, et ceux contre lesquels la relation salariée le protège et avec lesquels l'employeur devra composer.

(247) M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Anvers, Intersentia, 2004, p. 119.

(248) *Ibid.*, p. 119.

(249) M. JOURDAN, « Le licenciement abusif de l'ouvrier, évolutions », *op. cit.*, p. 77.

(250) Voy. *supra* n° 69. L'exigence de « contrainte économique » française est davantage une contrainte argumentative.

(251) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 20 octobre 2003, *Chron. D.S.*, 2005, p. 354.

(252) C. trav. Bruxelles, 29 septembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 8.

(253) Pour un aperçu complet de ces critères, voy. V. VANNES et L. DEAR, *La rupture abusive du contrat de travail – Théorie et application*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, *op. cit.*, pp. 91 et s.

(254) Cass. (3^e ch.), 22 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 3 ; *N.J.W.*, 2010, p. 832 ; *Ors*, 2011, p. 23 ; *Pas.*, 2010, p. 2995 ; *R.A.B.G.*, 2011, p. 177 ; *R.W.*, 2010-2011, p. 1729 ; *Chron. D.S.*, 2011, pp. 1-4 ; C. trav. Bruxelles (5^e ch.), 22 octobre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 182.

(255) P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *Ors.*, 2014, liv. 4, p. 8, n° 17.

Les critères spécifiques de l'abus de droit sont, en revanche, davantage mobilisables. En particulier, le critère de l'exercice du droit en dehors de sa finalité⁽²⁵⁶⁾ permet de mieux cerner les motifs à même de justifier légitimement un licenciement économique. Le critère de la finalité signifie que le droit ne peut pas être utilisé pour d'autres raisons que celles que la loi lui assigne. Si le droit de licencier est assurément un « droit-fonction⁽²⁵⁷⁾ », quelle est la fonction du licenciement économique ? Elle nous semble être celle de la sauvegarde de l'intérêt de l'entreprise. M. JOURDAN indique, à cet égard, que, « *dans l'esprit du législateur, le droit de licenciement n'a été reconnu à l'employeur que dans l'intérêt de l'entreprise, de telle manière que lorsqu'il est exercé à une autre fin, et notamment dans le seul intérêt de cet employeur, il est entaché d'abus* »⁽²⁵⁸⁾. Cette fonction découle d'ailleurs directement de la bonne foi, laquelle apporte un équilibre dans la tension liée au lien de subordination⁽²⁵⁹⁾ : l'intérêt de l'entreprise, parce qu'il ménage un équilibre entre les intérêts divergents de l'employeur et du travailleur, est l'expression de la solidarité la plus fondamentale dans le contrat de travail⁽²⁶⁰⁾.

2. L'intérêt de l'entreprise et sa conception communautaire

74. Le critère à l'aune duquel la justification du licenciement économique doit s'analyser est, selon nous, celui de l'intérêt de l'entreprise⁽²⁶¹⁾. Considérer que le licenciement économique doit servir l'intérêt de l'« *entreprise – communauté de travail* » ne nous semble pas prendre un parti idéologique, dans la mesure où cet intérêt dépasse les intérêts personnels des travailleurs et de l'employeur (sinon les rassemble)⁽²⁶²⁾. Il ne s'agirait pas, pour le juriste et en particulier pour le juge, de porter un jugement sur cet intérêt commun, mais plutôt d'observer si la mesure ressort de cet intérêt commun (ou en tout cas d'observer objectivement s'il est menacé)⁽²⁶³⁾. Cela permettrait au juge de s'écarter de l'insoluble (et interdite) question de l'opportunité du licenciement.

75. Accoler l'adjectif « économiques » aux raisons du licenciement, c'est se référer à la vie de l'entreprise : « *Est économique ce qui touche à l'entreprise, à son activité, à son environnement, ou encore à son fonctionnement* »⁽²⁶⁴⁾. L'argument est avant tout

(256) Sur ce critère et son application en jurisprudence, voy. D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, op. cit., pp. 153 et s. ; V. VANNES et L. DEAR, op. cit., pp. 446-448.

(257) S. GILSON, « L'absence de motivation formelle... (2) », op. cit., p. 2 (« *Le droit de licencier est un droit-fonction qui doit être exercé dans un but.* »).

(258) M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture », *Guide social permanent*, Partie I, Livre I, Titre V, Chapitre III, supplément du 31 janvier 2005, p. 274 ; V. VANNES et L. DEAR, op. cit., p. 446.

(259) D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, op. cit., p. 104.

(260) *Ibid.*, p. 104. La bonne foi exige qu'aucun intérêt purement personnel ne soit recherché à l'occasion du licenciement, car elle fait exprimer au contrat de travail une certaine dimension collective.

(261) L'intérêt de l'entreprise est, au demeurant, une raison valable de licenciement, qui tient en échec la qualification de licenciement abusif (D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, op. cit., p. 153).

(262) L'idée d'insérer, dans la loi sur les contrats de travail, une disposition indiquant que les raisons valables de licenciement sont appréciées par le juge en tenant compte des intérêts de chaque partie, a déjà été proposée par D. CUYPERS. Voy. D. CUYPERS, « Inhoudelijke aspecten van behoorlijk ontslag », in *Passende arbeid & behoorlijk ontslag. Travail convenable & licenciement équitable*, Brugge, die Keure, 2007, p. 170.

(263) F. DORSSEMONT, « De onderneming : arbeidsgemeenschap of rechtsorde ? », op. cit., p. 1389, n° 130.

(264) T. SACHS, op. cit., p. 63, n° 96.

textuel, car la formule privilégiée pour qualifier le licenciement économique est celui « fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ». Telle est la formulation reprise par la loi du 3 juillet 1978, la C.C.T. n° 109, la Convention n° 158 de l'O.I.T. et la Charte sociale européenne révisée ⁽²⁶⁵⁾.

L'entreprise, dont les nécessités de fonctionnement sont visées, désigne davantage la communauté regroupant l'employeur et les travailleurs qui la composent et participent ensemble à son aventure économique ⁽²⁶⁶⁾, qu'une assimilation à l'employeur. Cette confusion entre l'entreprise et le seul employeur serait malheureuse ; elle n'est que théorique. Lorsque l'employeur est une société commerciale, il est en effet fréquent que la personne ayant donné le congé soit aussi un travailleur salarié qui n'est pas plus « chez lui » que le travailleur congédié ⁽²⁶⁷⁾. La cour du travail de Bruxelles a déjà jugé que « *la notion 'nécessités de fonctionnement de l'entreprise' ne se confond pas (...) avec l'intérêt ou les bénéfices de l'exploitant de l'entreprise* » ⁽²⁶⁸⁾. Pour la Cour de cassation, l'intérêt de l'entreprise n'est pas nécessairement différent de celui de l'employeur ⁽²⁶⁹⁾.

76. L'entreprise fait référence à des liens d'organisation durables auxquels les facteurs travail et capital participent ⁽²⁷⁰⁾, et à une communauté au sein de laquelle la stabilité d'emploi est une valeur fondamentale à prendre en compte ⁽²⁷¹⁾. Cette conception communautaire de l'entreprise ne suppose pas un renforcement des liens personnels entre l'employeur et les travailleurs, mais plutôt des liens fonctionnels (ou institutionnels) ⁽²⁷²⁾. Dans la matière du transfert conventionnel d'entreprise, la référence à une vision communautaire de l'entreprise nous paraît évidente : le fait que le cessionnaire soit obligé de reprendre le personnel du cédant affecté à l'activité cédée

(265) Pour Ch.-E. CLESSE, à propos de la loi du 3 juillet 1978, ces concepts d'entreprise, d'établissement ou de service sont assimilables à la notion d'unité technique d'exploitation, de division, ou encore de département de l'entreprise. L'établissement désignerait une entité plus petite que l'entreprise, comme une division, un siège, ou une succursale. Le service, quant à lui, désigne une entité plus restreinte que l'établissement (Ch.-E. CLESSE, *op. cit.*, p. 53). Notons également que l'O.I.T. donne, dans le rapport de la 67^e session de la Conférence internationale sur le travail, comme exemples de motifs valables « fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise » des éléments ressortissant indubitablement à l'entreprise. Sont cités, notamment, un affaiblissement de la position concurrentielle de l'entreprise, ou encore un moindre besoin de personnel consécutif aux évolutions organisationnelles, structurelles ou techniques liées aux procédés de production (C.I.T., 67^e session, 1981, rapport VIII(1), p. 70). Voy. à cet égard W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt. Naar een modernisering van het Belgische ontslagrecht*, Brugge, die Keure, 2012, p. 549.

(266) T. SACHS, *op. cit.*, p. 63.

(267) P. P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 23.

(268) C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 21 juin 2010, *Chron. D.S.*, 2013, p. 177.

(269) Cass., 2 octobre 1989, *Arr. Cass.*, 1989-1990, p. 152 ; *J.T.T.*, 1990, p. 8 ; *Pas.*, 1990, I, p. 133 ; *R.W.*, 1989-1990, p. 955. Ainsi, décide-t-elle qu'« *une diminution des charges financières de l'employeur pourrait avoir une répercussion avantageuse sur le fonctionnement de l'entreprise (...) ; le juge du fond peut (...) avoir égard aux charges financières, mêmes privées, de l'employeur, lesquelles peuvent avoir une répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise* ». Voy. D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurige ontslag*, *op. cit.*, p. 102.

(270) F. DORSSEMONT, « De onderneming : arbeidsgemeenschap of rechtsorde ? », *op. cit.*, p. 1397, n° 147.

(271) Ch.-E. CLESSE, *op. cit.*, p. 53, n° 115.

(272) F. DORSSEMONT, « De onderneming : arbeidsgemeenschap of rechtsorde ? », *op. cit.*, p. 1390, n° 132.



prouve qu'au lien personnel entre l'employeur et le travailleur, se substitue un lien « réel » ou « institutionnel » entre le travailleur et l'entreprise⁽²⁷³⁾.

77. Pour le surplus, se référer à l'intérêt de l'entreprise pour étudier la légitimité d'un motif économique nous semble fidèle à la tendance qui accorde davantage d'attention aux *stakeholders* dans l'entreprise, lesquels regroupent tous ceux qui détiennent des enjeux dans l'entreprise⁽²⁷⁴⁾.

3. Les enseignements du *ius variandi*

78. Le pouvoir souverain de gestion de l'employeur est traditionnellement invoqué pour justifier le caractère marginal du contrôle judiciaire sur le licenciement économique. N'est-il pas aussi celui qui permet à l'employeur de moduler l'organisation de son entreprise pour tenter de conjurer (ou à tout le moins limiter) les difficultés économiques auxquelles il est confronté⁽²⁷⁵⁾ ? Cette conception trouve un écho dans le *ius variandi* de l'employeur, dont on dit qu'il est « son pouvoir d'agencer l'entreprise aux exigences économiques du monde du travail⁽²⁷⁶⁾ ». Le *ius variandi*⁽²⁷⁷⁾ se définit comme le droit de l'employeur de modifier unilatéralement les éléments du contrat de travail qui sont considérés comme accessoires (par nature, ou par qualification contractuelle)⁽²⁷⁸⁾. En principe, le juge ne peut pas juger de l'opportunité des mesures prises dans le cadre du *ius variandi* : ce droit de gestion de l'employeur est, tant qu'il n'est pas abusif, souverain⁽²⁷⁹⁾. Ce droit de modification unilatérale est néanmoins strictement délimité : d'une part, il ne peut être appliqué qu'aux conditions de travail non expressément convenues et, d'autre part, « l'impossibilité de modifier unilatéralement

(273) *Ibid.*, p. 1390, n° 132.

(274) Y. DE CORDT, « Les *stakeholders* dans les codes de *corporate governance* », *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 64. Y. DE CORDT cite, entre autres « détenteurs d'enjeux », les investisseurs, les travailleurs, les consommateurs, les fournisseurs de biens et de capitaux, la communauté locale, nationale ou globale octroyant des licences d'exploitation, le gouvernement, les organisations professionnelles, les médias, les groupes de pression, ... Voy. aussi P. P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 22.

(275) T. PASQUIER, *op. cit.*, p. 329, n° 269. L'auteur indique, par exemple, que « la baisse du chiffre d'affaires, avant de devenir une difficulté économique grave justifiant un licenciement, peut être supportée par l'entreprise car l'employeur, investi d'un pouvoir de gestion, peut moduler son organisation pour faire face à ces variations de l'activité ».

(276) L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture du contrat de travail », in *Le droit du travail dans tous les secteurs* (sous la dir. de M. DUMONT), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, p. 162. Voy. C. trav. Liège (8^e ch.), 4 mars 2004, R.G. n° 31.262/2002, inéd. ; C. trav. Liège (8^e ch.), 20 novembre 2003, R.G. n° 30.595/02, inéd.

(277) Sur cette terminologie, voy. P. HUMBLET, « *Ius dominandi* of *ius variandi* : what's in a name ? », *R.W.*, 1994-1995, pp. 241-247 ; P. HUMBLET, « *Ius variandi* : een belgicisme ? », in *Onvoorziene omstandigheden, verstoring en herstel van contractueel evenwicht. Algemene beschouwingen en beschouwingen op deelterreinen van het privaatrecht*, Anvers, Maklu, 2013, pp. 173-185 ; S. GILSON et S. PALATE, « Le *ius variandi* de l'employeur en cas de réorganisation de l'entreprise », in *Les restructurations en droit social. Questions spéciales – Capita selecta*, Actes du colloque organisé le 24 février 2012 à la Faculté de droit de l'UCL par l'Atelier de droit social, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 115 ; A. DE SCHOUTHEETE, « Le *ius variandi* et ses limites », in *La modification unilatérale du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 47 et s.

(278) L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », in *Le droit du travail dans tous les secteurs* (sous la dir. de M. DUMONT), Liège, Anthémis, 2008, p. 163.

(279) P. HUMBLET, « De disciplinaire mutatie », note sous C. trav. Gand (8^e ch.), 3 février 1995, *R.W.*, 1995-1996, t. II, p. 1420.

les conditions de travail expressément convenues est également valable pour les modifications non importantes et les modifications d'éléments accessoires du contrat⁽²⁸⁰⁾ ».

79. Le *ius variandi* pourrait être utile à notre propos sur le licenciement économique, car une limite fonctionnelle lui est également imposée : celle du respect de l'intérêt de l'entreprise⁽²⁸¹⁾. À cet égard, le *ius variandi* procède de la même logique que celle du licenciement économique : le *ius variandi* de l'employeur « *n'existe que pour autant qu'il soit exercé dans l'intérêt de l'entreprise et, donc, indirectement, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs* »⁽²⁸²⁾. Si licenciement économique il y a eu (et donc, par hypothèse, si l'intérêt de l'entreprise était menacé), l'usage par l'employeur de son *ius variandi* aurait été, à tout le moins en ce qui concerne la condition de finalité du *ius variandi* (servir l'intérêt de l'entreprise), licite. De là à dire que les contours du *ius variandi* de l'employeur dessinent ceux du licenciement économique, et que lorsque le premier est illicite le second devient légitime, il y a un pas que l'on ne peut franchir⁽²⁸³⁾. Cependant, le juge pourrait s'interroger, lorsque des difficultés économiques sont avancées par l'employeur, sur la possibilité qui existait pour lui d'y faire face d'une manière moins « radicale » que *via* le licenciement, en faisant usage de son droit de modification unilatérale.

80. Envisager d'abord les vertus du *ius variandi* pour conjurer des difficultés économiques permettrait, sinon d'éviter la rupture, de la justifier plus aisément. Les nécessités économiques de l'entreprise apparaissent d'ailleurs « *comme un élément modérateur de l'appréciation du caractère important de la modification d'une ou des conditions de travail* »⁽²⁸⁴⁾. Ainsi, la Cour de cassation ne censure-t-elle pas l'arrêt⁽²⁸⁵⁾ qui considère qu'un travailleur n'est pas victime d'un acte équipollent à rupture dès lors que, dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise répondant à des impératifs économiques, une nouvelle fonction lui a été attribuée (laquelle « *n'impliquait pour lui aucune dévalorisation ni aucune rétrogradation* »⁽²⁸⁶⁾). Preuve encore d'une certaine flexibilité autorisée en cas de difficultés économiques, le jugement selon lequel « *un employé – chef de maison – peut, vu les circonstances économiques actuelles, être temporairement chargé d'un travail manuel. Une telle situation ne contient pas nécessairement une modification des conditions essentielles du contrat de travail* »⁽²⁸⁷⁾. De même, en cas de fermeture d'une filiale, « *la rétrogradation de fonction n'est pas réputée constituer un défaut de prestation grave et fautif dans le chef de l'employeur* »⁽²⁸⁸⁾.

81. Néanmoins, voir dans le *ius variandi* une soupape qui devrait être actionnée avant un licenciement économique serait surestimer ses vertus, le périmètre dans le-

(280) C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 18 décembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 195.

(281) L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *op. cit.*, p. 163, n° 6.

(282) *Ibid.*, p. 163.

(283) Pour que la modification des conditions de travail soit constitutive de rupture (plus précisément d'« acte équipollent à rupture »), la méconnaissance des obligations contractuelles des parties doit être telle qu'elle ne peut manifester que la volonté de rompre le contrat, ce qui n'est pas nécessairement le cas de l'usage du *ius variandi* pour sauvegarder l'intérêt de l'entreprise. Voy. L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *op. cit.*, p. 166, n° 9.

(284) S. GILSON et S. PALATE, *op. cit.*, p. 125.

(285) C. trav. Mons, 26 juin 2009, inéd.

(286) Cass. (3^e ch.), 11 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2557; *Chron. D.S.*, 2011, p. 434.

(287) Trib. trav. Gand, 13 janvier 1992, *T.G.R.*, 1993, p. 81. Voy. S. GILSON et S. PALATE, *op. cit.*, p. 125.

(288) C. trav. Anvers, 21 janvier 1994, *R.W.*, 1003-1994, p. 1367. Voy. S. GILSON et S. PALATE, *op. cit.*, p. 126.

quel le *ius variandi* peut s'exercer étant (trop) étroit. Si indispensables les nécessités de gestion ou de rationalisation de l'entreprise soient-elles, elles ne dispensent pas l'employeur de respecter les conditions essentielles (ou essentialisées) des contrats individuels ⁽²⁸⁹⁾.

En outre, et plus fondamentalement, la mise en perspective du licenciement économique et du *ius variandi* est contrariée par le fait que ces remèdes plus ou moins radicaux aux difficultés économiques sont ancrés dans des logiques trop différentes. Alors que le contrôle du licenciement économique ne s'envisage que, selon nous, dans une logique institutionnelle (rencontrait-il les nécessités de l'entreprise ?), le contrôle du respect des limites du droit de modification unilatérale est un exercice fondamentalement « contractuel » ⁽²⁹⁰⁾. La référence n'est plus l'entreprise et son fonctionnement, mais uniquement le contrat de travail : le critère de l'usage (il)licite du *ius variandi* est le caractère accessoire ou essentiel de l'élément modifié ⁽²⁹¹⁾. L'on remarque avec F. DORSSEMONT qu'il n'a jamais été question de substituer à la technique contractuelle des concepts « institutionnels » pour étudier la question du *ius variandi* ⁽²⁹²⁾. Il est donc malaisé de déterminer la régularité de ces mesures l'une par rapport à l'autre. Néanmoins, cette frustration ne concerne que les situations dans lesquelles l'employeur décide de modifier *unilatéralement* les conditions de travail ⁽²⁹³⁾.

C. Pistes de lege ferenda pour faciliter la compréhension des motifs économiques

1. Imposer une motivation formelle du licenciement

a. La situation actuelle

82. Dans l'état actuel du droit belge, récemment enrichi par la C.C.T. n° 109 ⁽²⁹⁴⁾, seule une motivation substantielle du congé est requise : la motivation (économique) doit *exister* lors du licenciement économique. Cependant, elle ne doit pas être établie en temps réel, lors de la remise du congé, mais bien *ex post*, si le travailleur conteste son licenciement en justice ⁽²⁹⁵⁾, ou – s'il peut se prévaloir de la C.C.T. n° 109 ⁽²⁹⁶⁾ – si le travailleur demande à connaître les motifs concrets de son licenciement, par lettre recommandée adressée à son employeur dans les deux mois de la rupture du contrat de travail ⁽²⁹⁷⁾.

(289) L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *op. cit.*, p. 164.

(290) F. DORSSEMONT, « De onderneming : arbeidsgemeenschap of rechtsorde ? », *op. cit.*, p. 1395, n° 141.

(291) L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », *op. cit.*, p. 164.

(292) F. DORSSEMONT, « De onderneming : arbeidsgemeenschap of rechtsorde ? », *op. cit.*, p. 1395, n° 142.

(293) *Ibid.*, p. 1395, n° 143.

(294) C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 conclue au sein du Conseil national du travail, concernant la motivation du licenciement, rendue obligatoire par l'A.R. du 9 mars 2014, *M.B.*, 20 mars 2014, p. 22613. Voy. *supra* n°s 8 et 9.

(295) A. GIELEN, M. SIMON, B. VANSCHOEBEKE et A. WITTERS, *Kroniek ontslagrecht – Overzicht van rechtspraak 2006-2010*, Gand, Larcier, 2011, p. 303, n° 279.

(296) Voy. l'art. 2 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée, lequel définit son champ d'application.

(297) Art. 4 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

Les régimes des licenciements économiques étudiés, hormis celui des représentants du personnel dans l'entreprise, ne sont que des renforcements de l'obligation de motivation substantielle qui se traduisent tantôt par une limitation des motifs admissibles, tantôt par un renversement de la charge de la preuve ⁽²⁹⁸⁾.

83. La motivation formelle du congé, quant à elle, « renvoie à sa légalité externe : c'est le fait de mentionner les motifs dans la décision elle-même ⁽²⁹⁹⁾ ». À l'exception du congé pour motif grave, rien n'impose, en droit belge, que le congé soit motivé formellement ⁽³⁰⁰⁾. Plusieurs éléments remettent néanmoins en question ce principe ⁽³⁰¹⁾. Notons que le droit français, à l'inverse du droit belge, impose que tous les licenciements soient notifiés par lettre recommandée, laquelle doit énoncer les motifs du licenciement ⁽³⁰²⁾.

84. La C.C.T. n° 109 n'instaure pas d'obligation de motivation formelle ⁽³⁰³⁾. D'une part, elle prévoit le droit pour le travailleur de connaître les motifs de son licenciement et règle les modalités de l'exercice de ce droit (demande à formuler par lettre recommandée dans un délai de deux mois après la rupture du contrat de travail) ⁽³⁰⁴⁾; d'autre part, elle sanctionne par une amende civile forfaitaire, correspondant à deux semaines de rémunération, l'employeur qui n'a pas communiqué au travailleur qui lui en avait fait la demande, les motifs concrets du licenciement dans les deux mois à dater de la réception de la lettre recommandée du travailleur ⁽³⁰⁵⁾. Ainsi, la C.C.T. n° 109 pose

(298) S. GILSON, « L'absence de motivation formelle... (1) », *op. cit.*, p. 11. L'auteur se réfère à l'art. 40 de la loi du 16 mars 1976 concernant la protection de la maternité.

(299) C. DE SMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *J.T.T.*, 2013, p. 341. Voy. aussi S. GILSON, « L'absence de motivation formelle... (1) », *op. cit.*, p. 10.

(300) C. DE SMET, *op. cit.*, p. 340 ; C. BROUCKE et B. PATERNOSTRE, « Les protections contre le licenciement : essai de synthèse », *Ors.*, 2005, n° 5, p. 1 ; F. ROBERT, « Discrimination – Licenciement et motivation », *J.T.T.*, 2003, p. 346 ; S. GILSON, « L'absence de motivation formelle... (1) », *op. cit.*, p. 9 ; G. MEERSSCHAERT, « Motivering van ontslag », *Or.*, 1993, p. 170 ; P. P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 11 ; I. VANDEN POEL, « Motivering van het ontslag van een contractant in overheidsdienst : een bres in het Belgische ontslagrecht ? », *T.S.R.*, 2011, n° 2, p. 112.

(301) P. P. VAN GEHUCHTEN cite des évolutions tenant au droit positif belge (par exemple, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ainsi que les obligations de motivation formelle instituées dans les régimes contractuels de certains « parastatutaires »), à la jurisprudence de la C.J.U.E. dans le cadre des directives « discrimination », à une lecture nouvelle des droits fondamentaux, à une certaine conception de la bonne gouvernance des firmes, ou encore au renforcement de l'exigence de motivation substantielle du licenciement. Voy. P. P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 12.

(302) Art. L1232 C. trav. fr., qui dispose que « lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur ». Voy. P. CHAUMETTE, *op. cit.*, p. 45.

(303) M.-L. WANTIEZ et G. LEMAIRE, *op. cit.*, p. 266.

(304) Art. 4 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée. Notons qu'en cas de licenciement moyennant un délai de préavis, la demande du travailleur doit être adressée 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 (art. 4, al. 2 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée).

(305) Art. 7, § 1^{er} de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée. La notion d'« amende civile » indique son caractère non indemnitaire. Cette amende ne doit pas être considérée comme de la rémunération. Elle ne donne pas lieu au paiement de cotisations de sécurité sociale et sa perception est cumulable avec les allocations de chômage. Voy. P. CRAHAY, *op. cit.*, p. 7, n° 15 ; G. DEVILLE et P. GEEREBAERT, *op. cit.*, p. 132.

comme principe, pour le moins paradoxal, que la motivation du licenciement est un droit pour le travailleur, mais pas un devoir pour l'employeur⁽³⁰⁶⁾...

Quels obstacles ont effrayé les partenaires sociaux pour que le pas d'une motivation formelle ne soit pas franchi ? L'on rappelle qu'il s'agit seulement d'entourer le congé d'un formalisme, c'est-à-dire d'« *affiner les modalités d'exécution de ce pouvoir* »⁽³⁰⁷⁾, d'assigner « *un cadre à son exercice* »⁽³⁰⁸⁾, sans porter atteinte au pouvoir de rupture⁽³⁰⁹⁾. Imposer que le congé soit motivé *formellement* en référence aux nécessités économiques de l'entreprise équivaut à demander à l'employeur de s'expliquer au moment du congé plutôt qu'*a posteriori*, ce qu'il doit déjà être en mesure de faire.

85. Le reproche le plus important que l'on adresse à cette convention collective est qu'elle clôt la question de la motivation du licenciement qu'elle n'a pourtant pas réglée... et qu'elle a, dans la foulée, affaiblie. En effet, force est de constater que la C.C.T. n° 109 restreint le contrôle du caractère déraisonnable du licenciement. Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2010, dans le cadre de l'article 63 de la loi sur les contrats de travail, outre le lien avec la conduite ou l'aptitude de l'ouvrier ou, *mutatis mutandis*, avec les nécessités de l'entreprise, le licenciement devait reposer sur un motif légitime pour ne pas être abusif, et c'était à l'employeur de le démontrer. Cette avancée est sapée par la C.C.T. n° 109 qui est « *nettement plus restrictive, puisqu'elle ajoute une condition* [licenciement qui n'aurait *jamaï*s été décidé par un employeur normal et raisonnable] *et qu'elle instaure un nouveau régime de preuve* »⁽³¹⁰⁾. En pratique, désormais, l'on peut se demander quels sont les licenciements que n'aurait *jamaï*s pris un employeur normal et raisonnable. Envisageons le licenciement d'un ouvrier présentant une certaine ancienneté dans une société en bonne santé financière. La réduction de coût qu'il implique forcément le rend conforme au sens de la C.C.T. n° 109, la société fût-elle en bonne santé financière, le licenciement fût-il discutable, ou un nouveau travailleur fût-il engagé peu après pour les mêmes fonctions⁽³¹¹⁾. Comment prétendre, en effet, qu'un employeur raisonnable n'aurait *jamaï*s décidé le licenciement⁽³¹²⁾ ? Il aurait pu être plus aisément démontré que l'exigence d'un motif légitime imposée par la Cour de cassation en 2010 au sujet de l'article 63 de la loi sur les contrats de travail n'était pas satisfaite⁽³¹³⁾.

(306) D. DEJONGHE et K. DECRUYENAERE, « Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De CAO n° 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht », *Or.*, 2014, liv. 4, p. 98 : « *Ontslagmotivering is een recht van de werknemer, geen plicht van de werkgever* ».

(307) S. GILSON, « L'absence de motivation formelle... (2) », *op. cit.*, p. 2.

(308) P. P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 23.

(309) F. ROBERT, « Licenciement et motivation ou un argumentaire en faveur de la motivation », *Cah. Jur.*, 2004, p. 123.

(310) M.-L. WANTIEZ et G. LEMAIRE, *op. cit.*, p. 267.

(311) *Ibid.*, p. 267.

(312) En effet, « *si la présence de motifs 'manifestement déraisonnables' lorsque ceux-ci se fondent sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise est théoriquement possible, ce cas de figure est, dans la pratique, rarement rencontré* » (L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014 », *J.T.*, 2014, p. 387).

(313) M.-L. WANTIEZ et G. LEMAIRE, *op. cit.*, p. 267.

b. *L'intérêt d'une obligation de motivation économique formelle*

86. La garantie la plus sérieuse de la véracité d'une justification économique d'un licenciement pourrait résider dans l'obligation de sa motivation formelle. La quête du juge étant de cerner les motivations initiales du licenciement ⁽³¹⁴⁾, l'obligation de motivation formelle du licenciement éliminerait bien des difficultés. Le problème de l'absence de motivation formelle gît dans le fait que, parce que contrôlée *ex post*, la motivation sera elle-même établie *ex post* et « *constituera donc, le plus souvent, une justification reconstructive commandée, quant à son contenu, par les termes de l'action introduite et les éléments de preuve allégués par la partie demanderesse. Pour exprimer la même idée en d'autres termes, la motivation substantielle produite ex post dans le cadre d'un contrôle juridictionnel devra sans doute plus aux exigences stratégiques du débat judiciaire qu'aux contraintes et appréciations ayant déterminé la décision lorsque celle-ci a été prise* ⁽³¹⁵⁾ ».

87. Instaurer une obligation de motivation formelle n'est néanmoins pas une solution « miracle ». D'une part, certains esprits ont pointé les effets pervers que pourrait entraîner une obligation de motivation formelle ⁽³¹⁶⁾. D'autre part, instaurer une obligation de motivation formelle du licenciement ne résout pas tous les problèmes : en effet, « *il faut mais il suffit qu'un motif figure, fut-il erroné. L'employeur pourra donc faire figurer n'importe quel motif plausible et, même à supposer que le travailleur apporte la preuve de sa fausseté, le licenciement n'en deviendrait pas pour autant abusif* ⁽³¹⁷⁾ ». La motivation formelle du congé n'offre pas toutes les solutions au contrôle des motifs économiques d'un licenciement. C'est surtout un renforcement des pouvoirs de vérification des motifs invoqués par l'employeur qui est à même d'honorer le droit à une motivation « valable » du licenciement économique ⁽³¹⁸⁾.

(314) F. OST, « Entre jeu et providence, le juge des relations économiques », in *Les magistratures économiques et la crise* (sous la dir. de A. JACQUEMIN et B. REMICHE), Bruxelles, CRISP, 1984, p. 86 : « *L'instruction du procès et le déroulement des débats doivent conduire plutôt à l'établissement de vérités objectives qu'à l'expression de positions et valeurs antagonistes* ».

(315) P. P. VAN GEHUCHTEN, « La motivation du congé : état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 24. Avec d'autres mots, A. DE THEUX indique que, « *vu sa maîtrise sur l'organisation de l'entreprise, tout patron un tant soit peu avisé n'éprouvera pas de difficulté à invoquer un motif valable plausible de renvoi – camouflant, au besoin, des mobiles purement personnels – et à se préconstituer les éléments de preuve de nature à convaincre le salarié ou, dans la négative, le juge de la légitimité de sa décision* ». Voy. A. DE THEUX, « Les intérêts divergents des parties au contrat de travail transcendés et arbitrés par l'intérêt de l'entreprise », in *Droit et intérêt*, vol. 3 (sous la dir. de Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, F.U.S.L., 1990, p. 312.

(316) Une motivation « négative » retentirait sur le droit au chômage (C. DE SMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *J.T.T.*, 2013, p. 341) et le recours à l'écrit et à la constitution de dossiers qu'elle implique tenterait les nouveaux employeurs potentiels d'interpeller les travailleurs sur les motifs de leur licenciement (L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, *op. cit.*, p. 389, n^{os} 58-59). Ces considérations n'emportent pas notre conviction. En effet, une obligation de motivation formelle aurait surtout l'avantage d'inciter les employeurs à « *davantage réfléchir aux raisons d'une éventuelle décision de rupture en favorisant, peut-être, des solutions alternatives à une telle mesure* » (L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, *op. cit.*, p. 389) ; C. DE SMET, *op. cit.*, p. 341, n^o 5.

(317) S. GILSON, « L'absence de motivation formelle... (2) », *op. cit.*, p. 5.

(318) *Ibid.*, p. 5 : « *Ce serait là, selon nous, que la véritable révolution pourrait avoir lieu.* »

c. Une obligation internationale ?

88. Les instruments de droit international relatifs à l'obligation de motivation du congé n'imposent pas d'obligation de motivation formelle ⁽³¹⁹⁾. Ils visent « à accorder aux travailleurs le droit de ne pas être licenciés sans un motif valable et de se défendre à l'égard du motif invoqué » ⁽³²⁰⁾. Néanmoins, c'est peut-être dans la jurisprudence strasbourgeoise ou luxembourgeoise que le pas d'une obligation de motivation formelle du congé pourrait être franchi. La Cour de Strasbourg, dans un arrêt *K.M.C. c. Hongrie* du 10 juillet 2012, donne à penser qu'en plus d'une motivation substantielle, une motivation formelle est nécessaire pour garantir le droit au procès équitable. La Cour du Luxembourg, quant à elle, a été récemment interrogée par voie préjudicielle sur la question de savoir si l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient une obligation de motivation formelle.

89. En ce qui concerne l'article 6 de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'arrêt *K.M.C. c. Hongrie*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, conclut à la violation du droit d'accès à un tribunal d'une fonctionnaire hongroise licenciée sans motivation. Au terme de cet arrêt, la Cour décide que, « dès lors que l'employeur n'avait pas l'obligation de motiver ce licenciement, (...) il est inconcevable pour la requérante d'intenter une action effective, à défaut de connaître la position de l'employeur mis en cause » pour conclure, sous la présidence de la juge belge et à l'unanimité (!), que, « dans des litiges relatifs à des droits civils comme dans le cas présent, un tel recours limité ne peut être considéré comme étant un recours judiciaire effectif au sens de l'article 6 §1^{er} ». Il nous semble qu'au-delà d'imposer une motivation du licenciement, cet arrêt est de nature à remettre en cause le principe de l'absence de motivation formelle du licenciement : en effet, la violation du droit au procès équitable de la requérante provient de ce qu'elle n'a pas connaissance des motifs de son licenciement *avant* d'intenter un procès. Est-ce à dire que les motifs doivent être communiqués *au moment du congé* ? Nous ne le pensons pas. La seule certitude est que la communication doit intervenir avant que le procès soit intenté ; l'explication intervenant pendant ce hiatus de temps nous paraît suffisante pour respecter cette jurisprudence. Notons que rien, dans l'arrêt *K.M.C.*, ne laisse penser que le raisonnement de la Cour ne vaudrait que pour le secteur public ⁽³²¹⁾.

La C.C.T. n° 109 ne nous semble pas satisfaire aux exigences de cette jurisprudence : si le travailleur peut demander à son employeur les motifs de son congé (ce qu'il a, au demeurant, toujours pu faire) et que l'employeur est en principe tenu de les lui communiquer dans les deux mois de la réception de la demande, il reste que ce dernier pourrait y répondre de manière trop laconique, voire ne pas y répondre. Le travailleur serait alors tout autant privé de son droit d'accès au tribunal... Seule consolation : l'amende civile de deux semaines de rémunération que l'employeur sera condamné

(319) Art. 4 de la Convention n° 158 de l'O.I.T. sur la cessation de la relation de travail, adoptée à Genève le 22 juin 1982 ; art. 24 de la Charte sociale européenne révisée adoptée à Strasbourg le 3 mai 1996 ; art. 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, *J.O.*, 18 décembre 2000, p. C364-1.

(320) S. GILSON, « L'absence de motivation formelle... (2) », *Ors.*, 2006, liv. 5, p. 2.

(321) C'est uniquement dans le cadre de l'exposé des faits qu'il est indiqué qu'il s'agit d'une fonctionnaire. Voy. C. DE SMET, *op. cit.*, p. 338 ; G. DEVILLE et P. GEEREBAERT, *op. cit.*, p. 126.

à lui verser ⁽³²²⁾ ! Dans l'hypothèse où les motifs du licenciement ne sont pas communiqués au travailleur, d'autres sanctions que cette amende civile auraient pu mieux rencontrer l'exigence « K.M.C. » selon laquelle le travailleur doit pouvoir évaluer l'opportunité de contester son licenciement ⁽³²³⁾.

90. L'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce que « *tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales* ». Si l'effet direct horizontal ne lui est pas reconnu, faute d'être suffisamment clair, précis et inconditionnel ⁽³²⁴⁾, il reste que la Charte des droits fondamentaux est dotée de la même valeur juridique qu'un traité ⁽³²⁵⁾, impliquant une obligation d'interprétation conforme, ce qui signifie que « *le juge interne devrait interpréter toute disposition du droit belge en conformité avec l'article 30* » ⁽³²⁶⁾. La norme de droit belge à interpréter conformément à l'article 30 de la Charte est la C.C.T. n° 109. Mais quelle serait la norme applicable aux travailleurs exclus ou non visés par cette convention dès lors qu'aucun texte, en droit belge, ne formalise la non-motivation du congé ⁽³²⁷⁾ ?

Cet article a fait l'objet de récentes questions préjudicielles par des juridictions hongroises : sur la portée de la phrase « *conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales* » ⁽³²⁸⁾ » et sur la question de savoir s'il impose une obligation de motivation *formelle* du licenciement. Cette dernière question préjudicielle intervient alors que des fonctionnaires hongrois contestent leur licenciement pour en faire constater l'illégalité, faute d'avoir été motivé. La juridiction hongroise, estimant qu'« *il résulterait d'une lecture combinée des articles 30 et 51 de la Charte que cet article 30 produit des effets directs du point de vue de son applicabilité* », posa plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne : « *L'article 30 de la Charte peut-il être interprété en ce sens qu'il vise uniquement à garantir l'existence d'un recours en cas de licenciement illégal et dépourvu de fondement ?* » ; « *Cette disposition signifie-t-elle que, lors du licenciement, l'employeur est tenu de communiquer par écrit au travailleur les motifs de celui-ci, sans quoi celui-ci peut se produire de manière injustifiée ?* » (nous soulignons) ; « *L'absence de communication des motifs entraîne-t-elle, à elle seule, l'illégalité de la mesure ou l'employeur peut-il indiquer les motifs ultérieurement, au cours d'une éventuelle procédure contentieuse ?* » (nous soulignons). Ces questions visent clairement à savoir si l'article 30 de la Charte exige une obligation de motiva-

(322) Art. 7, § 1 de la C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 précitée.

(323) L'on aurait pu instaurer une suspension du délai endéans lequel le travailleur peut introduire une action en licenciement manifestement déraisonnable tant que l'employeur ne lui a pas communiqué les motifs concrets de son licenciement, ou encore instaurer une dérogation à l'article 1017 du Code judiciaire qui mettrait à charge de l'employeur les dépens liés à une telle action s'il n'a pas répondu à la demande du travailleur de connaître les motifs concrets de son licenciement (à moins que l'action n'ait été intentée avant l'écoulement du délai de l'article 5 de la C.C.T. n° 109). Voy. G. DEVILLE et P. GEEREBAERT, *op. cit.*, p. 132.

(324) C. DE SMET, *op. cit.*, p. 339.

(325) Art. 6, § 1 TUE.

(326) C. DE SMET, *op. cit.*, p. 339.

(327) *Ibid.*, p. 339.

(328) La question préjudicielle fut posée par la Kuria (Hongrie), le 19 juin 2013. Par une ordonnance du 16 janvier 2014, la Cour de justice s'est déclarée manifestement incompétente puisque la situation juridique particulière ne relevait pas du droit de l'Union : C.J.U.E. (8^e ch.), 16 janvier 2014 (Weigl Ferenc c. Nemzeti Innovációs Hivatal), C-332/13, curia.europa.eu.

tion formelle du congé. Par une ordonnance du 10 octobre 2013 ⁽³²⁹⁾, la Cour se déclare incompétente pour y répondre, faute pour le droit hongrois de mettre en œuvre le droit de l'Union européenne ⁽³³⁰⁾.

d. *Une alternative a minima*

91. En droit belge, contrairement au droit français ⁽³³¹⁾, l'employeur interpellé sur les motifs du licenciement lors d'un éventuel procès peut toujours faire état « *de motifs concrets autres que ceux initialement communiqués au travailleur, à condition qu'il soit en mesure d'en rapporter la preuve* ⁽³³²⁾ ». Ainsi, fut-il jugé que « *l'inexactitude ou l'absence totale de motifs avérés ne rendent pas ipso facto le licenciement abusif* ⁽³³³⁾ », ou que « *le juge peut fonder sa décision suivant laquelle le licenciement n'est pas abusif, sur des éléments régulièrement produits que l'employeur n'a pas invoqués comme étant le motif, mais qui, selon le juge, ont néanmoins influencé sa décision* ⁽³³⁴⁾ ».

La C.C.T. n° 109 ne règle pas la question de savoir si l'employeur est tenu par les motifs qu'il indique dans la lettre de congé, ou s'il peut les modifier en cours de procédure ⁽³³⁵⁾. D'aucuns estiment que l'employeur peut invoquer en cours de procédure d'autres raisons que celles communiquées spontanément au travailleur ou à sa demande (à condition de prouver leur existence et leur caractère non manifestement abusif) ⁽³³⁶⁾. D'autres estiment, au contraire, qu'eu égard au but de la C.C.T. n° 109 (fournir au travailleur les motifs du licenciement pour lui permettre d'apprécier l'opportunité d'intenter un procès), l'employeur ne peut pas modifier ou compléter sa première motivation, car imposer un délai pour fournir la motivation n'a de sens que s'il ne peut être contourné ⁽³³⁷⁾.

92. À défaut d'obligation de motivation formelle du licenciement, une première mesure pourrait en tout cas faciliter la tâche du juge pour tenter d'approcher la vérité économique de la situation devant lui discutée : interdire les volte-face de l'employeur

(329) C.J.U.E. (8^e ch.), 10 octobre 2013 (Nagy c. Kormanyhivatal ; Boszormenyi, Galoczhi, Bay, Vanyai c. Hivatal), affaires jointes C-488/12, C-489/12, C-490/12, C-491/12 et C-526/12, curia.europa.eu.

(330) La Cour indique que les requérants « *n'établissent nullement que les procédures (...) porteraient sur une réglementation nationale mettant en œuvre le droit de l'Union, au sens de l'article 51, § 1, de la Charte* ». L'article 51, § 1 de la Charte dispose que « *les dispositions de celle-ci s'adressent aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ». Or, en l'espèce, les règles de droit qui s'imposaient au litige étaient purement nationales.

(331) En droit français, « *l'indication portée dans la lettre de licenciement fixe (...) les limites du litige. Les juges n'ont pas à examiner des griefs que l'employeur allègue en cours d'instance, alors que ceux-ci n'ont pas été mentionnés dans la lettre de licenciement (...). Si le juge doit s'en tenir au motif énoncé dans la lettre de licenciement, il n'est pas lié par la qualification donnée aux faits par l'employeur* » (P. CHAUMETTE, *op. cit.*, p. 47). Voy. Cass. soc. fr., 19 juin 1991, *Bull. civ.*, V, n° 310 ; Cass. soc. fr., 14 octobre 1993, *R.J.S.*, 1993, liv. 11, n° 1084.

(332) L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, *op. cit.*, p. 384, n° 26.

(333) Trib. trav. Bruxelles, 28 janvier 1986, *J.J.T.B.*, 1986, p. 258 ; Trib. trav. Gand, 7 décembre 1992, *T.G.R.*, 1993, p. 43 ; S. GILSON, « L'absence de motivation formelle... (1) », *op. cit.*, p. 16.

(334) Cass. (3^e ch.), 15 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1230 ; *J.T.T.*, 1989, p. 6. Voy. dans le même sens, Cass. (3^e ch.), 12 mai 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 314.

(335) L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, *op. cit.*, p. 384, n° 26 ; M.-L. WANTIEZ et G. LEMAIRE, *op. cit.*, p. 266.

(336) G. DEVILLE et P. GEERBAERT, *op. cit.*, p. 135.

(337) M.-L. WANTIEZ et G. LEMAIRE, *op. cit.*, p. 266.

dans ses explications. Cette solution peut venir de la jurisprudence. Les juridictions devraient en tout cas se montrer plus sévères lorsque l'employeur revient sur les mentions qu'il a inscrites dans le formulaire C4, lesquelles, dans l'état actuel de la jurisprudence, ne lient pas l'employeur⁽³³⁸⁾ ni ne rendent le licenciement *ipso facto* abusif si elles se révèlent fausses ou inexactes⁽³³⁹⁾. Vu l'incidence de ce formulaire dans la réglementation du chômage (matière d'ordre public)⁽³⁴⁰⁾, ces latitudes ne manquent pas de nous étonner⁽³⁴¹⁾.

93. Les volte-face de l'employeur ne sont cependant pas toujours traitées de la même manière⁽³⁴²⁾. Elles ne sont, selon une certaine jurisprudence, pas admises dans le contentieux des agents contractuels de la fonction publique. Pour ces agents, « à défaut d'avoir motivé la lettre de congé, l'employeur ne peut y remédier en cours d'instance »⁽³⁴³⁾. Avec J. JACQMAIN, nous saluons cette jurisprudence⁽³⁴⁴⁾. Un arrêt récent de la cour du travail de Mons a aussi refusé, parce que l'employeur était de droit public, d'admettre en cours d'instance une motivation du congé différente de celle invoquée dans la lettre de congé⁽³⁴⁵⁾. Notons néanmoins que la Cour de cassation a récemment

(338) C. trav. Bruxelles, 14 octobre 1991, *R.D.S.*, 1992, p. 60. Pour S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, le fait que l'employeur ne soit pas lié par les mentions inscrites dans le formulaire C4 est contestable : « *Le C4 ne devrait pas faire preuve contre le travailleur qui n'a pas participé à sa rédaction mais bien contre l'employeur.* » Voy. S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail », in *La preuve - Questions spéciales* (sous la dir. de F. KUTY et D. MOUGENOT), Liège, Anthémis, 2008, p. 255, n° 106.

(339) C. trav. Bruxelles, 13 novembre 1995, *R.W.*, 1997-1998, p. 781. Notons également que l'inexactitude de certaines mentions du formulaire C4 ne permet pas au juge d'exiger de l'employeur qu'il les modifie. Voy. C. trav. Liège (13^e ch.), 23 juin 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 346 ; C. trav. Mons (2^e ch.), 19 décembre 2008, *Chron. D.S.*, 2010, p. 373 ; C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 12 décembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 126 ; *contra* : Trib. trav. Liège (9^e ch.), 13 janvier 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 251.

(340) Le « motif précis du chômage » que doit renseigner l'employeur dans le formulaire C4 donne une indication sur le caractère involontaire de la privation de travail et de rémunération du chômeur, lequel constitue l'une des conditions d'octroi des allocations de chômage (art. 44 de l'A.R. du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, *M.B.*, 31 décembre 1991, p. 29888). L'influence de cette mention est toutefois relative. En effet, les mentions indiquées par l'employeur sur le certificat de chômage ne constituent qu'une présomption *iuris tantum* (Trib. trav. Tongres, 6 octobre 1998, *J.T.T.*, 1999, p. 205) et l'ONEm peut décider de mener une enquête plus précise sur la cause du licenciement, celle figurant sur le formulaire C4 ne reflétant que l'avis personnel de l'employeur (Trib. trav. Audenarde, 3 décembre 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 1271).

(341) De telles volte-face lors de la contestation en justice du licenciement devraient être interdites, surtout si elles révèlent que le motif indiqué sur le formulaire C4 était édulcoré dans le but de ne pas priver le travailleur d'allocations de chômage. Il s'agit là d'une fraude à l'assurance chômage consistant, par l'utilisation d'un faux, à indemniser un travailleur responsable de son chômage. Voy. S. GILSON, « L'absence de motivation formelle... (2) », *op. cit.*, p. 4.

(342) Lorsque l'employeur invoque un premier motif de licenciement, puis un second en cours de procédure, il fut déjà jugé que « la pertinence de ce dernier doit être examinée avec une particulière rigueur » (Trib. trav. Bruxelles, 20 décembre 1993, *J.T.T.*, 1995, p. 146 ; *Chron. D.S.*, 1996, p. 23).

(343) C. trav. Mons (1^{re} ch.), 23 novembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 163. Voy. aussi C. trav. Mons, 6 septembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 103 : « *L'employeur de droit public qui s'est abstenu de motiver adéquatement le congé d'un de ses travailleurs contractuels ne peut remédier à cette absence a posteriori.* » Voy. *contra* : C. trav. Liège, 14 juin 2010, *J.T.T.*, 2010, p. 442.

(344) J. JACQMAIN, « Attention, il mord : le contrat de travail dans les services publics », in *Les trente ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 47 ; J. JACQMAIN, « Le licenciement des travailleurs contractuels dans les services publics : avec ou sans motivation formelle ? », *Chron. D.S.*, 2007, p. 514.

(345) C. trav. Mons (1^{re} ch.), 23 novembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 163 : « *La juridiction saisie ne peut se limiter à l'examen de la réalité du motif effectivement invoqué dans la lettre de congé ou sur le formulaire de*



censuré un arrêt « *qui refuse d'apprécier le caractère abusif du licenciement [donné par une autorité administrative] à la lumière de tout élément étranger au motif donné dans la lettre de congé ou dans le formulaire C4* ⁽³⁴⁶⁾ ».

2. Exploiter la documentation économique de l'entreprise

94. Une manière d'aider le juge à évaluer si les motifs d'un licenciement économique sont réels et légitimes pourrait aussi consister en l'obligation pour l'employeur de justifier par une documentation pertinente les raisons économiques qu'il allègue. À cet égard, il est intéressant de comparer comment les juridictions du travail et les juridictions commerciales s'approprient et contrôlent certains concepts ⁽³⁴⁷⁾, comme celui d'« entreprise en difficulté ». Alors que le juge du travail est désarmé pour appréhender ce concept, le législateur prête main-forte au juge commercial pour lui permettre d'évaluer le caractère sérieux des difficultés économiques que rencontre une entreprise. Ainsi, la loi du 31 janvier 2009 qui vise à assurer la continuité d'une entreprise lorsqu'elle est en difficulté économique, dispose que, pour solliciter l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, le débiteur ⁽³⁴⁸⁾ doit soumettre au juge commercial un certain nombre de données : « *les deux derniers comptes annuels* ⁽³⁴⁹⁾ », « *une situation comptable de son actif et de son passif et un compte de résultat* ⁽³⁵⁰⁾ », « *une prévision d'encaissements* ⁽³⁵¹⁾ », « *une liste complète des créanciers sursitaires reconnus ou se prétendant tels* ⁽³⁵²⁾ », « *s'il est en mesure de les formuler, les mesures et propositions qu'il envisage pour rétablir la rentabilité et la solvabilité de son entreprise, pour mettre en œuvre un éventuel plan social et pour satisfaire les créanciers* ⁽³⁵³⁾ », ... Des présomptions légales sont même instaurées en la matière ⁽³⁵⁴⁾.

95. Toutes les pièces mentionnées ci-dessus sont nécessaires pour apprécier les raisons économiques qui doivent permettre une réorganisation judiciaire. Ne sont-elles pas tout autant indispensables pour apprécier ces mêmes raisons lorsqu'elles sous-tendent un licenciement, qui plus est contesté, car nous sommes, par hypothèse,

chômage. Mais cette possibilité n'est pas ouverte à l'employeur de droit public ayant licencié un travailleur sous contrat sans motiver formellement sa décision ni procéder préalablement à son audition. »

(346) Cass. (3^e ch.), 12 mai 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 314. Pour la Cour de cassation, il ne se déduit pas de la loi du 29 juillet 1991 « *que, le licenciement d'un ouvrier contractuel dût-il être motivé, cette autorité ne pourrait, en cas de contestation, faire la preuve, nonobstant l'éventuelle irrégularité du licenciement de ce chef, du caractère non abusif de celui-ci* ».

(347) Sur l'acception du concept d'« intérêt de l'entreprise » en droit commercial et en droit social, voy. P. P. VAN GEUCHTEN, « Intérêt de l'entreprise, expertise et contrôle juridictionnel », *Droit et société*, 1986, pp. 215-232.

(348) Qu'il s'agisse d'un commerçant ou d'une société civile ayant la personnalité juridique. Voy. art. 3 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009, p. 8436.

(349) Ou, s'il s'agit d'une personne physique, de déclarations à l'impôt des personnes physiques. Voy. art. 17, § 2, 4^e de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009, p. 8436.

(350) Art. 17, § 2, 5^e de la loi du 31 janvier 2009 précitée.

(351) Art. 17, § 2, 6^e de la loi du 31 janvier 2009 précitée.

(352) Art. 17, § 2, 7^e de la loi du 31 janvier 2009 précitée.

(353) Art. 17, § 2, 8^e de la loi du 31 janvier 2009 précitée.

(354) Voy. l'art. 23, al. 3 de la loi du 31 janvier 2009 précitée, qui dispose que « *lorsque le débiteur est une personne morale, la continuité de son entreprise est en tout cas présumée être menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social* ».

devant les tribunaux ? Le législateur social n'indique pas en fonction de quels critères ou de quelles données économiques le juge du travail doit apprécier les nécessités de l'entreprise invoquées devant lui. Le seul cas que nous avons relevé, dans le cadre de la loi sur les contrats de travail, où des balises sont offertes au juge, concerne la possibilité, pour l'employeur connaissant des difficultés économiques, de payer par mensualités les indemnités compensatoires de préavis ⁽³⁵⁵⁾. Un arrêté royal définit l'« *entreprise en difficulté ou connaissant des circonstances économiques exceptionnellement défavorables* » en se référant aux comptes annuels et à l'importance des pertes de l'entreprise, au rapport entre l'actif net et le capital social, à la réglementation sur les licenciements collectifs, au rapport entre le nombre de licenciements intervenus et l'importance du personnel, ou encore à un type de plan de restructuration ⁽³⁵⁶⁾. Ces documents étant révélateurs des difficultés économiques que peut rencontrer une entreprise, ils devraient selon nous être impérativement versés au débat judiciaire portant sur la justification économique d'un licenciement.

96. Enfin, tant qu'à comparer la situation du juge commercial et du juge social, rappelons que le législateur social et le pouvoir exécutif s'accordent à consacrer, en faveur des travailleurs, le droit d'accès à une information économique et financière bien plus complète que celle dont disposent les actionnaires : qu'il suffise de citer l'arrêté royal du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux Conseils d'entreprise ⁽³⁵⁷⁾. Comment comprendre la paresse des plaideurs à se saisir de ces balises propres au droit du travail pour les soumettre au juge social, qui ne devrait tout de même pas être plus maladroit que les conseillers d'entreprise ?

3. Impliquer les organes paritaires

a. Une expertise mobilisable

97. Vu leur expertise liée aux missions consultatives et de réception d'informations qu'ils assument, les organes paritaires sont à même d'évaluer la réalité et la pertinence des raisons économiques justifiant le licenciement. Puisque ces organes paritaires disposent des éléments et des informations permettant d'évaluer les raisons économiques litigieuses, il n'est pas inutile d'envisager leur implication dans la reconnaissance ou l'évaluation des raisons économiques vantées lors d'un licenciement.

98. De plus, l'implication des organes paritaires permettrait de contextualiser le débat sur les motifs économiques à son juste niveau. En effet, et cela est particulièrement vrai dans le cadre du contrôle judiciaire du licenciement économique, l'on est confronté à « *un malaise plus profond qui tient à des ruptures d'échelle* » ⁽³⁵⁸⁾ : les juridictions sont

(355) Art. 39bis de la loi du 3 juillet 1978 précitée.

(356) Voy. art. 1, 1°-6° de l'A.R. du 29 août 1985 définissant les entreprises en difficulté ou connaissant des circonstances économiques exceptionnellement défavorables visées à l'article 39bis de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 19 octobre 1985, p. 15366, Errat., *M.B.*, 13 novembre 1985, p. 16624.

(357) A.R. du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprise, *M.B.*, 28 novembre 1973, p. 13352.

(358) P. P. VAN GEUCHTEN, « Intérêt de l'entreprise, expertise et contrôle juridictionnel », *op. cit.*, p. 218.

saisies, sur des litiges individuels, de problèmes « *dont l'exacte perception est liée le plus souvent à une stratégie de firme, à un plan de restructuration intéressant l'ensemble des travailleurs, à l'introduction planifiée de technologies nouvelles voire même à des aléas conjoncturels ou structurels intéressant tout un secteur* »⁽³⁵⁹⁾. Le conseil d'entreprise, par exemple, a assurément une perception globale des nécessités de l'entreprise ou encore des raisons d'ordre économique, technique ou d'organisation qui seraient invoquées à l'appui d'un licenciement : les informations qu'il reçoit du chef d'entreprise « *doivent permettre également de situer l'entreprise dans le cadre plus large, d'une part, du groupe économique ou financier dont elle fait éventuellement partie, et, d'autre part, du secteur et de l'économie régionale, nationale et internationale* »⁽³⁶⁰⁾.

b. Implication active

99. L'implication d'un organe paritaire pourrait, tout d'abord, être active. Il s'agirait d'un contrôle *a priori* des raisons économiques par une instance paritaire. En cas de licenciement économique, quel que soit le travailleur visé, l'obtention du satisfecit d'un organe paritaire pourrait s'envisager. L'on pourrait ainsi « *généraliser un mécanisme d'autorisation de licencier donnée par exemple par la commission paritaire, sous réserve d'une motivation régulière avancée par l'employeur* »⁽³⁶¹⁾. Notons que, vu le caractère définitif et irrévocable du licenciement, ce satisfecit s'analyserait comme un avis qui, même s'il n'a pas été suivi alors qu'il était négatif, aurait au moins l'avantage de nourrir l'éventuel débat judiciaire ultérieur. L'idée avait déjà été déposée, à la Chambre, d'accorder à l'Office national de l'Emploi le droit de s'opposer au licenciement à la demande d'un travailleur licencié, l'employeur disposant d'un recours judiciaire contre cet éventuel veto⁽³⁶²⁾.

100. Au demeurant, l'on s'étonne que la protection consistant en une reconnaissance préalable des raisons économiques par un organe paritaire ne soit offerte qu'aux (candidats) délégués du personnel. En effet, la loi du 19 mars 1991 précise que « *ni la qualité de délégué du personnel ou de candidat délégué du personnel ni le fait que sa candidature a été introduite par une organisation représentative des travailleurs déterminée ne peut avoir une incidence sur la décision de l'employeur de le licencier* »⁽³⁶³⁾. Ainsi déjà utilement protégés par cette disposition et par la limitation des motifs valables

(359) *Ibid.*, p. 218. Et l'auteur de s'interroger, *in fine*, sur l'opportunité de permettre au juge de (ré)évaluer à titre individuel des circonstances souvent déjà traitées collectivement ou avec une expertise particulière.

(360) Art. 3, al. 3 de l'A.R. du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprise, *M.B.*, 28 novembre 1973, p. 13352.

(361) P. P. VAN GEHUCHTEN, « Aspects formels du licenciement équitable – Formele aspecten van behoorlijk ontslag », *op. cit.*, p. 198. Selon l'auteur, cette solution, qui constituerait « *une véritable révolution au sein du droit du travail belge* », poserait des questions inédites : la démission devrait-elle, aussi, être obligatoirement motivée ? Qu'advierait-il de la théorie de l'acte équipollent à rupture ?

(362) Proposition de loi modifiant la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail déposée par E. GLINNE, *Doc. Parl.*, Chambre, sess. extr. 1979, n° 156, n° 1, p. 3. L'auteur de cette proposition de loi avait fait le choix d'une autorité administrative, à la place d'un organe paritaire au sein de l'entreprise car « *l'agrégation du licenciement par un organe de l'entreprise composé en tout ou en partie par des représentants des travailleurs est une protection indiscutable, mais elle risque de multiplier les conflits sociaux pour régler des cas individuels* ».

(363) Art. 3, § 2 de la loi du 19 mars 1991 précitée.

de licenciement, pourquoi ne prévoir, en outre, qu'au profit de ces travailleurs et pas à d'autres, le bénéfice d'une reconnaissance préalable des raisons économiques par un organe paritaire ⁽³⁶⁴⁾ ?

c. Implication passive

101. L'implication d'un organe paritaire pourrait également être passive. L'on vise ici l'exploitation de documents et d'informations issus de la concertation au sein du conseil d'entreprise. Sur des questions d'ordre économique, le conseil d'entreprise, en plus d'être une instance consultative ⁽³⁶⁵⁾, est un réceptacle d'informations capitales ⁽³⁶⁶⁾, qu'il serait utile de confronter à la motivation économique que donnerait l'employeur à un licenciement.

102. La loi du 20 septembre 1948 dispose que les conseils d'entreprise doivent recevoir du chef d'entreprise un certain nombre d'informations absolument pertinentes pour évaluer la situation économique de l'entreprise. L'arrêté royal du 27 novembre 1973, précise que ces informations, « *destinées à fournir aux travailleurs une image claire et correcte de la situation, de l'évolution et des perspectives de l'entreprise (...) doivent permettre d'établir le rapport entre les données économiques et les données financières, et de comprendre l'incidence de ces données sur la politique de l'entreprise en matière d'organisation, d'emploi et de personnel* ⁽³⁶⁷⁾ ». Elles se rapportent notamment à la position concurrentielle de l'entreprise sur le marché ⁽³⁶⁸⁾, à la production et la productivité, au budget, aux frais de personnel ou encore au programme et aux perspectives générales d'avenir de l'entreprise ⁽³⁶⁹⁾. La C.C.T. n° 9 du 9 mars 1972 précise aussi la nature des informations à communiquer au conseil d'entreprise, notamment en matière de prévision d'emploi ⁽³⁷⁰⁾. Ces informations sont données au conseil d'entreprise annuellement, trimestriellement, ou occasionnellement ⁽³⁷¹⁾. Des experts peuvent également être associés à certains travaux du conseil d'entreprise ⁽³⁷²⁾, soit pour procéder à un examen ou à des investigations complémentaires ⁽³⁷³⁾, soit en vue d'éclairer une

(364) Voy. Cass (3^e ch.), 20 juin 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 117 ; *Pas.*, 2011, p. 1721, *R.A.B.G.*, 2012, pp. 178-180, note V. DOOMS « Over de gevolgen van het ontslag van een beschermde werknemer bij faillissement » ; *Chron. D.S.*, 2012, p. 391 ; *R.D.C.*, 2012, p. 894, note B. INGHELS « Le licenciement de travailleurs protégés en cas de faillite, point final ? ».

(365) Art. 15, c) de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, *M.B.*, 27 septembre 1948, p. 7768.

(366) Pour un exposé détaillé des différentes informations économiques et financières que reçoit le conseil d'entreprise, voy. J. STEYART, F. DORSSEMONT, C. DE GANCK et M. DE GOLDS, *Paritair overleg in de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2009, pp. 200-218, n°s 386-426.

(367) Art. 3 de l'A.R. du 27 novembre 1973 précité.

(368) Les informations comprennent au moins les principaux concurrents nationaux et internationaux avec lesquels l'entreprise est confrontée, les possibilités et les difficultés en matière de concurrence, les débouchés, les données comptables relatives au chiffre d'affaires et son évolution. Voy. art. 6 de l'A.R. du 27 novembre 1973 précité, et les commentaires de J. STEYART, F. DORSSEMONT, C. DE GANCK et M. DE GOLDS, *op. cit.*, pp. 205-208, n° 397.

(369) Voy. les informations de base visées à l'article 4 de l'A.R. du 27 novembre 1973 précité.

(370) Art. 5 de la C.C.T. n° 9 du 9 mars 1972 précitée.

(371) Art. 15-26 de l'A.R. du 27 novembre 1973 précité.

(372) Art. 34 de l'A.R. du 27 novembre 1973 précité.

(373) L'accord de chaque partie est requis. Voy. art. 34, al. 1, 1° de l'A.R. du 27 novembre 1973 précité.

des parties du conseil d'entreprise sur certains aspects techniques ⁽³⁷⁴⁾. Un réviseur d'entreprise est aussi amené à certifier les comptes et les informations transmises au conseil d'entreprise ⁽³⁷⁵⁾. Cette possibilité d'assistance technique s'offre aussi aux commissions paritaires ⁽³⁷⁶⁾.

Notons qu'à défaut de conseil d'entreprise au sein d'une entreprise qui compte au moins 50 travailleurs, les informations économiques et financières (sur la position concurrentielle de l'entreprise sur le marché, sur la production et la productivité,...) ⁽³⁷⁷⁾ échoient au comité pour la prévention et la protection au travail, lequel se verra également remettre, notamment, un exemplaire du bilan et du compte de profits et pertes ⁽³⁷⁸⁾. Enfin, c'est la délégation syndicale qui reçoit ces informations en cas d'inexistence d'un conseil d'entreprise ⁽³⁷⁹⁾, ou d'un comité pour la prévention et la protection au travail ⁽³⁸⁰⁾.

103. Dans un souci d'objectiver la preuve des raisons économiques du licenciement, ces informations doivent, à notre estime, impérativement être versées dans le débat judiciaire lorsque ces raisons sont contestées. Par exemple, les informations perçues par le conseil d'entreprise préalablement à un transfert d'entreprise ⁽³⁸¹⁾ constituent une source qu'il conviendrait, pour le juge, d'exploiter afin de se prononcer, en cas de contestation, sur l'existence des « raisons économiques, techniques ou d'organisation » que l'employeur aurait invoquées pour licencier dans le cadre de ce transfert.

Dans sa quête de vérité sur le discours économique vanté lors d'un licenciement, le juge a un rôle actif à jouer, *via* les mesures d'instruction que lui offre le Code judiciaire ⁽³⁸²⁾. L'on renvoie aux jurisprudences « activistes » salutaires récemment observées dans le cadre de l'article 63 de la loi sur les contrats de travail (voy. *supra* n° 54).

(374) Le conseil d'entreprise doit alors être averti. Voy. art. 34, al. 1, 2° de l'A.R. du 27 novembre 1973 précité.

(375) Art. 15bis de la loi du 20 septembre 1948 précitée. Voy. A.-V. MICHAUX, *op. cit.*, p. 58.

(376) Art. 45 de la loi du 5 décembre 1968 précitée. Voy. P. P. VAN GEHUCHTEN, « Intérêt de l'entreprise, expertise et contrôle juridictionnel », *op. cit.*, pp. 226 et s.

(377) Art. 65bis de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 18 septembre 1996, p. 24309, soit le socle d'informations minimales exigé par la directive 2002/14. Voy. l'art. 4.2. de la Directive 2002/14 du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *J.O.*, 23 mars 2002, n° L80, p. 29.

(378) Art. 65bis, §2 de la loi du 4 août 1996 précitée.

(379) Art. 24 de la C.C.T. n° 5 du 24 mai 1971 concernant le statut des délégations syndicales du personnel des entreprises, *M.B.*, 1^{er} juillet 1971, p. 8338 ; art. 19bis de la C.C.T. n° 9 du 9 mars 1972 précitée.

(380) Art. 52 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 18 septembre 1996, p. 24309.

(381) Art. 11 de la C.C.T. n° 9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise, conclus au sein du Conseil national du Travail, rendue obligatoire par l'A.R. du 12 septembre 1972, *M.B.*, 25 novembre 1972, p. 13148. Voy. le commentaire de l'art. 15bis de la C.C.T. n° 32bis du 7 juin 1985 précitée, et l'art. 7 de la Directive (CE) n° 2001/23 du 12 mars 2001 précitée.

(382) Pour n'en citer que quelques-unes : l'expertise (art. 962 C. jud.) ; la production, même d'initiative et d'office, de documents détenus par les parties ou détenus par des tiers, s'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de leur détention, et que le document contient la preuve d'un fait pertinent (art. 871 et 877 C. jud.) éventuellement sous astreinte (art. 1385bis C. jud.) ; l'enquête (art. 916 C. jud.) ; les attestations écrites (art. 961/1 à 961/3 C. jud.) ; ... Voy. à cet égard, W. RAUWS, « Het bewijs in arbeidszaken », *T.S.R.*, 2013, liv. 2, pp. 324 et s.

Pour ce qui concerne les informations propres à l'activité des conseils d'entreprise, il est admis que « *des rapports de réunions du conseil d'entreprise lors desquelles les nécessités auraient été débattues ainsi que les éventuelles mesures de licenciement envisagées* » peuvent confirmer ou infirmer les difficultés économiques avancées à l'appui d'un licenciement⁽³⁸³⁾. Ces documents devraient permettre au juge d'examiner le sérieux et la réalité du motif économique invoqué, et de « *dépister fraudes ou abus là où l'on tenterait d'agir au moyen d'un discours économique pour tenter d'obtenir le bénéfice d'une qualification juridique* »⁽³⁸⁴⁾.

CONCLUSION

104. Tout d'abord, la présente étude fut l'occasion de mettre en évidence une réalité qui semblait *a priori* absente du droit belge. Alors qu'il n'est jamais présenté, synthétisé ni enseigné en tant que tel, notre droit positif connaît le licenciement économique. Ses avatars que sont les licenciements fondés sur les « *nécessités du fonctionnement de l'entreprise* », sur des « *raisons économiques, techniques ou d'organisation* » ou encore sur des « *raisons d'ordre économique ou technique* » apparaissent, à la manière d'une arlésienne, dans des législations éparées.

Les recenser et confronter leurs caractéristiques a permis de mettre en évidence deux constantes. D'une part, les motifs économiques de ces licenciements, exprimés d'une manière plus ou moins similaire, ne sont jamais définis par le législateur. D'autre part, le contrôle judiciaire de ces motifs est marginal : seules les ruptures manifestement déraisonnables seront censurées. Ce dernier constat s'expliquerait par des contraintes à la fois juridiques (doctrine de l'employeur seul juge, contrôle marginal sur l'opportunité du licenciement, licenciement effectif quoiqu'irrégulier) et pratiques (l'absence de compétence des juristes en matière de sciences économiques et de gestion).

Ce manque d'encadrement est interpellant car les textes où figurent les licenciements pour raisons économiques les mentionnent à titre d'exceptions ou de soupapes à des protections contre le licenciement. Ainsi, apparaissent-ils pour permettre une rupture là où il existe une protection contre le licenciement (C.C.T. n° 32*bis* ; loi du 19 mars 1991), ou pour réfuter une action en licenciement abusif (loi du 3 juillet 1978 ; C.C.T. n° 109).

105. De surcroît, l'absence de cadre juridique et de contrôle suffisamment strict des motifs d'un licenciement économique met à mal une caractéristique fondamentale du contrat de travail : le travail salarié, à l'inverse du travail indépendant, est une prestation au profit et au risque d'autrui, *i.e.* l'employeur. Sans un encadrement minimum des motifs fondant un licenciement économique, les difficultés économiques rencontrées par l'entreprise sont mises à charge du travailleur par l'employeur, lequel définit librement le caractère « *justificatif d'un licenciement* » d'une difficulté économique.

Si les raisons économiques d'un licenciement ne sont pas contrôlées rigoureusement, celles-ci se transforment en un sésame permettant de transférer *tout* risque écono-

(383) V. VANNES et L. DEAR, *op. cit.*, p. 302, n° 311.

(384) P. P. VAN GEUCHTEN, « Intérêt de l'entreprise, expertise et contrôle juridictionnel », *op. cit.*, p. 217.

mique sur le travailleur en le congédiant, alors que, de surcroît et paradoxalement, ce dernier fait bien souvent expressément l'objet d'une protection contre le licenciement. Un contrôle approfondi des raisons économiques déjouerait ces deux fâcheuses conséquences. Au demeurant, pareil contrôle s'impose logiquement en présence du droit-fonction qu'est assurément le licenciement économique, lequel doit être commandé par les besoins de l'« entreprise », entité distincte de la personne de l'employeur et au sein de laquelle des objectifs de stabilité d'emploi doivent aussi être recherchés.

106. Ensuite, nous ne pensons pas que la raison économique justifiant un licenciement soit inaccessible au juge, et que ce dernier doive s'incliner devant une science qui n'est pas juridique. Plusieurs théories juridiques peuvent être d'ores et déjà mobilisées par les juges pour mieux cerner une motivation économique (le *ius variandi*, la bonne foi, l'intérêt de l'entreprise, ou encore une certaine conception de l'entreprise). Les juges du travail devraient être mieux équipés pour sonder et contrôler la réalité des motifs économiques vantés à l'occasion d'un licenciement. À cet égard, l'instauration d'une obligation de motivation formelle du licenciement nous paraît être une solution simple pour mieux cerner les mobiles déterminants de l'employeur. Quant aux informations et documents qui circulent au sein des organes paritaires au niveau de l'entreprise ou du secteur, lesquels reflètent une image fidèle de la santé économique de l'entreprise, ils devraient être systématiquement versés au débat judiciaire.

107. Enfin, la réflexion plus générale sur les protections contre le licenciement devrait se poursuivre sur un autre paradigme. Il nous semble que c'est moins sur l'adoption de textes protecteurs contre le licenciement (dont on constate une multiplication)⁽³⁸⁵⁾ que sur une clarification des risques économiques normaux (auxquels doit pouvoir faire face l'employeur en préservant l'emploi) et de ceux justifiant valablement un licenciement qu'il faudra se concentrer pour rendre au contrat de travail les moyens de sa raison d'être : un cadre adapté au développement économique de l'entreprise, et respectueux des droits fondamentaux des parties. À défaut d'intervention législative en ce sens, c'est sur l'extension des pouvoirs de contrôle du juge qu'il faudra miser.

Une audacieuse remise en question des postulats du droit social belge (le *pouvoir* de rupture, la doctrine de l'employeur seul juge,...) doit être entreprise pour rendre aux travailleurs la réelle protection que le licenciement pour motif économique devrait leur offrir. Cette motivation spécifique, parce qu'elle est objective, se veut conciliante des intérêts des travailleurs et des employeurs. C'est vers ce rééquilibrage qu'il faudra se concentrer à l'avenir, plus que vers une multiplication des protections contre le licenciement.

108. En guise de péroraison, comme l'indiquait J. CLESSE en 1992, « *le juge ne doit pas être si réticent à s'aventurer dans des domaines étrangers à la sphère habituelle de ses connaissances* »⁽³⁸⁶⁾. Nous avons vu qu'il y va de l'effectivité des protections contre le licenciement, au droit à la répartition équitable des risques économiques entre les parties au contrat de travail, en passant par la crédibilité tout entière du droit social,

(385) P. P. VAN GEHUCHTEN, « Aspects formels du licenciement équitable – Formele aspecten van behoorlijk ontslag », *op. cit.*, p. 198 ; D. CUYPERS, « Inhoudelijke aspecten van behoorlijk ontslag », *op. cit.*, pp. 152-153.

(386) J. CLESSE, *op. cit.*, p. 190.

qui a tout intérêt à s'intéresser à l'économie, ce qui n'est pas incompatible avec les valeurs protectrices qu'il porte intrinsèquement.

Notre réflexion aura atteint son but si elle a conscientisé le lecteur à l'importance de définir le lexique économique en matière de licenciement : source de légitimité du licenciement s'il est encadré, mais source de brèches aux protections que le droit social prétend ériger s'il ne l'est pas.