

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Du droit civil au droit social

Antoine, Manon; de Fauconval, Marie

*Published in:*

De quoi le contrat est-il le nom ?

*Publication date:*

2017

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Antoine, M & de Fauconval, M 2017, Du droit civil au droit social: de l'influence à l'affranchissement. dans *De quoi le contrat est-il le nom ?: applications et tendances récentes du droit des contrats*. Unité de droit des obligations de la Faculté de droit de Namur, Anthemis, Limal, pp. 111-164.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Du droit civil au droit social : de l'influence à l'affranchissement

Manon ANTOINE

*Chercheuse au centre Vulnérabilités et Sociétés de la Faculté de droit de l'Université de Namur  
Avocate au barreau du Brabant wallon*

Marie DE FAUCONVAL

*Chercheuse au centre Vulnérabilités et Sociétés de la Faculté de droit de l'Université de Namur  
Avocate au barreau du Brabant wallon*

## Introduction<sup>1</sup>

Depuis l'arrivée de Koen Geens au Service public fédéral Justice, l'air est aux réformes et aux (re)codifications. De nombreuses modifications ont déjà été apportées en droit pénal et de la procédure pénale, en droit judiciaire ou encore, en droit patrimonial de la famille, par le biais des cinq lois dites « pot-pourri »<sup>2</sup>.

De même, dans sa note de politique générale de décembre 2016, le ministre (Koen Geens) annonce qu'une modernisation du droit des obligations est devenue une nécessité<sup>3</sup>. Selon les experts qui le conseillent dans cette réforme, le droit des obligations n'est plus adapté à la société actuelle dans la mesure où l'essentiel des règles qui régissent cette matière date de l'adoption du « Code Napoléon ». Ainsi, les règles du Code civil ne semblent plus être suffisamment adaptées aux réalités du marché économique actuel. En outre, le principe d'égalité entre les cocontractants sur lequel est construit le droit civil n'est plus considéré comme une valeur fondamentale. Dans cette optique, l'État (en ce compris, l'Union européenne) régule de plus en plus les relations contractuelles, notamment pour protéger les parties faibles. Enfin, bien que cela per-

<sup>1</sup> Nous tenons à remercier infiniment le Professeur Valérie FLOHMONT, Madame Alexandra TASIAUX, Madame Charlotte LAMBERT et Monsieur Andrea CATALDO pour leurs conseils avisés pour la rédaction de cette contribution et leur relecture pointilleuse.

<sup>2</sup> Loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 22 octobre 2015; loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 19 février 2016; loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, *M.B.*, 13 mai 2016; loi du 25 décembre 2016 modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 30 juillet 2016; loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *M.B.*, 24 juillet 2017.

<sup>3</sup> K. GEENS, *Le saut vers le droit de demain. Recodification de la législation de base*, 6 décembre 2016, [www.koengeens.be/fr/politique/recodification-de-la-legislation-de-base/recodification](http://www.koengeens.be/fr/politique/recodification-de-la-legislation-de-base/recodification) (consultation: 18 août 2017), pp. 49-50.

mette plus de flexibilité, certaines créations jurisprudentielles ou doctrinales essentielles ne sont pas encore reconnues légalement dans le Code civil<sup>4</sup>. Bien que se baser sur la jurisprudence et la doctrine permette de conserver une certaine souplesse nécessaire pour que l'application des règles de droit s'adapte constamment à l'évolution de notre société, nous estimons qu'il pourrait être utile que le droit des obligations subisse un bain de jouvence<sup>5</sup>.

Force est de constater que ce vent de réformes ne touche pas uniquement le droit pénal et le droit privé. Des réflexions sont également menées au niveau du droit du travail, de la sécurité sociale et du bien-être au travail. Ainsi, certains professeurs et auteurs s'interrogent sur l'opportunité de codifier ces deux matières et sur les limites d'une telle codification<sup>6</sup>.

Dans ce contexte général de réflexions et de réformes et afin de répondre à la question «de quoi le contrat "de travail" est-il le nom?» qui nous est posée, nous réfléchissons à l'application au contrat de travail de deux principes clés en droit des obligations, à savoir la liberté contractuelle et la convention-loi. À notre sens, ces deux principes sont les plus intéressants à étudier dans le cadre de notre question puisqu'ils portent tant sur la liberté de contracter et de déterminer le contenu des conventions que sur les limites des possibilités de modification desdits contenus. Inévitablement, les parties à un contrat de travail y sont donc confrontées. En outre, leurs larges applications nous permettent d'étudier l'évolution du droit social par rapport au droit civil.

Il existe deux points de vue divergents sur la question. Nous les analysons dans le cadre de cette contribution.

Une première position consiste à affirmer que le contrat de travail est régi par le droit civil, que quelques règles particulières du droit social viennent moduler. Le contrat de travail est considéré, dans cette hypothèse, comme un contrat «spécial» du droit civil. Partant, les principes fondateurs du droit des obligations s'appliquent au contrat de travail. En matière de droit social, le législateur intervient pour confirmer les règles issues du droit civil et, éventuellement, pour les adapter à la situation spécifique de la relation de travail. Nous discutons ce point de vue dans le premier chapitre de cette contribution.

Une deuxième conception est de considérer que le droit social devient progressivement une branche du droit à part entière, autonome et dépassant le droit civil. Dans ce cas, les principes du droit des obligations n'ont pas/plus d'empreinte en droit social. Nous analysons cette opinion au travers de nouveautés en droit social. Le deuxième chapitre de l'article y est consacré.

<sup>4</sup> Nous pensons par exemple à la théorie de l'imprévision.

<sup>5</sup> S. STIJNS, «Faut-il réformer le Code civil? Réponses et méthodologie pour le droit des obligations contractuelles et extracontractuelles: les obligations contractuelles», *J.T.*, 2016, n° 6647, pp. 305-309; P. WÉRY, «Mutations et défis du droit belge des obligations», *Rev. dr. Ulg.*, 2015, n° 2, pp. 206-230.

<sup>6</sup> D. CUYPERS ET A. VAN REGENMORTEL, «Naar een codificatie van het Belgische arbeidsrecht?», *R.D.S.-T.S.R.*, 2017, n° 1, pp. 147-179; V. DE GREEF, «L'histoire et l'actualité du projet de codification du droit de la sécurité sociale», *R.D.S.-T.S.R.*, 2017, n° 1, pp. 181-204.

Plus précisément, dans un premier chapitre, nous étudions, d'une part, le principe d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle, d'autre part, celui de la convention-loi. Afin de vérifier leur application et/ou leur évolution en droit social, nous les confrontons à des mécanismes du droit social qui nous semblent être régulièrement invoqués devant les juridictions du travail.

Dans le second chapitre de cette contribution, la démarche est inverse. Nous analysons certaines nouveautés<sup>7</sup> du droit social – clause d'écolage, force majeure médicale, licenciement avec préavis et motivation du licenciement. Par le biais de ces mécanismes plus récents, nous vérifions de quelle manière le droit social s'est affranchi du droit des obligations et de ses principes fondateurs pour constituer, en réalité, une branche distincte du droit.

## Chapitre 1

### Contrat de travail à l'aune du droit civil

Comme expliqué dans l'introduction, nous décrivons, dans le cadre de ce chapitre, deux principes clés en droit des obligations et déterminons dans quelle mesure ils peuvent être retrouvés dans certains mécanismes du droit social.

Dans une première section, nous définissons brièvement les notions de contrat «civil» et de contrat «de travail». Ce rapide exposé terminologique nous permet de rappeler au lecteur ces deux concepts de base sur lesquels se fonde notre contribution.

Ensuite, nous analysons le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. Nous le confrontons à la hiérarchie des sources en droit social et à la théorie de l'incorporation des dispositions normatives des conventions collectives de travail (ci-après, «CCT»). Nous avons choisi ces deux mécanismes en droit social en raison de la place qu'ils laissent aux normes négociées collectivement. La comparaison avec le principe de liberté contractuelle est donc intéressante.

Dans une troisième section, nous nous penchons sur le principe de la convention-loi. Nous étudions certaines applications de ce principe dans les problématiques d'acte équipollent à rupture ou de fausse indépendance.

Par souci de concision et pour éviter des redites sur des éléments largement connus des professionnels du droit, nous ne présentons pas d'analyse détaillée de ces principes, ni n'abordons le principe de consensualisme (en ce compris, les règles relatives à la validité du consentement) et de relativité des effets internes du contrat.

<sup>7</sup> Nous entendons par le terme «nouveautés» des mécanismes qui sont apparus en droit social à la fin du XX<sup>e</sup> siècle ou au début du XXI<sup>e</sup>.

Section 1  
Contrats

A. *En droit civil*

Convention, accord, pacte, entente, marché, arrangement, acte bilatéral ou multilatéral... tant de synonymes dans le langage commun qui reflètent la complexité juridique de la notion de contrat.

Le contrat est une source d'obligations omniprésente en droit. En droit civil, il est défini comme une « convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »<sup>8</sup>. En d'autres termes, le contrat de droit commun est celui par lequel deux parties ou plus s'engagent à respecter les prestations (positives ou négatives) auxquelles elles se sont obligées. Le (non-)respect de ces obligations entraîne divers effets de droit<sup>9</sup>.

Pour qu'un contrat soit valablement formé entre les parties, il doit satisfaire aux conditions essentielles reprises à l'article 1108 du Code civil<sup>10</sup>. Ainsi, le contrat doit requérir le consentement effectif de la partie qui s'oblige, la capacité de chaque partie à contracter, un objet certain et une cause licite<sup>11</sup>.

B. *En droit social*

Le droit des obligations mis en place par le Code civil de 1804 est un droit théorique dont le *corpus* sert de socle à de nombreuses branches juridiques<sup>12</sup>. Toutefois, le droit des obligations d'aujourd'hui n'est pas le même que celui de l'époque de Napoléon Bonaparte<sup>13</sup>. En effet, au fil des décennies, le droit des obligations s'est adapté aux évolutions qui ont traversé la société<sup>14</sup>, notamment grâce à des apports plus économiques, sociaux, politiques et philosophiques<sup>15</sup>. Bien que le droit social se soit construit sur des bases civilistes sans lesquelles il n'aurait pu exister, il a cependant rapidement transcendé les principes individualistes consacrés par le Code civil<sup>16</sup>. Aujourd'hui, le droit social qui tantôt fait

<sup>8</sup> Art. 1001 C. civ.  
<sup>9</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 1<sup>re</sup> éd., coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 55 et s.  
<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 206 et s.  
<sup>11</sup> Art. 1108 C. civ.  
<sup>12</sup> St. GILSON, « Libres propos sur l'existence de principes généraux du droit du travail », R.D.S., 2017, n<sup>os</sup> 1-2, p. 228; J. MÉLÈZE MODRZEJEWSKI (dir.), *Revue historique de droit français et étranger*, Paris, Dalloz, octobre-décembre 2010, n<sup>o</sup> 4, pp. 523 et s.  
<sup>13</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 39 à 55.  
<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 39 à 55; P. VAN OMMESLAGHE, « Les grandes tendances de l'évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années », T.P.R., 2011, p. 357.  
<sup>15</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., p. 12.  
<sup>16</sup> V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4<sup>e</sup> éd., coll. de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 10 à 13; G. KADIGE, « Les principes généraux

application de ces principes, tantôt s'en affranchit, est en partie régi par des lois généralement impératives et indépendantes de celui-ci<sup>17</sup>.

Très peu d'articles consacrent l'existence du contrat de travail dans le Code civil<sup>18</sup>. À l'article 1779, nous pouvons lire qu'« il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie :

1. Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un<sup>19</sup>;
2. Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises;
3. Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés».

Historiquement, la première loi sur le contrat de travail ouvrier est apparue en 1900<sup>20</sup>. Dès lors, entre l'adoption du Code civil en 1804 et l'introduction de cette loi, le contrat de louage de travail n'était pas plus réglementé. L'essentiel de la matière se trouvait déjà, même à l'époque, en dehors du Code civil<sup>21</sup>. Influencée par la naissance de la sécurité sociale et les modifications de la loi du 10 mars 1900 par l'adoption de lois successives, l'actuelle loi relative aux contrats de travail est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1978<sup>22</sup>. Selon une lecture combinée des articles 2, 3, 4 et 5 de la loi relative aux contrats de travail du 3 juillet 1978, le contrat de travail d'aujourd'hui est le contrat par lequel un travailleur s'engage contre *rémunération* à fournir un *travail* sous *l'autorité* d'un employeur, ou d'un tiers.

Au regard de cette définition et conformément au droit commun, le contrat de travail requiert l'accord des parties sur les éléments essentiels<sup>23</sup> du contrat<sup>24</sup>. Les principes de validité du contrat de droit commun énoncés à l'article 1108 du Code civil et cités ci-dessus s'appliquent également au contrat de travail<sup>25</sup>. En effet, pour qu'un contrat de travail soit valablement formé entre un employeur et un travailleur, ils doivent conjointement y consentir; le premier propose un

en droit social», in *Les principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 497 et s., <https://rita-chemaly.files.wordpress.com/2010/06/kadige-usj-cedroma-par-rita-chemaly-wordpress-com.pdf> (consultation : 25 août 2017).

<sup>17</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., p. 14.  
<sup>18</sup> Art. 1779, 1780 et 1781 (abrogé) C. civ.  
<sup>19</sup> Ce premier type de louage d'ouvrage est l'ancêtre du contrat de travail moderne.  
<sup>20</sup> J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 13.  
<sup>21</sup> B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. Répertoire pratique du droit belge, Législation, Doctrine, Jurisprudence, 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 122.  
<sup>22</sup> Loi relative aux contrats de travail du 3 juillet 1978, M.B., 22 août 1978.  
<sup>23</sup> Citons : la fonction, la rémunération, le lieu de travail ainsi que la durée de travail. Soulignons cependant que cette liste est de création doctrinale et jurisprudentielle. Les éléments essentiels du contrat de travail varient au gré de l'évolution du droit du travail. De plus, par convention, il est possible de rendre accessoires certains éléments classiquement considérés comme essentiels (et inversement).  
<sup>24</sup> V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, op. cit., pp. 62 à 86; J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, op. cit., pp. 172 à 175; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., pp. 207 et s.  
<sup>25</sup> V. VANNES, *ibid.*, pp. 169 et s.

travail que le second accepte de réaliser. Comme le contrat de droit commun, le contrat de travail doit être conclu entre des parties capables<sup>26</sup> de contracter. Le contrat est créateur d'obligations qui en forment l'objet. Lorsque nous lisons la définition du contrat de travail, nous nous apercevons qu'elle contient un élément distinct de l'objet du contrat civiliste : le lien de subordination, d'autorité<sup>27</sup>. Le lien de subordination inhérent au contrat de travail place le travailleur dans un rapport de force débouchant sur une situation d'infériorité l'obligeant à obéir aux ordres et instructions donnés par son employeur<sup>28</sup> et à accepter son contrôle. C'est notamment pour réinstaurer un équilibre entre les parties que le contrat de travail, et plus largement le droit social, s'est ainsi développé dans des lois particulières au Code napoléonien. Cependant, cette modification du rapport de force n'empêche pas, à elle seule, l'application des règles du droit des obligations et du Code civil. En effet, comme en droit civil, la cause du contrat de travail doit être licite<sup>29</sup>. En droit du travail, la cause varie cependant selon la position des parties au contrat. Pour le travailleur, la cause est d'accomplir un travail contre rémunération, sous l'autorité de l'employeur. Pour ce dernier, la cause du contrat de travail est d'utiliser la « force de travail »<sup>30</sup> du travailleur.

## Section 2

### Autonomie de la volonté et liberté contractuelle

#### A. En droit civil

##### 1. Autonomie de la volonté

L'autonomie de la volonté est un principe fondamental du droit des obligations, considéré comme la base des relations contractuelles et le « cœur du processus de création du droit »<sup>31</sup>. Ce principe s'inscrit dans les théories philosophiques et économiques développées à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Selon cette doctrine, les hommes sont tous libres et égaux de sorte que leurs engagements résultant de leur libre volonté sont nécessairement justes, équilibrés et socialement utiles<sup>32</sup>. Malgré son importance, cette idée n'était initialement reprise

<sup>26</sup> Art. 1123 C. civ.

<sup>27</sup> J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, op. cit., pp. 173 à 185; M.-H. VRIELINCK, « Le lien de subordination : une illustration de la permanence du droit civil en droit du travail ? », in P. GOSSERIES et M. MORSÀ (dir.), *Le droit du travail au XXI<sup>e</sup> siècle. Liber amicorum Claude Wantiez*, coll. Droit social, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 591 à 604.

<sup>28</sup> Art. 17, 2<sup>e</sup>, de la loi relative aux contrats de travail du 3 juillet 1978.

<sup>29</sup> Art. 1131 C. civ.

<sup>30</sup> V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 196.

<sup>31</sup> P. VAN OMMESLAGHE et N. MASSAGER, *Les bases du droit civil*, t. III, *Droit des obligations et des contrats spéciaux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 76.

<sup>32</sup> E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in P. WÉRY, Ch. DE LEVAL et M. DEMOULIN (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 68; P. SAERENS, « Les

ni dans les travaux préparatoires du Code civil, ni dans le texte de celui-ci, ni même dans les ouvrages de doctrine faisant directement suite à son adoption<sup>33</sup>.

L'expression « autonomie de la volonté » signifie que « par la force de la volonté toute-puissante, l'individu [est] tenu parce qu'il l'a voulu, par ce qu'il a voulu et comme il l'a voulu »<sup>34</sup>.

##### 2. Liberté contractuelle

Le principe de liberté contractuelle est celui qui découle le plus directement du principe d'autonomie de la volonté. Ce principe n'est pas non plus repris expressément dans le Code civil mais peut néanmoins y être lu en filigrane<sup>35 36</sup>. Le principe de la liberté contractuelle peut être défini comme la liberté dont dispose chaque personne de choisir son cocontractant, de définir le contenu et les conditions de ses engagements ou encore de déterminer le type de contrat qui sera conclu. La seule limite à cette liberté contractuelle se situe dans le respect de l'ordre public, des bonnes mœurs et des lois impératives<sup>37 38</sup>.

Depuis l'adoption du Code civil, l'idée selon laquelle les parties sont juridiquement sur un même pied d'égalité au moment de la formation de la convention préside<sup>39</sup>. Or, en réalité, les parties au contrat ne sont pas toujours égales. Il est fréquent qu'une des parties impose des conditions déséquilibrées à l'autre partie ou lui propose un contrat d'adhésion qui ne lui laisse pour seule liberté que celle de signer le contrat ou de s'en abstenir<sup>40</sup>. Pour tenter de protéger les parties plus faibles et rétablir un certain équilibre contractuel, le législateur a pro-

grands principes», *Obli.*, suppl. 4, août 2003, p. 93; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2007, p. 116; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., p. 109.

<sup>33</sup> E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », op. cit., p. 64; J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », in P.A. FORTIERS (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 2000, p. 63; P. VAN OMMESLAGHE, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGD, 2001, p. 881; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., p. 109.

<sup>34</sup> P. WÉRY, *ibid.*, p. 108.

<sup>35</sup> Tels qu'aux articles 6, 1131, 1133 ou 1134, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>36</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., p. 114.

<sup>37</sup> Art. 6 C. civ.

<sup>38</sup> P. MARTENS, « Réflexions sur la liberté, le droit et les affaires », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, coll. Commission royale droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 30-31; E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », op. cit., p. 64; P. SAERENS, « Les grands principes », op. cit., p. 94; P. VAN OMMESLAGHE et N. MASSAGER, *Les bases du droit civil*, t. III, op. cit., p. 78.

<sup>39</sup> E. MONTERO et M. DEMOULIN, *ibid.*, p. 65; P. SAERENS, *ibid.*, p. 94; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 116.

<sup>40</sup> E. MONTERO et M. DEMOULIN, *ibid.*, p. 65; P. VAN OMMESLAGHE et N. MASSAGER, *Les bases du droit civil*, t. III, op. cit., p. 80; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., p. 116.

gressivement adopté des lois impératives dans diverses matières<sup>41</sup>. Ainsi, certaines clauses peuvent être interdites ou, à l'inverse, imposées<sup>42</sup>. En d'autres termes, les lois impératives sont susceptibles de limiter la liberté contractuelle des parties. Toutefois, alors que la violation de l'ordre public ou des bonnes mœurs est sanctionnée d'une nullité absolue, le non-respect des lois impératives est généralement puni par une nullité relative. Une partie protégée par une règle impérative peut donc renoncer à la protection, une fois celle-ci acquise<sup>43</sup>. De plus, seule la partie protégée par la nullité relative est autorisée à la soulever. En conséquence, même les lois impératives destinées à protéger la partie faible connaissent des limites.

## B. En droit social

Le principe de la liberté contractuelle est – en théorie – applicable lors de la conclusion d'un contrat de travail. Toutefois, comme nous l'avons esquissé précédemment, la relation entre un employeur et un travailleur peut être déséquilibrée. Il existe en effet une différence économique importante entre l'employeur, qui offre un emploi, et le travailleur, qui est en demande d'un travail et d'une rémunération dont il a besoin pour vivre. Ce constat est d'autant plus important qu'il s'inscrit dans un contexte plus général dans lequel de nombreux travailleurs ont peur de perdre leur emploi<sup>44</sup> et par là, leurs moyens de subsistance. Cette crainte peut les freiner dans la (re)négociation de leurs conditions de travail.

Le législateur, conscient de ce déséquilibre, tente de restaurer une certaine égalité dans le rapport de force employeur-travailleur en accordant une place privilégiée aux normes négociées collectivement par les représentants des travailleurs<sup>45</sup> dans la hiérarchie des normes sociales. De même, par le biais de la théorie de l'incorporation, les dispositions normatives individuelles d'une CCT s'intègrent dans le contrat de travail.

Bien que ces balises permettent de protéger les travailleurs, généralement considérés comme la partie économiquement plus faible, et de rééquilibrer la relation contractuelle, elles atténuent *de facto* la liberté contractuelle des parties.

<sup>41</sup> En guise d'exemple, nous pouvons citer les nouvelles lois qui ont pour objectif de protéger le consommateur.

<sup>42</sup> P. SAERENS, « Les grands principes », *op. cit.*, p. 94; P. VAN OMMESLAGHE et N. MASSAGER, *Les bases du droit civil*, t. III, *op. cit.*, p. 79; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., *op. cit.*, p. 116.

<sup>43</sup> P. MARTENS, « Réflexions sur la liberté, le droit et les affaires », *op. cit.*, pp. 44-45; P. VAN OMMESLAGHE et N. MASSAGER, *ibid.*, p. 80.

<sup>44</sup> Voy. les chiffres issus d'un sondage réalisé par AQRate pour la RTBF et *Le Soir* sur un échantillon de 2.451 personnes entre le 3 et le 13 mars 2017 et cité dans RTBF, « Futuromètre: une personne sur quatre a peur de perdre son travail », [www.rtbef.be/info/societe/detail\\_futurometre-un-belge-sur-quatre-a-peur-de-perdre-son-travail?id=9570736](http://www.rtbef.be/info/societe/detail_futurometre-un-belge-sur-quatre-a-peur-de-perdre-son-travail?id=9570736) (consultation: 12 septembre 2017).

<sup>45</sup> M. DAVAGLE, *Droit collectif du travail, cadre institutionnel de la concertation sociale*, t. 2, coll. Perspectives de droit social, Limal, Anthemis, 2011, p. 63; A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, coll. Précis de la Faculté de droit des Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 100-101; E. VOGEL-POLSKY, « Réflexions critiques sur les sources du droit du travail », *Chron. D.S.*, 1981, pp. 3-15 et pp. 51-86; A. SUPPIOT, *Critique du droit du travail*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, PUF, 2002, pp. 117-118.

## 1. La hiérarchie des sources en droit social

### a) Formation du contrat de travail

La hiérarchie des normes en droit social est d'une importance fondamentale puisqu'elle permet de déterminer la règle à utiliser en cas de conflit entre plusieurs normes simultanément applicables, inconciliables et réglantant une même situation<sup>46</sup>. Dans ce cas, la norme supérieure est privilégiée au détriment de celle de rang inférieur qui est écartée<sup>47</sup>. En d'autres termes, une règle de rang inférieur ne peut pas déroger à une norme supérieure<sup>48</sup>. Notons que la hiérarchie des normes sert également à déterminer dans quel texte, à quel niveau, ajouter ou modifier une règle de droit en fonction de l'effet souhaité<sup>49</sup>.

Néanmoins, il est possible qu'une norme de rang inférieur s'applique à la place d'une règle supérieure si elle est plus favorable et moins contraignante pour le travailleur<sup>50</sup>. Cela se justifie par le fait que le droit social a vocation à protéger le travailleur<sup>51</sup>.

Dans la pyramide des normes sociales, les dispositions adoptées à un niveau collectif occupent généralement une place hiérarchiquement supérieure par rapport aux normes individuelles. La doctrine parle de la « primauté de l'autonomie collective sur l'autonomie privée individuelle »<sup>52</sup>.

Avec Alain Supiot, nous pouvons résumer cette idée comme suit: « le droit à la négociation collective transpose sur le plan collectif le principe de liberté contractuelle qui ne peut s'exercer pleinement sur le plan individuel »<sup>53</sup>.

Il appert de cette analyse que même si l'employeur et le travailleur<sup>54</sup> peuvent (théoriquement) négocier librement le contrat de travail qui les lie, ils doivent respecter les normes supérieures. Ils sont donc limités dans leur liberté contractuelle par les normes négociées collectivement. Précisons encore que lorsque les parties signent un contrat de travail, elles acceptent que leur relation contrac-

<sup>46</sup> Art. 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, M.B., 15 janvier 1969.

<sup>47</sup> Cass., 5 juin 2000, J.T.T., 2000, p. 420.

<sup>48</sup> J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, *op. cit.*, pp. 124-125; M. DAVAGLE, *Droit collectif du travail, cadre institutionnel de la concertation sociale*, *op. cit.*, p. 61; A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>49</sup> A.-V. MICHAUX, *ibid.*, p. 104.

<sup>50</sup> M. DAVAGLE, *Droit collectif du travail, cadre institutionnel de la concertation sociale*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>51</sup> A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>52</sup> M. DAVAGLE, *Droit collectif du travail, cadre institutionnel de la concertation sociale*, *op. cit.*, p. 63; A.-V. MICHAUX, *ibid.*, pp. 100-101; E. VOGEL-POLSKY, « Réflexions critiques sur les sources du droit du travail », *op. cit.*, pp. 3-15 et pp. 51-86; A. SUPPIOT, *Critique du droit du travail*, 1<sup>re</sup> éd., *op. cit.*, pp. 117-118.

<sup>53</sup> A. SUPPIOT, *Critique du droit du travail*, 1<sup>re</sup> éd., *op. cit.*, p. 147 cité par A.-V. MICHAUX, *ibid.*, p. 102.

<sup>54</sup> Remarquons que, dans certains métiers en très forte pénurie ou pour des métiers nécessitant des travailleurs très hautement qualifiés, les travailleurs ont un pouvoir de négociation qui peut être plus fort que leur (futur) employeur.

tuelle soit non seulement régie par le contenu de leur contrat mais également par l'ensemble des normes qui s'appliqueront *de facto* à leur relation : CCT, règlement de travail, lois... Cela a pour conséquence que leur liberté contractuelle s'en trouve limitée au niveau individuel mais protégée et renforcée par la négociation collective des conditions de travail. En effet, les parties ne peuvent donc pas, individuellement et pour chaque contrat, décider de l'ensemble des conditions de leur relation pourtant contractuelle puisque le contrat s'insère dans un ensemble de normes s'appliquant aux parties.

#### b) Modification du contrat de travail

Si l'une des parties au contrat de travail veut modifier une disposition de la convention (conditions de travail, rémunération...), elle doit en principe conclure un avenant au contrat de travail. Relevons toutefois qu'il arrive que la modification fasse l'objet d'un accord oral<sup>55</sup>.

Lorsque la modification souhaitée concerne plusieurs travailleurs, il est néanmoins possible à l'employeur d'éviter le recours à l'avenant individuel pour chaque travailleur concerné et de conclure une CCT d'entreprise. En effet, une CCT conclue entre l'employeur et au moins une des organisations syndicales représentatives des travailleurs et déposée auprès du Service public fédéral Emploi s'impose à tous les travailleurs occupés par l'entreprise, même s'ils ne sont pas affiliés à l'une des organisations syndicales signataires ou s'ils désapprouvent le contenu. Ainsi, une CCT d'entreprise peut par exemple modifier la rémunération ou supprimer certains avantages rémunératoires octroyés de manière individuelle à tous les travailleurs ou à une partie de ceux-ci.

Statuant sur la validité ou l'opposabilité d'une convention collective d'entreprise, signée par une seule organisation syndicale et modifiant un système de rémunération variable, la Cour du travail d'Anvers a décidé que «les clauses d'une convention collective conclue en dehors d'une commission paritaire obligent, en vertu des articles 19 et 51 de la loi du 5 décembre 1968<sup>56</sup>, tous les travailleurs de l'entreprise et ont le pas sur le contrat individuel écrit même si ces conditions [...] étaient moins favorables que celles du contrat de travail individuel»<sup>57</sup>. Toutefois, il convient de ne pas perdre de vue que la rémunération modifiée par CCT d'entreprise ne peut accorder moins de droits que ceux qui sont prévus dans les instruments de rang supérieur. En d'autres termes, la hiérarchie des normes en droit social, que nous avons évoquée ci-avant, reste d'application.

<sup>55</sup> Nous pouvons imaginer, par exemple, le cas d'un employeur qui accorde une augmentation de rémunération à la suite d'une bonne évaluation du travailleur. Dans ce cas, ladite augmentation n'est généralement pas actée dans le contrat de travail au moyen d'un avenant.

<sup>56</sup> Art. 19 et 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires.

<sup>57</sup> C. trav. Anvers, 4 juillet 1985, *J.T.T.*, 1986, p. 172.

Cette méthode, bien qu'issue d'une négociation collective entre les employeurs et les représentants des travailleurs, heurte les principes civilistes de la liberté contractuelle et de la convention-loi. En effet, ce qui est décidé par deux cocontractants – l'employeur et le travailleur – peut être empêché par une norme supérieure ou être modifié à la suite de la négociation d'une CCT d'entreprise et donc par la décision de personnes extérieures au contrat de travail.

#### 2. Théorie de l'incorporation

Selon l'article 23 de la loi du 5 décembre 1968, «le contrat de louage de travail individuel implicitement modifié par une convention collective de travail subsiste tel quel lorsque la convention cesse de produire ses effets, sauf clause contraire dans la convention même». Cet article, qui constitue l'une des dispositions les plus importantes de la loi du 5 décembre 1968, contient la théorie dite de l'incorporation. Il a pour effet de générer des droits et des obligations au-delà de la période de validité de la CCT. En effet, le contrat de travail individuel est modifié par les dispositions normatives individuelles de la CCT, même lorsque la CCT cesse de sortir ses effets. En d'autres termes, elles sont incorporées dans le contrat de travail dans leur intégralité, même après la cessation de la CCT<sup>58 59</sup>. En conséquence, la CCT expirée survit par l'intermédiaire du contrat de travail individuel amendé<sup>60</sup>.

La CCT est susceptible de contenir deux types de dispositions : d'une part, les dispositions déterminant les relations individuelles et collectives entre les employeurs et les travailleurs, d'autre part, les normes réglant les droits et obligations des parties contractantes. Les premières sont nommées «dispositions normatives» et les secondes «dispositions obligatoires». Les dispositions normatives d'une CCT règlent les relations entre les employeurs et les travailleurs. Elles sont divisées en deux catégories : les dispositions normatives individuelles et les dispositions normatives collectives. Les dispositions normatives indivi-

<sup>58</sup> J.-Ph. CORDIER, «La théorie de l'incorporation des dispositions normatives individuelles dans le contrat de travail», in J.-Ph. CORDIER (dir.), *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968. Actes du colloque organisé à Bruxelles le 5 décembre 2008 par l'Association des juristes praticiens du droit social*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 55-56; B. PATERNOSTRE, *Les instruments de la concertation sociale: la convention collective de travail et le règlement de travail*, t. 2, coll. Perspectives de droit social, Limal, Anthemis, 2011, pp. 187-188.

<sup>59</sup> En guise d'illustration, si une CCT accorde une prime de fin d'année pour certaines années définies compte tenu des chiffres exceptionnels de la société, bien que le droit soit intégré dans le champ contractuel individuel, un travailleur ne pourrait réclamer une prime de fin d'année pour une année postérieure à la durée de validité de la CCT, non visée par celle-ci. Par contre, cette solution est différente si la CCT est rédigée de manière générale (par exemple, sans citer les années durant lesquelles la prime de fin d'année serait payée).

<sup>60</sup> J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, op. cit., p. 104; B. PATERNOSTRE, *Les instruments de la concertation sociale: la convention collective de travail et le règlement de travail*, op. cit., pp. 75, 183 et 187.

duelles déterminent la relation individuelle de travail (rémunération, durée du travail...), alors que les dispositions normatives collectives déterminent les relations collectives entre les travailleurs et les employeurs (création d'un fonds de sécurité d'existence, bien-être au travail dans l'entreprise...). Ces dispositions normatives, qu'elles soient individuelles ou collectives, s'imposent à tous les travailleurs visés par le champ d'application de la CCT concernée, même s'ils n'y ont pas personnellement consenti. Les dispositions obligatoires lient les parties contractantes d'une CCT, à savoir celles qui l'ont conclue. Elles peuvent concerner les modalités de la convention, les procédures de règlement des conflits, la reconduction et la dénonciation de la CCT... Logiquement, les travailleurs pris individuellement ne sont pas liés par les dispositions obligatoires d'une CCT<sup>61</sup>.

Seuls les contrats de travail signés avant ou pendant la période de validité de la CCT sont concernés par l'article 23 de la loi du 5 décembre 1968<sup>62</sup>. Autrement dit, un travailleur dont le contrat est conclu après la cessation de la CCT ne peut en principe pas puiser de droits dans celle-ci (sauf clause particulière contenue dans la CCT)<sup>63,64</sup>. De plus, tous les types de CCT sont visés, qu'elles soient conclues au sein d'un organe paritaire ou en dehors de celui-ci, qu'elles soient rendues obligatoires par arrêté royal<sup>65</sup> ou non. La théorie de l'incorporation peut également concerner une convention à durée indéterminée, à durée déterminée ou à durée déterminée avec clause de tacite reconduction<sup>66</sup>. En outre, les effets de cette théorie s'appliquent dans tous les cas de cessation de la CCT : expiration du terme d'une CCT conclue pour une durée déterminée ; dénonciation d'une CCT conclue pour une durée indéterminée ; renonciation à une clause de reconduction affectant une CCT à durée déterminée<sup>67</sup>. Par ailleurs, « une disposition normative, issue d'une convention collective de travail ayant un effet limité dans le temps, qui s'est insérée dans le contrat de travail conclu par les parties reste applicable à la relation contractuelle, même après que la convention collective de travail a cessé ses effets et

<sup>61</sup> J. CLESSE et F. KÉFER, *ibid.*, pp. 90-94 ; M. DAVAGLE, *Droit collectif du travail, cadre institutionnel de la concertation sociale*, *op. cit.*, p. 67 ; A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, *op. cit.*, pp. 69-70 ; B. PATERNOSTRE, *ibid.*, pp. 70-73.

<sup>62</sup> Art. 23 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires.

<sup>63</sup> J.-Ph. CORDIER, « La théorie de l'incorporation des dispositions normatives individuelles dans le contrat de travail », *op. cit.*, p. 50 ; B. PATERNOSTRE, *Les instruments de la concertation sociale : la convention collective de travail et le règlement de travail*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>64</sup> Il serait donc possible qu'il y ait des situations différentes entre les travailleurs de l'entreprise.

<sup>65</sup> Seules les CCT conclues au sein d'un organe paritaire sont susceptibles d'être rendues obligatoires par arrêté royal.

<sup>66</sup> J.-Ph. CORDIER, « La théorie de l'incorporation des dispositions normatives individuelles dans le contrat de travail », *op. cit.*, pp. 50-51 ; B. PATERNOSTRE, *Les instruments de la concertation sociale : la convention collective de travail et le règlement de travail*, *op. cit.*, p. 185.

<sup>67</sup> J.-Ph. CORDIER, *ibid.*, p. 51 ; B. PATERNOSTRE, *ibid.*, p. 186.

même après qu'une seconde convention collective de travail reprenant la même disposition a, elle-même, cessé ses effets»<sup>68</sup>.

Il existe des exceptions à ce principe. Tout d'abord, la CCT peut contenir une clause spécifique selon laquelle les dispositions normatives individuelles ne survivront pas après la cessation de la CCT<sup>69</sup>. Ensuite, une nouvelle CCT peut venir modifier ou supprimer les effets de la première CCT. Dans ce cas, les dispositions normatives individuelles qui s'étaient intégrées dans les contrats de travail individuels disparaissent lors de l'entrée en vigueur de cette nouvelle CCT<sup>70</sup>.

### 3. Conclusion

En conclusion de ce point sur les liens entre le principe de liberté contractuelle et le droit social, il y a lieu de remarquer que tant la hiérarchie des normes en droit social que la théorie de l'incorporation ont des impacts sur la liberté contractuelle. L'atteinte à ce principe de droit civil se justifie par la nécessité de protéger les travailleurs, parties faibles au contrat, en donnant la priorité aux normes collectives et en les incorporant dans le contrat de travail.

## Section 3

### Convention-loi

#### A. En droit civil

Qu'il soit dénommé convention-loi, effet obligatoire des contrats ou « *pacta sunt servanda* », le principe de convention-loi est essentiel en droit des obligations.

Les valeurs liées au principe de la liberté contractuelle et au principe de la convention-loi divergent. Si, au stade de la formation du contrat, il y a lieu de laisser toute la liberté aux parties contractantes, au stade de l'exécution, la sécurité contractuelle devient prépondérante. Une fois formé, « le contrat devient alors intangible et irrévocable. C'est ainsi que le Code [civil] préserve l'équilibre entre les impératifs de liberté et de sécurité : la liberté existe pour rentrer dans le contrat, non pour en sortir »<sup>71</sup>.

La base légale de ce principe se situe à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1134 du Code civil, selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». En d'autres termes, la règle contractuelle s'impose aux

<sup>68</sup> C. trav. Liège (section Neufchâteau), 5 novembre 1997, *Chron. D.S.*, 1998, p. 401.

<sup>69</sup> Si la CCT contient une clause d'absence de maintien des effets individuels sur le contrat de travail après sa cessation, l'employeur et le travailleur peuvent convenir, individuellement, via un avenant au contrat de travail, de maintenir les effets dans le contrat.

<sup>70</sup> J.-Ph. CORDIER, « La théorie de l'incorporation des dispositions normatives individuelles dans le contrat de travail », *op. cit.*, pp. 58-62 ; B. PATERNOSTRE, *Les instruments de la concertation sociale : la convention collective de travail et le règlement de travail*, *op. cit.*, pp. 188-190.

<sup>71</sup> E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », *op. cit.*, p. 65.

parties avec la même force que les lois<sup>72</sup>. Elle sert de référence au juge lorsqu'il est chargé de régler un litige entre les parties. Partant, le juge doit appliquer le contrat comme il appliquerait la loi<sup>73</sup>.

Ce principe de la convention-loi a deux facettes. D'une part, une partie ne peut ni modifier unilatéralement les termes du contrat, ni chercher à échapper à l'exécution de celui-ci. D'autre part, le contrat s'impose au juge qui ne pourrait dispenser les parties de l'exécuter, le modifier ou y ajouter des clauses ou des conditions en dehors des cas prévus par loi<sup>74</sup>.

## B. En droit social

Le principe de la convention-loi est régulièrement invoqué pour empêcher une modification du contrat de travail ou une requalification du contrat d'entreprise en contrat de travail ou inversement, du contrat de travail en contrat d'entreprise<sup>75</sup>.

### 1. *Ius variandi* et acte équipollent à rupture

#### a) *Ius variandi* de l'employeur

Selon la doctrine et la jurisprudence, l'employeur disposerait du droit de modifier unilatéralement les conditions de travail dans certaines circonstances (*ius variandi*). Ces modifications ne concernent que des clauses non écrites du contrat de travail et portant sur des conditions conventionnelles accessoires. Ce *ius variandi* est généralement justifié par le fait que l'entreprise doit faire face à certaines nécessités économiques, de continuité de l'activité... En vertu de son autorité, l'employeur est donc en droit d'agencer les conditions de travail et d'adapter le contrat à l'organisation du travail, à la situation économique et aux besoins de l'entreprise<sup>76</sup>.

Pierre Blondiau et Claude Wantiez résument la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise comme suit : « l'employeur doit, dans le système économique qui est le nôtre, pouvoir modifier la répartition des tâches dans l'entreprise pour

<sup>72</sup> B. DELCOURT, S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « Les grands principes », *Obli.*, suppl. 4, août 2003, p. 103.

<sup>73</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, pp. 774-775; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., *op. cit.*, p. 332.

<sup>74</sup> J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, pp. 64-65; P. VAN OMMESLAGHE, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 883; P. VAN OMMESLAGHE et N. MASSAGER, *Les bases du droit civil*, t. III, *op. cit.*, pp. 82-83.

<sup>75</sup> En d'autres termes, cette discussion sur la qualification/requalification a trait à la question des faux indépendants et des faux salariés.

<sup>76</sup> CLAEYS & ENGELS, *Contrat de travail, Licenciement & démission*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 599; J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, *op. cit.*, pp. 285-286; A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, *op. cit.*, p. 257; C. trav. Liège, 4 mars 2004, R.G. n° 31.262/02 et C. trav. Liège, 20 novembre 2003, R.G. n° 30.595/02, cités par L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », in M. DUMONT (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Limal, Anthemis, 2008, pp. 159 et s.

répondre aux besoins souvent changeants de celle-ci, s'efforçant naturellement d'utiliser de la façon la plus efficace les capacités de travail respectives que ses employés mettent à sa disposition»<sup>77</sup>. Ils ajoutent que « le *ius variandi* est justifié parce qu'il n'est pas exercé uniquement en fonction de l'intérêt de l'employeur mais au regard de l'intérêt de l'entreprise et donc aussi des travailleurs qui y œuvrent »<sup>78</sup>.

Le *ius variandi* de l'employeur peut dès lors constituer une atténuation au principe de liberté contractuelle des parties puisque seul l'employeur a alors la liberté de modifier certains éléments de la relation de travail.

#### b) Acte équipollent à rupture, définitions et conditions

La notion d'acte équipollent à rupture ne fait l'objet d'aucune définition légale dès lors qu'il s'agit d'un mode de rupture du contrat de travail consacré par la jurisprudence. Certaines juridictions du travail et la doctrine ont cependant proposé des définitions de cette notion. Ainsi, la Cour du travail de Bruxelles définit l'acte équipollent à rupture comme étant « celui qui ne peut être raisonnablement expliqué autrement que par la volonté qu'a de rompre le contrat celui qui l'accomplit »<sup>79</sup>. Claude Wantiez relève, quant à lui, que l'acte équipollent à rupture « est celui par lequel une partie à un contrat de louage de travail manifeste sa volonté de ne plus poursuivre la collaboration professionnelle avec l'autre partie. Il implique dans le chef de son auteur un comportement qui méconnaît à ce point les obligations contractuelles des parties qu'il ne peut plus être interprété que par la volonté de ne plus respecter la convention »<sup>80</sup>.

Il résulte de ce qui précède que la rupture du contrat de travail peut, sous certaines conditions, résulter implicitement d'un acte qui est posé par une des parties au contrat de travail et est assimilé à une volonté de rompre ce contrat. Il en est ainsi lorsqu'une partie procède à la modification importante d'un élément essentiel du contrat de travail<sup>81</sup>.

La Cour de cassation a estimé que « de l'article 1134 du Code civil, également applicable aux contrats de travail, il ressort que l'employeur ne peut, sauf clause contraire, modifier ou révoquer unilatéralement les conditions de travail convenues expressément, notamment en ce qui concerne la rémunération. Ni l'autorité qui caractérise le contrat de travail, ni le fait que celui-ci s'exécute sur une

<sup>77</sup> P. BLONDAIU et Cl. WANTIEZ, « La rupture du contrat », in *Le contrat de travail dix ans après la loi du 3 juillet 1978*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, p. 244

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> C. trav. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 10 janvier 1989, *Chron. D.S.*, 1992, p. 80

<sup>80</sup> Cl. WANTIEZ, « Vers la fin de l'acte équipollent à rupture ? », *J.T.T.*, 1990, p. 333.

<sup>81</sup> Pour illustrer ce propos, nous pouvons imaginer le cas d'une infirmière que son employeur muterait comme assistante administrative dans le service comptabilité d'un hôpital. Elle pourrait interpréter cette modification importante de sa fonction, élément essentiel du contrat, comme une volonté de l'employeur de mettre fin à leur relation de travail.

longue période, ne suffisent à justifier qu'il en aille autrement<sup>82</sup>. Toujours selon la Cour<sup>83</sup>, l'employeur qui modifie de manière unilatérale et importante un des éléments essentiels du contrat de travail met fin, de façon illicite, audit contrat en vertu de l'article 1134 du Code civil et non pas en vertu des dispositions de la loi du 3 juillet 1978.

L'acte équipollent à rupture ne peut être invoqué que lorsque les modifications sont unilatérales, importantes et concernent un élément essentiel du contrat<sup>84</sup>. Il est à noter que la modification des conditions de travail ne doit pas nécessairement être définitive et peut être seulement temporaire<sup>85</sup>.

En ce qui concerne l'élément essentiel du contrat de travail, il est défini comme « celui à défaut duquel l'une ou l'autre partie n'aurait pas accepté la conclusion du contrat de travail »<sup>86</sup>. Afin d'apprécier si un élément revêt un caractère essentiel pour la relation de travail, il y a lieu de tenir compte de la volonté des parties, que celle-ci soit explicite ou résulte de l'exécution qu'elles ont donnée au contrat. D'une part, les parties peuvent, dans les limites légales, déterminer dans le contrat de travail quand un élément est essentiel ou ne l'est pas. Si elles ont convenu qu'un élément doit être considéré comme accessoire, l'employeur peut se réserver une possibilité de révision, à tel point que, dans cette hypothèse, le refus du travailleur de se soumettre à la modification envisagée par le contrat est constitutif d'insubordination et peut entraîner son licenciement<sup>87</sup>. D'autre part, il n'y a pas de modification d'une condition essentielle du contrat de travail lorsque le travailleur a déjà accepté plusieurs fois la modification d'un élément du contrat. En effet, il s'en déduit que cet élément n'est plus un élément essentiel<sup>88</sup>.

Sauf précision dans le contrat de travail, la rémunération du travailleur, la fonction, ainsi que les responsabilités hiérarchiques qui y sont liées, la durée et l'horaire de travail sont généralement considérés comme étant des éléments essentiels du contrat de travail<sup>89</sup>. Ces éléments ne peuvent, en tout état de cause, pas être déterminés dans le contrat de travail comme étant accessoires.

Par ailleurs, au sujet des autres conditions de l'acte équipollent à rupture, la Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que seule la modification uni-

<sup>82</sup> Cass., 20 décembre 1993, *Pas.*, I, p. 1087; Cass., 23 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 294; Cass., 13 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 400.

<sup>83</sup> Cass., 11 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 26.

<sup>84</sup> C. trav. Mons, 7 juin 2005, *Chron. D.S.*, 2007, p. 404: la Cour du travail de Mons a précisé que « l'assiette de l'exercice de ce droit de modification unilatérale ne peut que concerner des éléments accessoires du contrat, soit qu'ils soient accessoires par nature, soit qu'ils aient conventionnellement été qualifiés comme tels ».

<sup>85</sup> V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 1133.

<sup>86</sup> *Ibid.*; C. trav. Liège, 4 novembre 2010, *Ors.*, 2011, p. 21; C. trav. Mons, 20 septembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 105.

<sup>87</sup> Cass., 13 octobre 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 481; Trib. trav. Nivelles, 19 avril 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 382; V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 1134.

<sup>88</sup> C. trav. Bruxelles, 8 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 117; C. trav. Anvers, 21 juillet 1984, *J.T.T.*, 1985, p. 330.

<sup>89</sup> V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 1133.

latérale importante ou substantielle peut provoquer la rupture du contrat de travail<sup>90</sup>. En d'autres termes, la modification unilatérale d'un élément doit être susceptible d'altérer sensiblement l'économie du contrat<sup>91</sup>.

Enfin, pour rappel, le juge doit mesurer l'équilibre entre l'intérêt personnel du travailleur et l'intérêt économique de l'entreprise. Les juridictions sociales restreignent l'application de l'acte équipollent à rupture en tenant compte des difficultés économiques, de l'intérêt de l'entreprise et de la sauvegarde de l'emploi. Ces facteurs permettent d'atténuer tant le caractère essentiel de la condition de travail modifiée que l'importance de la modification<sup>92</sup>. Ainsi, l'intérêt du travailleur cède le pas devant les nécessités de l'entreprise si le désagrément que lui occasionne la modification paraît minime par rapport à l'avantage retiré par l'employeur<sup>93</sup>.

Pour conclure, il y a lieu de faire plusieurs remarques. Tout d'abord, afin d'assurer le fonctionnement économique de l'entreprise, l'employeur peut procéder à quelques modifications mineures des conditions de travail accessoires (*ius variandi*). L'employeur doit toutefois éviter de procéder à des modifications importantes du contrat de travail ou de porter atteinte à un élément essentiel de celui-ci. En effet, ce type de modification viole le principe de la convention-loi. La sanction peut être la constatation par le travailleur d'un acte équipollent à rupture. En d'autres termes, pour éviter que des employeurs procèdent unilatéralement à des modifications importantes de conditions de travail essentielles, la jurisprudence protège le travailleur. Elle permet en effet au travailleur d'interpréter lesdites modifications comme reflétant la volonté de l'employeur de rompre le contrat (acte équipollent à rupture). Cette construction prétorienne, garante du principe de convention-loi, s'inscrit surtout dans la logique du droit social qui tend à protéger les travailleurs du déséquilibre économique inhérent à la relation de travail.

## 2. Fausse indépendance

Régulièrement, face à des situations litigieuses de fausse indépendance, les principes de liberté contractuelle et de convention-loi trouvent à s'appliquer. En effet, il arrive qu'une des parties à un contrat d'entreprise (ou de travail), généralement à la suite de la rupture du contrat, demande au tribunal qu'il requalifie le contrat d'entreprise en contrat de travail ou, inversement, le contrat de travail en contrat d'entreprise. En réponse, l'autre cocontractant invoquera que la convention est devenue loi entre les parties et qu'il n'y a pas lieu de procéder à cette requalification.

<sup>90</sup> Cass., 27 juin 1988, *Pas.*, I, p. 1311; Cass., 26 mars 1984, *Pas.*, I, p. 868; Cass., 7 février 1983, *Pas.*, I, p. 651. V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 1135.

<sup>91</sup> C. trav. Liège, 23 mai 1984, *R.D.S.*, 1985, p. 326; C. trav. Bruxelles, 8 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 117.

<sup>92</sup> W. VAN EECKHOUTTE, « Het belang van de werkgever », *R.D.S.*, 1994, p. 42 et s.; C. trav. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 19 mai 1976, *R.G. n° 4336*, [www.socialweb.be](http://www.socialweb.be); C. trav. Bruxelles, 10 décembre 1980, *J.T.T.*, 1982, pp. 109-110; Trib. trav. Bruxelles, 25 mai 1973, *J.T.T.*, 1973, p. 15.

Cette problématique a donné lieu à de nombreux arrêts et jugements. À partir de la fin de l'année 2002, la Cour de cassation a toutefois fait évoluer sa jurisprudence en remettant la liberté contractuelle au centre de l'analyse. En effet, avant cette évolution, les juridictions ne tenaient pas compte de la qualification du contrat telle que donnée par les parties mais se concentraient sur une analyse factuelle de la relation de travail. Autrement dit, les cours et tribunaux se concentraient sur les faits et étaient à la recherche d'indices révélant ou excluant l'existence d'un contrat de travail. La décision de la Cour de cassation a rappelé aux juridictions de fond que la qualification choisie par les parties prévaut<sup>94</sup>. Cette primauté du choix des parties implique que la relation de travail sera seulement requalifiée si l'analyse des faits par le juge permet de conclure à une accumulation d'indices qui sont incompatibles avec la qualification contractuelle<sup>95 96</sup>. En d'autres termes, les parties à une relation de travail sont libres de choisir la nature de leur relation de travail sans toutefois pouvoir contrevenir aux lois impératives, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. De même, elles doivent assumer pleinement les conséquences juridiques de leur choix. Il va de soi que la volonté réelle, c'est-à-dire non viciée et conforme à la réalité, prime la volonté déclarée<sup>97</sup>.

Dans un arrêt du 13 mai 2015, la Cour du travail de Liège, après avoir analysé plusieurs décisions de la Cour de cassation relatives à la requalification, a conclu que « ces arrêts confirment la prééminence de la qualification que les parties ont entendu donner à leur relation sur l'examen des conditions dans lesquelles cette relation s'est effectivement déroulée » et que « plus fondamentalement, ils impliquent que la démarche usuelle qui consistait à rechercher des indices de subordination pour, sur [la] base de ceux-ci, qualifier la relation entre parties de contrat de travail, soit remplacée par la démarche inverse qui consiste à examiner si les différents éléments du vécu contractuel sont compatibles avec la qualification donnée par les parties à leur relation »<sup>98</sup>.

Afin de formaliser la jurisprudence de la Cour de cassation et d'apporter plus de clarté et de sécurité juridique<sup>99</sup>, le législateur a adopté le titre XIII de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006<sup>100</sup>. Ainsi, il a précisé qu'une telle

<sup>94</sup> Cass., 23 décembre 2002, R.G. n° S010169F, www.juridat.be; Cass., 28 avril 2003, R.G. n° S010184F, www.juridat.be.

<sup>95</sup> Art. 332 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006, M.B., 28 décembre 2006; Cass., 22 mai 2006, R.G. n° S.05.0014.F, www.juridat.be; Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 23 décembre 2002, J.T.T., 2003, p. 271; Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 28 avril 2003, J.T.T., 2003, p. 261; J. CLESSE, « Vers une nouvelle appréciation de la nature juridique de la relation de travail », in Ph. VERDONCK (dir.), *La nouvelle loi sur les relations de travail: premier état et perspectives*, Limal, Anthemis, 2007, p. 38.

<sup>96</sup> Cette disposition renvoie à la méthode indiciaire suivie jusqu'alors par les juges du fond.

<sup>97</sup> Art. 331 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006.

<sup>98</sup> C. trav. Liège (5<sup>e</sup> ch.), 13 mai 2015, R.G. n° 2014/AL/161, www.socialweb.be.

<sup>99</sup> J. PEETERS, « Le phénomène des faux indépendants: le premier arrêt de la Cour de cassation relatif à la loi sur la relation de travail a été rendu », *L'Hebdo*, 4 décembre 2010, www.socialweb.com.

<sup>100</sup> Titre XIII. Nature de la relation de travail, art. 328 à 343 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006.

requalification devait s'opérer sur la base de critères généraux et/ou de critères spécifiques à un secteur. Le législateur a fixé, dans le premier paragraphe de l'article 333 de la loi-programme du 27 décembre 2006, quatre critères généraux permettant d'apprécier l'existence ou l'absence d'un lien d'autorité (la volonté des parties, la liberté d'organisation du temps de travail, la liberté d'organisation du travail, la possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique)<sup>101</sup>. Chaque critère fait l'objet d'une appréciation en fonction de la relation de travail en question; il ne s'agit pas de les appliquer « mathématiquement ».

Afin de pouvoir les comparer aux principes étudiés dans la première partie de cette contribution, nous parcourons dans les lignes qui suivent ces quatre critères.

#### a) Volonté des parties

La volonté des parties est le point de départ de l'analyse. Les parties qualifient librement leur relation de travail, pour autant que cette qualification corresponde à l'exécution effective du contrat. Ce premier critère correspond donc au principe d'autonomie de la volonté<sup>102</sup>.

Selon le législateur, « notre ordre juridique est basé sur les principes de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi. En conséquence, la qualification adéquate d'une relation de travail doit être déterminée sur la base de ces principes fondamentaux du droit civil »<sup>103</sup>.

#### b) Liberté d'organisation du temps de travail

Ce critère est relatif à la liberté d'organiser son emploi du temps, selon ses disponibilités et ses propres convenances. Le choix d'un horaire de travail, de la durée de travail, des périodes de vacances et la gestion libre des absences font partie des indices incompatibles avec l'existence d'un contrat de travail<sup>104</sup>. Ils s'apprécient *in concreto*, en fonction de l'exécution de la relation de travail. En effet, l'appréciation de ce critère est différente selon les contraintes organisationnelles ou les obligations purement commerciales qui peuvent caractériser une telle relation de travail plutôt qu'une autre<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> Art. 333, § 1<sup>er</sup>, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006.

<sup>102</sup> M.-H. VRIELINCK, « Le lien de subordination: une illustration de la permanence du droit civil en droit du travail? », *op. cit.*, p. 600.

<sup>103</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2773/001, p. 211.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 216.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 216.

c) *Liberté d'organisation du travail*

La liberté d'organisation du travail porte sur le fait que le travailleur dispose ou non de la liberté d'organiser son travail. Plus la définition des tâches qui doivent être accomplies est précise et plus les instructions données sont détaillées, plus l'existence d'un lien de subordination qui caractérise le contrat de travail tend à être démontrée<sup>106</sup>.

À l'inverse, lorsque le prestataire dispose de la faculté de se faire aider, assister et/ou remplacer, l'existence d'un contrat d'entreprise est plus aisée à démontrer.

d) *Possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique*

Le fait que le travailleur soit éventuellement soumis à un contrôle hiérarchique et en conséquence puisse, le cas échéant, être exposé à des sanctions internes ou disciplinaires est un élément révélateur d'une relation de travail salarié<sup>107</sup>.

À côté de ces quatre critères considérés comme importants pour déterminer s'il s'agit d'un contrat de travail salarié ou d'un contrat d'indépendant, le législateur cite cinq critères qui sont, à eux seuls, impuissants à qualifier adéquatement la relation de travail<sup>108</sup> :

- l'intitulé de la convention ;
- l'inscription auprès d'un organisme de sécurité sociale ;
- l'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises ;
- l'inscription auprès de l'administration de la taxe sur la valeur ajoutée ;
- la manière dont les revenus sont déclarés à l'administration fiscale.

À l'exception de l'intitulé de la convention, il s'agit en effet de critères qui découlent de la qualification de la relation de travail et non qui l'impliquent. Néanmoins, ces critères joints à d'autres peuvent être des indices complémentaires de la volonté des parties. Autrement dit, ils sont subsidiaires et non décisifs.

En conclusion, face à une problématique de fausse indépendance ou de faux salariat, le tribunal doit veiller à respecter la convention telle que voulue par les parties, à moins que des éléments incompatibles avec cette qualification existent. Si tel est le cas, il est alors amené à requalifier la convention sur la base des critères généraux (liberté d'organisation du temps de travail, liberté d'organisation du travail, possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique) visant à établir la présence ou l'absence d'un lien de subordination dans la relation de travail.

La primauté de la qualification de la relation de travail telle que donnée par les parties dans le contrat montre à suffisance qu'il s'agit là d'une matière dans laquelle le droit civil et ses principes fondamentaux trouvent également à s'exprimer<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 218.

<sup>108</sup> Art. 333, § 3, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006.

<sup>109</sup> M.-H. VRIELINCK, « Le lien de subordination : une illustration de la permanence du droit civil en droit du travail? », *op. cit.*, p. 604.

C. *Conclusion*

En conclusion de cette section, nous pouvons dire que, tant en droit social qu'en droit des obligations, le principe de la convention-loi reste une règle fondamentale dans toute relation contractuelle. Le juge social reste en effet tenu d'appliquer la loi contractuelle comme il appliquerait la loi étatique en interprétant, si besoin, la convention et la volonté des parties. Bien que la législation relative au contrat de travail soit impérative, le principe de la convention-loi n'en est pas moins présent et guide le juge face à des problématiques d'acte équipollent à rupture, de fausse indépendance, ou à toute revendication de l'une ou l'autre partie essayant d'échapper au prescrit du contrat de travail.

## Chapitre 2

**Contrat de travail, au-delà du droit civil : quelques illustrations pratiques**

Comme présenté en introduction, nous analysons, dans ce deuxième chapitre, certains dispositifs modernes<sup>110</sup> du droit social sous le prisme du droit commun. Nous vérifions ainsi de quelle manière et avec quelle intensité le droit social s'est affranchi du droit des obligations et de ses principes fondateurs développés dans le premier chapitre.

Nous commençons par illustrer cette position par l'analyse de la clause d'écologie à travers le principe de la liberté contractuelle (section 1). La clause d'écologie est un mécanisme introduit dans la législation sociale il y a seulement une dizaine d'années pour répondre aux évolutions de terrain. De nombreux employeurs avaient en effet pris l'habitude d'introduire de telles clauses dans certains contrats de travail, bien que le droit social n'ait rien prévu en la matière. La clause d'écologie, encore peu connue des travailleurs, peut impliquer de nombreuses conséquences, notamment sur le plan de la liberté contractuelle. Il nous paraît donc important d'y consacrer quelques lignes dans cette contribution.

La notion de force majeure peut diverger selon que l'on se situe dans la sphère du droit civil ou dans celle du droit social (section 2). Après avoir abordé les similitudes et/ou les différences de la notion dans ces deux branches du droit, nous nous attardons plus spécifiquement sur le concept de force majeure médicale et sur les conséquences de son acceptation en droit social depuis sa récente modification.

Dans une troisième section, nous procédons à l'analyse du processus de licenciement avec préavis des employés (section 3). Nous avons sélectionné ce mode de rupture réformé depuis presque quatre ans pour pouvoir le comparer avec

<sup>110</sup> Nous visons des mécanismes apparus dans le droit social à la fin du XX<sup>e</sup> siècle ou au début du XXI<sup>e</sup>.

la possibilité qu'accordait le législateur – jusqu'au 31 décembre 2013 – aux employés dits «supérieurs» de conclure avec leur employeur un accord sur la durée du préavis.

Enfin, nous terminons par l'analyse de la notion de licenciement manifestement déraisonnable consacrée par la CCT n° 109 concernant la motivation du licenciement<sup>111</sup> (section 4).

## Section 1

### Clause d'écolage

«L'employeur s'engage à faire suivre à ses frais au salarié les formations spécifiques suivantes dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail [...]. S'il met fin au contrat de travail avant l'échéance de la validité de cette clause ou s'il est licencié pour motif grave dans le même délai, le travailleur s'engage à rembourser à l'employeur une partie du coût de cette formation spécifique [...].»<sup>112</sup>

Comme la clause de non-concurrence, la clause d'exclusivité, la clause de flexibilité ou encore la clause de résidence, la clause d'écolage est une clause *accessoire* au contrat de travail. À l'instar de ce qui a été dit précédemment, nous avons choisi d'aborder la clause d'écolage afin d'analyser son impact théorique et pratique sur la liberté contractuelle dont bénéficie le travailleur. Les autres clauses citées ci-dessus auraient aussi pu soutenir notre démonstration.

#### A. Définition

D'origine jurisprudentielle<sup>113</sup>, la clause d'écolage est insérée dans la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses<sup>114</sup>. Selon l'article 22bis de la loi du 3 juillet 1978, la clause d'écolage est celle par laquelle «le travailleur, bénéficiant dans le cours de l'exécution de son contrat de travail d'une formation aux frais de l'employeur, s'engage à rembourser à ce dernier une partie des frais de formation en cas de départ de l'entreprise avant l'expiration d'une période convenue». Cette clause peut être considérée comme une espèce de «jeu à somme non nulle»: l'employeur qui a financé la formation du travailleur peut bénéficier des nouvelles compétences acquises par ce dernier et le travailleur n'est,

<sup>111</sup> CCT n° 109 concernant la motivation du licenciement, rendue obligatoire par arrêté royal du 9 mars 2014.

<sup>112</sup> Clause «type» que nous pouvons retrouver dans de nombreux contrats de travail.

<sup>113</sup> CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL (CNT), Avis n° 1560, «Exécution du Pacte de solidarité entre les générations – Projet de loi concernant la clause d'écolage», séance du vendredi 7 juillet 2006, 2.162-/3-1, p. 4, [www.cnt-nar.be/AVIS/avis-1560.pdf](http://www.cnt-nar.be/AVIS/avis-1560.pdf) (consultation: 19 septembre 2017); V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 328.

<sup>114</sup> M.B., 28 décembre 2006.

quant à lui, pas contraint de rester «indéfiniment»<sup>115</sup> dans les liens de son contrat de travail<sup>116</sup>. En effet, la clause d'écolage lui permet de rembourser une partie du coût de la formation en cas de démission<sup>117</sup> avant le terme de la période convenue dans la clause.

#### B. Conditions d'existence, de forme et d'application

Pour pouvoir être insérée valablement dans un contrat de travail, la clause d'écolage doit remplir un certain nombre de conditions d'existence, de forme et d'application reprises à l'article 22bis de la loi du 3 juillet 1978.

##### 1. Conditions d'existence

La clause d'écolage peut viser tout type de travailleurs qui relèvent du champ d'application de la loi du 3 juillet 1978<sup>118</sup>, à moins qu'une CCT sectorielle rendue obligatoire par arrêté royal ne l'interdise<sup>119</sup>. Néanmoins, afin de ne pas être frappée de nullité<sup>120</sup>, la clause d'écolage doit être insérée dans un contrat de travail à durée indéterminée.

La clause d'écolage doit également satisfaire à des conditions d'existence énumérées par l'article 22bis, § 4, de la loi du 3 juillet 1978 afin de pouvoir valablement produire ses effets sur le plan légal:

- la clause d'écolage doit nécessairement être insérée dans un contrat de travail dont la rémunération annuelle brute du travailleur ne peut dépasser 33.472 euros<sup>121</sup>;
- la formation dispensée au travailleur doit être spécifique, c'est-à-dire qu'elle doit lui permettre «d'acquérir de nouvelles compétences professionnelles pouvant, le cas échéant, être valorisées également en dehors de l'entreprise». À défaut, la clause d'écolage est réputée inexistante;

<sup>115</sup> Art. 7 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail: «Le contrat de travail est conclu soit pour une durée déterminée ou pour un travail nettement défini, soit pour une durée indéterminée. Il ne peut jamais être conclu à vie.» (nous soulignons)

<sup>116</sup> A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, op. cit., pp. 209 à 211.

<sup>117</sup> Voy. *infra*, 2. Conditions de forme.

<sup>118</sup> Art. 22bis de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

<sup>119</sup> A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, op. cit., p. 209.

<sup>120</sup> Soulignons que la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne précise pas si cette nullité est absolue ou relative. Dans un arrêt du 30 juin 2003, la Cour de cassation considère cependant que le non-respect des conditions de validité et d'existence de la clause de non-concurrence n'est pas d'ordre public et qu'il entraîne une nullité relative de la clause, Cass., 30 juin 2003, R.G. n° S.02.0098.F/4, [http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download\\_blob?idpdf=F-20030630-12](http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20030630-12) (consultation: 19 septembre 2017) et cité par F. KÉFER et A. MORTIER, «Les "clauses abusives" du contrat de travail», in B. BIEMAR (dir.), *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, colloque de la Conférence libre du Jeune barreau de Liège, Limal, Anthemis, 2013, p. 106. Par analogie, seuls des intérêts particuliers étant en jeu, nous pouvons déduire que la nullité de la clause d'écolage en cas de violation de ses conditions d'existence est relative et qu'elle ne peut être invoquée que par les parties au contrat de travail.

<sup>121</sup> Montant applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2017. Ce montant est appliqué de manière proportionnelle pour les travailleurs engagés à temps partiel.

- la formation doit être différente de celle inscrite dans le cadre réglementaire ou légal requis dans l'exercice de la profession pour laquelle le travailleur a été engagé. Si la formation n'atteint pas une durée totale de quatre-vingts heures ou si elle est d'une valeur inférieure au double du revenu minimum mensuel moyen garanti<sup>122</sup>, la clause d'écolage est également réputée inexistante selon la loi.

La clause d'écolage insérée dans le contrat n'est valable que pour une période déterminée qui ne peut dépasser trois ans à compter de la fin de la formation<sup>123</sup>. Comme dit précédemment, si le travailleur débiteur démissionne avant l'issue du terme convenu, il sera redevable envers l'employeur créancier d'un montant à titre de remboursement<sup>124</sup>. Notons que la *validité* de la clause est appréciée au moment où l'une des parties en réclame l'application.

## 2. Conditions de forme

En plus des conditions d'existence, la clause doit respecter des conditions de forme énumérées également à l'article 22*bis* de la loi du 3 juillet 1978. À peine de nullité, la clause doit avoir été insérée par écrit dans le contrat du travailleur concerné au plus tard au jour du début de la formation. Ainsi, la clause peut ne pas être présente au moment de la signature du contrat, mais faire l'objet d'un avenant au cours de l'exécution de celui-ci.

Le paragraphe 3 de l'article 22*bis* de la loi du 3 juillet 1978 reprend une série de mentions obligatoires qui doivent expressément figurer dans la clause : description de la formation, date de début, durée, lieu, coût ou estimation du coût de la formation, remboursement des frais d'écolage.

<sup>122</sup> Voy. principalement : la CCT n° 43 du 2 mai 1988 relative à la garantie d'un revenu minimum mensuel moyen, telle que modifiée et complétée par les CCT n° 43*bis* du 16 mai 1989, 43*ter* du 19 décembre 1989, 43*quater* du 26 mars 1991, 43*quinquies* du 13 juillet 1993, 43*sexies* du 5 octobre 1993, 43*septies* du 2 juillet 1996, 43*octies* du 23 novembre 1998, 43*nonies* du 30 mars 2007, 43*decies* du 20 décembre 2007, 43*undecies* du 10 octobre 2008, 43*duodecies* du 28 mars 2013, 43*terdecies* du 28 mars 2013 et 43*quaterdecies* du 26 mai 2015, et la CCT n° 50 du 29 octobre 1991 relative à la garantie d'un revenu minimum mensuel moyen aux travailleurs âgés de moins de 21 ans, modifiée par la CCT n° 50*bis* du 28 mars 2013 et n° 50*ter* du 26 mai 2015; Montants applicables en octobre 2017 disponibles sur SECUREX, Socioliste 2017, Montants octobre 2017, p. 9, [www.securex.eu/lexgo.nsf/vwDocuments/FAC4BFE0A154E9E2C125809C0056EA5C/\\$File/FAC4BFE0A154E9E2C125809C0056EA5C\\_00\\_fr.pdf](http://www.securex.eu/lexgo.nsf/vwDocuments/FAC4BFE0A154E9E2C125809C0056EA5C/$File/FAC4BFE0A154E9E2C125809C0056EA5C_00_fr.pdf) (consultation : 6 octobre 2017).

<sup>123</sup> A.-V. MICHAUX, *Éléments de droit du travail*, op. cit., p. 210.

<sup>124</sup> Art. 22*bis*, § 5, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail : « Le montant du remboursement dû par le travailleur en cas de non-respect de la période convenue dans la clause d'écolage ne peut excéder :  
– 80 % du coût de la formation en cas de départ du travailleur avant 1/3 de la période convenue ;  
– 50 % du coût de la formation en cas de départ du travailleur dans la période comprise entre 1/3 et 2/3 au plus tard de la période convenue ;  
– 20 % du coût de la formation en cas de départ du travailleur au-delà de 2/3 de la période convenue. Toutefois, ce montant ne peut en aucun cas excéder 30 % de la rémunération annuelle du travailleur. »

## 3. Conditions d'application

Depuis l'abrogation de la clause d'essai par la loi sur le statut unique<sup>125</sup>, « la clause d'écolage ne produit pas ses effets s'il est mis fin au contrat, soit durant les six premiers mois à partir du début du contrat, soit après cette période par l'employeur sans motif grave, ou par le travailleur (démission)<sup>126</sup> pour motif grave »<sup>127</sup>. La clause d'écolage ne produit également aucun effet lors d'une restructuration d'entreprise<sup>128</sup>.

### C. Liens avec le droit civil

#### 1. Sanction du non-respect des conditions d'existence, de forme et d'applicabilité : la nullité

Comme nous avons pu le constater au chapitre 1, la notion de contrat utilisée en droit du travail est quelque peu différente de celle utilisée en droit des obligations. En effet, la nature même de la relation de travail implique un déséquilibre entre les parties au contrat<sup>129</sup>. Le contrat de travail qui fait naître une relation de subordination entre le travailleur et l'employeur, confère à ce dernier un pouvoir de direction, de contrôle et de surveillance envers le travailleur (lien hiérarchique).

En droit des obligations, la violation par les parties d'une disposition impérative du contrat entraîne, en principe, la nullité de celui-ci<sup>130</sup>. De manière générale, la nullité du contrat a un effet rétroactif<sup>131</sup> de sorte que le contrat est réputé ne jamais avoir existé. Les parties sont ainsi obligées de replacer les choses dans leur *pristin* état<sup>132</sup>. Selon l'adage *accessorium principale sequitur*<sup>133</sup> et sauf exceptions, les clauses particulières contenues dans le contrat subissent le même sort que ce dernier lorsqu'il est entaché de nullité<sup>134</sup>. Cette situation peut cependant s'avérer problématique lorsque nous sommes face à des contrats à prestations successives dont l'exécution des obligations s'étale dans le temps. Nous pensons particulièrement au contrat de bail. En effet, en droit du bail, on imagine difficilement qu'un locataire restitue la jouissance des lieux loués au

<sup>125</sup> Loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, M.B., 31 décembre 2013.

<sup>126</sup> Ajouté par nous.

<sup>127</sup> Art. 22*bis*, § 6, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

<sup>128</sup> Art. 22*bis*, § 6, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

<sup>129</sup> M.-H. VRIELINCK, « Le lien de subordination : une illustration de la permanence du droit civil en droit du travail ? », op. cit., p. 604.

<sup>130</sup> Pour plus d'informations, voy. : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., pp. 288 et s. ; F. KÉFER et A. MORTIER, « Les "clauses abusives" du contrat de travail », op. cit., p. 101.

<sup>131</sup> Selon l'adage latin *Quod nullum est, nullum producit effectum*.

<sup>132</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., pp. 313 à 314.

<sup>133</sup> L'accessoire suit le principal.

<sup>134</sup> F. KÉFER et A. MORTIER, « Les "clauses abusives" du contrat de travail », op. cit., pp. 101 à 102.

propriétaire en cas de dissolution du contrat de bail. Face à ces considérations, la Cour de cassation admet qu'en présence de contrats à prestations successives, «la résolution qui, en principe, opère *ex tunc* ne peut toutefois pas avoir pour effet d'annuler les prestations réciproques effectuées en vertu du contrat lorsque leur restitution est *impossible*<sup>135</sup>»<sup>136</sup>.

En droit du travail, le contrat de travail est caractérisé comme un contrat à prestations successives. De ce fait, les clauses accessoires au contrat de travail peuvent jouir d'une autonomie. Dans l'intérêt du travailleur, le non-respect des clauses accessoires peut, selon le cas, entraîner une «simple» nullité partielle de la clause entachée de vice et non du contrat principal<sup>137</sup>. En cas de non-respect d'une condition de validité ou d'existence propre à la clause d'écolage, la sanction entraîne seulement la nullité de la clause entachée du vice. Au niveau de la nullité, les principes du droit social ne sont donc pas tellement différents de ceux appliqués en droit civil, du moins en ce qui concerne les contrats à prestations successives. Comme pour le locataire, nous imaginons en effet difficilement comment les parties seraient capables de restituer, en nature ou par équivalent, les prestations réciproques effectuées dans le cadre du contrat de travail qui les lie. Soulignons que ce raisonnement général n'est pas tenu sur la base du seul cas de la clause d'écolage. En effet, ce constat est également applicable à d'autres types de clauses. Nous pensons particulièrement à la clause de non-concurrence dont le non-respect des conditions de validité entraîne seulement la nullité totale ou relative de la clause afin de préserver tant que possible la relation de travail<sup>138</sup>. Ainsi, là où le droit commun des contrats en droit des obligations frappe de nullité le contrat dont une clause substantielle est illicite<sup>139</sup>, le droit du travail préfère imposer aux parties un contrat ajusté, amputé de la clause litigieuse.

## 2. Atteinte à la liberté contractuelle

Depuis de nombreuses années<sup>140</sup>, les interlocuteurs sociaux au sein du Conseil national du travail (ci-après, «CNT»), influencés par l'Europe et l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)<sup>141</sup>, soutiennent que la formation professionnelle des travailleurs participe aux performances des entreprises<sup>142</sup>. À cet égard, ils invitaient déjà la Belgique à fournir des efforts

<sup>135</sup> Nous soulignons.

<sup>136</sup> Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 374.

<sup>137</sup> V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 323.

<sup>138</sup> Cass., 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727.

<sup>139</sup> À l'exception des contrats à prestations successives *vis supra*.

<sup>140</sup> CNT, Accord interprofessionnel du 8 décembre 1998, 2. Formation permanente, p. 4, [www.cnt-nar.be/INTERP-AKKOORD/IPA-1999-2000-FR.pdf](http://www.cnt-nar.be/INTERP-AKKOORD/IPA-1999-2000-FR.pdf) (consultation: 9 août 2017).

<sup>141</sup> Pour plus d'informations, consulter [www.oecd.org/fr/emploi/emp/](http://www.oecd.org/fr/emploi/emp/) (consultation: 10 septembre 2017).

<sup>142</sup> Question n° 216 de Madame la députée Fabienne WINCKEL du 7 mai 2015 (Fr.) au Vice-premier ministre et ministre de l'Emploi, de l'Économie et des Consommateurs, chargé du Commerce extérieur, *Q.R.*, Ch. repr., 2014-2015, n° 54-031, p. 177.

sur le plan de la formation permanente<sup>143</sup> des entreprises<sup>144</sup> dès la fin des années nonante<sup>145</sup>. Bien qu'il soit difficilement quantifiable, force est de constater que cet objectif n'est toujours pas réalisé et n'a jamais entraîné de sanctions<sup>146</sup>. À ce stade, nous pouvons nous interroger sur le lien entre la clause d'écolage et l'objectif de formation auquel le législateur belge aspire. En effet, en pratique, toute formation ne donne pas lieu à une clause d'écolage. Cependant, déjà lors de l'adoption du projet de loi concernant la clause d'écolage, le CNT attirait l'attention sur la relation étroite entretenue entre les deux<sup>147</sup>. Selon le CNT, la «clause [d'écolage] [...] s'assimile à une clause pénale pour le travailleur, afin de répondre à une problématique créée en partie par certains employeurs qui s'attachent les services de travailleurs formés par d'autres employeurs et évitent ainsi de supporter les frais inhérents à cet investissement en formation. On peut dans ce cadre se demander si une approche qui viserait à créer plus de solidarité entre employeurs dans une prise en charge collective des investissements en formation des travailleurs ne serait pas une réponse plus adaptée à la réalité de terrain et à la concurrence que se livrent les employeurs entre eux pour «déboucher» certains travailleurs «employables» immédiatement, ceci dans un contexte où les employeurs belges sont loin de respecter leurs engagements souscrits dans plusieurs accords interprofessionnels en matière d'investissements dans la formation de leurs travailleurs»<sup>148</sup>.

Précédemment, nous avons constaté que la clause d'écolage a pour conséquence que le travailleur accepte les risques d'une sanction pécuniaire en cas de non-respect des modalités prévues dans la clause. La charge financière peut,

<sup>143</sup> Par formation permanente, le législateur vise deux types de formations: les formations formelles et informelles. Les formations formelles sont des «cours et stages conçus par des formateurs, caractérisés par un haut degré d'organisation du formateur ou de l'organisme de formation, [qui] se déroulent dans un autre lieu que le lieu de travail, s'adressent à un groupe d'apprenants et font l'objet d'une attestation de suivi». Les formations informelles consistent en des «activités d'apprentissage en relation directe avec le travail, caractérisées par un haut degré d'auto-organisation par l'apprenant individuel ou un groupe d'apprenants, ayant un contenu déterminé correspondant aux besoins individuels de l'apprenant sur le lieu de travail», SECUREX, «Formations – Un nouvel objectif à partir de 2017 (Loi Peeters)», 30 mars 2017, [www.securex.eu/lex-go.nsf/vwNewsWgsoe\\_fr/FE92DE165B7F03BDC12580F3002B6118?OpenDocument#WcEgAtg6-Uk](http://www.securex.eu/lex-go.nsf/vwNewsWgsoe_fr/FE92DE165B7F03BDC12580F3002B6118?OpenDocument#WcEgAtg6-Uk) (consultation: 19 septembre 2017).

<sup>144</sup> En ce compris des travailleurs de l'entreprise.

<sup>145</sup> Question n° 216 de Madame la députée Fabienne WINCKEL du 7 mai 2015 (Fr.) au Vice-premier ministre et ministre de l'Emploi, de l'Économie et des Consommateurs, chargé du Commerce extérieur, *Q.R.*, Ch. repr., 2014-2015, n° 54-031, p. 177; SECUREX, «Pas d'efforts de formation supplémentaire en 2015 et 2016», 6 mai 2015, [www.securex.eu/lex-go.nsf/vwNews\\_de/E6431A7040497161C1257E3D00308090?OpenDocument](http://www.securex.eu/lex-go.nsf/vwNews_de/E6431A7040497161C1257E3D00308090?OpenDocument) (consultation: 25 août 2017); art. 30 de la loi du 23 décembre 2005 relative au Pacte de solidarité entre les générations, *M.B.*, 30 décembre 2005; CNT, Accord interprofessionnel du 8 décembre 1998, 2. Formation permanente, op. cit., p. 4; J. FERNANDEZ et consorts, Proposition de loi modifiant la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail en ce qui concerne la clause d'écolage, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-0358/001, 12 octobre 2010, pp. 5 à 7.

<sup>146</sup> SECUREX, *ibid.*

<sup>147</sup> CNT, Avis n° 1560, «Exécution du Pacte de solidarité entre les générations – Projet de loi concernant la clause d'écolage», op. cit., p. 4.

<sup>148</sup> *Ibid.*

dans certains cas, être importante et entraver la liberté contractuelle du travailleur<sup>149</sup>. Face à cette problématique, le législateur instaure un nouvel objectif de formation aux articles 9 à 21 dans la loi concernant le travail faisable et maniable<sup>150</sup>. Ne perdons donc pas de vue cette matière d'une grande actualité en ce qu'elle pourrait avoir un impact positif sur la formation des travailleurs et des entreprises. Cependant, l'absence de réelle sanction de l'employeur en cas de non-respect de cet objectif de formation risque d'avoir une faible influence sur le recours à la clause d'écolage et sur la liberté contractuelle du travailleur.

Comme vu précédemment, la durée de validité d'une clause d'écolage insérée dans le contrat peut aller jusqu'à un délai de trois années après la fin de la formation<sup>151</sup>. Ce délai de trois ans peut s'avérer particulièrement long et entraver la liberté contractuelle du travailleur<sup>152</sup>. En vue de préserver celle-ci, certaines voix se sont élevées pour proposer des modifications de la loi afin de repenser ce délai tout en tenant compte des efforts financiers fournis par l'employeur<sup>153</sup>.

La question du moment où la clause est insérée dans le contrat peut aussi avoir un impact plus ou moins important sur la liberté contractuelle du travailleur<sup>154</sup>. La loi exige (seulement) que la clause soit insérée par écrit au plus tard au moment où débute la formation<sup>155</sup>. Qu'en est-il de la situation d'un travailleur qui refuserait de signer une telle clause ajoutée postérieurement à la signature du contrat et imposée par l'employeur? Sur ce point, la loi ne donne aucune information. Afin de préserver davantage la liberté contractuelle du travailleur confronté à une telle situation, certains souhaiteraient également que soit prévu un mécanisme particulier de protection contre le licenciement en cas de refus de la formation par le travailleur<sup>156</sup>.

<sup>149</sup> M. MICHAUD-NÉRARD et C. WILLEMS, « Liberté contractuelle et contrat de travail : ces deux concepts juridiques sont-ils compatibles? », in Cl. WANTIEZ (dir.), *Le droit du travail au XXI<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 483 et s.

<sup>150</sup> Art. 9 à 21 de la loi du 5 mars 2017 concernant le travail faisable et maniable, M.B., 15 mars 2017; SECUREX, « Pas d'efforts de formation supplémentaire en 2015 et 2016 », *op. cit.*

<sup>151</sup> Art. 22bis, § 5, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

<sup>152</sup> CNT, Accord interprofessionnel du 8 décembre 1998, 2. Formation permanente, *op. cit.*, p. 8.

<sup>153</sup> C. DIEU, Proposition de loi modifiant la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail en ce qui concerne les clauses d'écolage, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-1432/001, 16 septembre 2008, p. 7.

<sup>154</sup> CNT, Accord interprofessionnel du 8 décembre 1998, 2. Formation permanente, *op. cit.*, p. 8.

<sup>155</sup> Art. 22bis, § 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

<sup>156</sup> CNT, Avis n° 1560, « Exécution du Pacte de solidarité entre les générations – Projet de loi concernant la clause d'écolage », *op. cit.*, pp. 8 et 9.

## Section 2

### Force majeure (médicale)

Les notions de force majeure en droit social et en droit des obligations ne sont pas totalement identiques. Dans un premier point, nous nous penchons donc succinctement sur le concept de force majeure en droit des obligations (A). Ensuite, nous analysons la portée de cette notion en droit social (B), pour nous arrêter plus particulièrement sur son évolution en matière de réintégration (ou non) du travailleur médicalement incapable (C). Le droit social a en effet connu des développements législatifs récents en la matière.

#### A. Force majeure en droit des obligations

##### 1. Définition

La force majeure est définie par la Cour de cassation comme étant « un événement imprévisible et insurmontable qui est indépendant de la volonté humaine et qui ne peut être provoqué par elle. La force majeure ne peut résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine que l'homme n'a pu prévoir ou prévenir »<sup>157</sup>. Les auteurs du Code civil n'ont, pour leur part, pas jugé utile de donner une définition précise de la force majeure<sup>158</sup>, laissant le soin aux cours et tribunaux de définir cette notion.

Selon l'article 1147 du Code civil, « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ». Le législateur poursuit en disant qu'« il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit »<sup>159</sup>. À la lecture conjointe de ces deux articles, nous comprenons que la force majeure est un type de cause étrangère libératoire<sup>160</sup> survenue postérieurement à la conclusion du contrat. Cette cause étrangère libératoire décharge le débiteur de toute res-

<sup>157</sup> Cass., 18 septembre 2000, R.G. n° S.00.0016N, p. 2, [http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download\\_blob?idpdf=F-20000918-3](http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20000918-3) (consultation : 21 septembre 2017); Cass., 10 novembre 1976, J.T.T., 1978, p. 131.

<sup>158</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Syllabus de droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1999-2000, p. 1987; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., *op. cit.*, pp. 497 et 498.

<sup>159</sup> Art. 1148 C. civ.

<sup>160</sup> Parmi les causes étrangères exonératoires, nous retrouvons la force majeure, le cas fortuit, le fait d'un tiers, le fait du prince, le fait ou la faute du créancier; M. DAVAGLE, Fr. LAMBINET et St. GILSON, « La question de la force majeure dite médicale », in St. GILSON et P. VANHAVERBEKE (dir.), *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, coll. Jeune Barreau de Mons, Limal, Anthemis, 2015, p. 210.

ponsabilité à condition qu'il démontre que l'existence de l'impossibilité d'exécution est étrangère à sa propre faute<sup>161</sup>.

## 2. Conditions

Pour pouvoir être constitutif de force majeure, l'événement doit donc réunir deux conditions : il doit rendre l'exécution de l'engagement impossible, insurmontable<sup>162</sup> et être indépendant de la volonté humaine<sup>163</sup>, c'est-à-dire inévitable et imprévisible<sup>164</sup>. La charge de la preuve de ces deux conditions repose sur le débiteur qui cherche à s'exonérer de sa responsabilité et peut être invoquée par toutes voies de droit.

## 3. Effets

La démonstration de l'existence de la force majeure par le débiteur peut emporter des conséquences variées. Selon la situation, le contrat peut être dissous partiellement ou totalement. Il peut aussi seulement être suspendu lorsque la force majeure n'est que temporaire. Dans les contrats unilatéraux<sup>165</sup>, où seule une partie s'oblige, la force majeure qui affecte l'obligation principale du débiteur au contrat entraîne la dissolution de celui-ci<sup>166</sup>. Dans les contrats synallagmatiques<sup>167</sup>, où les parties sont tenues d'obligations réciproques, la Cour de cassation soutient, depuis un arrêt de principe du 27 juin 1946, que « [...] l'extinction, par la force majeure, des obligations d'une partie, entraîne l'extinction des obligations corrélatives de l'autre partie et justifie, dès lors, la dissolution du contrat »<sup>168</sup>. Une fois dissous, le contrat s'éteint de plein droit, sans effet rétroactif. La Cour de cassation accepte également l'effet suspensif de la force majeure lorsque la force majeure entraîne seulement un empêchement temporaire de l'obligation du débiteur et que le contrat peut encore être « utilement exécuté après le délai convenu »<sup>169</sup>. Dès que le débiteur se retrouve en mesure d'exécuter l'obligation suspendue, la force majeure est levée ; les obligations des parties ainsi suspendues se verront restaurées.

Selon le principe de bonne foi consacré par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, la force majeure entraîne, envers le débiteur, une obligation d'information du créancier, à moins que la survenance de la force majeure ne l'en empêche.

<sup>161</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., p. 498.

<sup>162</sup> L'appréciation de la notion d'impossibilité doit être faite *in abstracto* mais de manière raisonnable et humaine ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., p. 499 ; M. DAVAGLE, Fr. LAMBINET et St. GILSON, « La question de la force majeure dite médicale », op. cit., p. 213.

<sup>163</sup> Art. 1148 C. civ.

<sup>164</sup> « Le cas de la force majeure ne peut résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n'a pu ni prévoir, ni conjurer », Cass., 28 novembre 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 390.

<sup>165</sup> Art. 1103 C. civ.

<sup>166</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., p. 503.

<sup>167</sup> Art. 1102 C. civ.

<sup>168</sup> Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., p. 506.

<sup>169</sup> Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460.

Il convient également de préciser que le régime de la force majeure n'est pas d'ordre public ; par conséquent, les parties peuvent librement l'organiser via des clauses particulières insérées dans le contrat.

## B. Force majeure en droit social

### 1. Définition

L'application de la force majeure au contrat de travail nécessite de faire appel aux concepts civilistes exposés ci-dessus puisque aucune théorie de la force majeure propre au droit social n'existe. Toutefois, le droit social et, plus spécifiquement, la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail n'ignorent pas complètement la notion de force majeure ; plusieurs références peuvent d'ailleurs y être relevées.

À l'article 26 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, le législateur stipule que « les événements de force majeure n'entraînent pas la rupture du contrat lorsqu'ils ne font que suspendre momentanément l'exécution du contrat ». Cette disposition consacre l'effet suspensif de la force majeure également présent en droit civil<sup>170</sup>.

L'article 32, 5<sup>o</sup>, de la loi sur les contrats de travail est une illustration de l'effet extinctif de la force majeure en ce qu'il stipule que « [...] les engagements résultant des contrats régis par la présente loi prennent fin [...] par la force majeure ». L'article 32, 5<sup>o</sup>, s'oppose, d'une certaine manière, à l'effet suspensif de l'article 26 vu ci-avant, qui stipule que la force majeure temporaire n'entraîne pas la rupture du contrat de travail.

Comme les auteurs du Code civil, le législateur social ne consacre pas de définition de la notion de force majeure. Cependant, les cours et tribunaux du travail retiennent de manière générale la même définition de la force majeure que celle donnée par la Cour de cassation en droit des obligations. La force majeure en droit social « résulte [également] d'un événement imprévisible qui constitue un obstacle insurmontable à la réalisation de l'obligation sans qu'une faute puisse être imputée au débiteur »<sup>171</sup>.

### 2. Conditions

Hormis ces quelques références éparées contenues dans la législation sociale, l'applicabilité de la force majeure en droit social fait appel aux principes civilistes vus précédemment. Pour être constitutif de force majeure, l'événement apporté par le débiteur doit donc être inévitable et imprévisible, c'est-à-dire

<sup>170</sup> Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460.

<sup>171</sup> Cass., 10 novembre 1976, *J.T.T.*, 1978, p. 131, cité notamment dans C. trav. Mons, 15 janvier 1998, R.G. n° 12967, <http://jure.juridat.just.fgov.be/> ; C. trav. Gand (2<sup>e</sup> ch.), 25 mars 2002, *T.G.R.*, 2002, p. 172 ; C. trav. Mons, 25 novembre 1996, *Chron. D.S.*, 2001, p. 539 ; W. VAN EECKHOUTTE et al., *Sociaal Compensatiedium socialezekerheidsrecht 2008-2009*, Malines, Kluwer, 2008, pp. 1797 à 1798.

indépendant de la volonté humaine, insurmontable, rendant l'exécution de l'engagement impossible et exempt de toute faute du débiteur.

### 3. Effets

La force majeure a pour effet premier de libérer le débiteur de toute responsabilité envers le créancier en cas d'inexécution de son obligation<sup>172</sup>. L'absence de faute dans le chef de celui qui l'invoque étant une condition d'existence de la force majeure, celle-ci ne peut entraîner une quelconque sanction contre celui qui s'en prévaut. En droit social, l'application de la force majeure ne peut ainsi entraîner, dans le chef du travailleur qui l'invoque, un licenciement pour motif grave ou une sanction disciplinaire prévue dans le règlement de travail. Dans le chef de l'employeur qui s'en prévaut, elle ne peut non plus engendrer le paiement d'une indemnité de préavis ou d'une quelconque autre indemnité.

Conformément à la théorie des risques, le législateur social consacre expressément l'effet extinctif de la force majeure en ce qu'elle peut mettre fin au contrat de travail dans certaines situations<sup>173</sup>. En effet, «le contrat de travail est [...] un contrat synallagmatique, les obligations des parties sont interdépendantes l'une de l'autre. Il en résulte que le défaut d'exécution de l'une autorise l'autre à constater la rupture du contrat»<sup>174</sup>. Ainsi, comme en droit civil, lorsque l'exécution des obligations devient définitivement impossible dans le chef d'une des parties, l'obligation corrélatrice de l'autre disparaît également de sorte que le contrat de travail prend fin de plein droit<sup>175</sup>.

Il convient toutefois de nuancer ces propos en matière d'effet extinctif de la force majeure en droit social. Selon la jurisprudence, la force majeure ne met en effet pas fin au contrat de travail de façon automatique. En matière de contrat de travail, la résiliation du contrat intervient seulement si «une partie, que ce soit l'employeur ou le travailleur, l'invoque et la constate»<sup>176</sup>.

Ainsi, la Cour du travail de Mons énonce que «pour qu'un état de force majeure entraîne la dissolution de plein droit du contrat, il faut que ce fait réponde à toutes les caractéristiques de la force majeure en droit civil, c'est-à-dire que :

- l'obstacle à la poursuite de l'exécution du contrat soit *réellement insurmontable* et ne rende pas simplement plus difficile ou plus onéreuse celle-ci ;
- l'empêchement doit être *définitif*<sup>177</sup> ;

<sup>172</sup> Soulignons que la suspension des obligations n'est pas toujours totale.

<sup>173</sup> Art. 32, 5°, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

<sup>174</sup> V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 855.

<sup>175</sup> C. trav. Bruxelles, 12 novembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 56 ; M. DAVAGLE, Fr. LAMBINET et St. GILSON, « La question de la force majeure dite médicale », op. cit., pp. 218 et 219.

<sup>176</sup> Voy. not. C. trav. Gand, 12 décembre 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 1437 ; C. trav. Mons, 4 mai 2015, R.G. n° 2014/AM/9, [www.terralaboris.be/IMG/pdf/ctm\\_2015\\_05\\_04\\_2014\\_am\\_9.pdf](http://www.terralaboris.be/IMG/pdf/ctm_2015_05_04_2014_am_9.pdf) (consultation : 8 août 2017).

<sup>177</sup> Cass., 10 janvier 1994, *J.T.T.*, 1994, p. 209.

- la force majeure ne peut provenir que d'un événement indépendant de la volonté de l'intéressé qui ne pouvait ni le prévoir ni le conjurer<sup>178</sup> ; de même, la partie qui se prévaut de la force majeure ne peut se voir reprocher *aucune faute* dans les événements qui ont précédé, préparé ou accompagné l'empêchement ;
- en droit du travail, l'empêchement s'apprécie par rapport au *travail convenu* au moment où surgit l'obstacle<sup>179</sup>,<sup>180</sup>.

La force majeure peut être invoquée par le travailleur ou par l'employeur. Selon les principes civilistes relatifs à la charge de la preuve<sup>181</sup>, c'est généralement le débiteur de l'obligation qui se trouve empêché qui invoque l'événement de force majeure pour justifier la non-exécution de sa propre obligation. Nous constatons toutefois que l'employeur est souvent amené à invoquer la théorie de la force majeure alors que c'est le travailleur qui n'est plus en mesure d'exécuter définitivement ses obligations au contrat (cas de la force majeure médicale, voy. *infra*). Cette différence s'explique cependant en ce qu'elle permet à l'employeur de se dégager de ses obligations notamment listées à l'article 20 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail en cas d'incapacité du travailleur.

La force majeure peut également entraîner la suspension temporaire du contrat de travail. À cet égard, nous avons déjà fait référence à l'article 26 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail<sup>182</sup>. Nous pensons particulièrement à l'incendie qui pourrait détruire l'entreprise, l'impossibilité d'accès à l'entreprise due à des travaux de voirie<sup>183</sup>, le retrait de permis de conduire<sup>184</sup>, la faillite<sup>185</sup>, la déconfiture<sup>186</sup>...

Dans certains cas également, la suspension des obligations contractuelles est aménagée. En effet, l'employeur peut être tenu de rémunérer son travailleur quand bien même celui-ci serait dans l'impossibilité insurmontable de prester ses obligations<sup>187</sup>. La symétrie est donc moins évidente qu'en droit civil.

<sup>178</sup> Cass., 9 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 153 ; Cass., 1<sup>er</sup> juin 1988, *Pas.*, I, p. 1185.

<sup>179</sup> H. FUNCK, « La fin du contrat : les modes de droit civil – De l'apport du droit civil en droit du travail », in *Contrats de travail : 20<sup>e</sup> anniversaire de la loi du 3 juillet 1978*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 1998, p. 154.

<sup>180</sup> C. trav. Mons, 4 mai 2015, R.G. n° 2014/AM/9, [www.terralaboris.be/IMG/pdf/ctm\\_2015\\_05\\_04\\_2014\\_am\\_9.pdf](http://www.terralaboris.be/IMG/pdf/ctm_2015_05_04_2014_am_9.pdf) (consultation : 8 août 2017), nous soulignons.

<sup>181</sup> Art. 1315 C. civ.

<sup>182</sup> « Les événements de force majeure n'entraînent pas la rupture du contrat lorsqu'ils ne font que suspendre momentanément l'exécution du contrat [...] »

<sup>183</sup> ONEM, « Chômage temporaire – force majeure », *Feuille info*, n° E24, 13 juillet 2017, [www.onem.be/fr/documentation/feuille-info/e24](http://www.onem.be/fr/documentation/feuille-info/e24) (consultation : 19 août 2017).

<sup>184</sup> M. DAVAGLE, Fr. LAMBINET et St. GILSON, « La question de la force majeure dite médicale », op. cit., p. 216.

<sup>185</sup> Art. 26, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., p. 508.

Dès que la force majeure temporaire prend fin, le contrat de travail reprend de plein droit, à condition que son exécution soit toujours utile dans le chef des parties.

### C. Cas particulier de la force majeure médicale

À l'origine, la Cour de cassation considérait que, par application de l'article 26, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi relative aux contrats de travail, « l'impossibilité pour le travailleur de fournir son travail par suite de maladie ou d'accident [suspendait] l'exécution du contrat »<sup>188</sup>. Partant, selon la Cour, l'incapacité, même définitive, d'un travailleur ne pouvait entraîner la dissolution du contrat de travail mais seulement sa suspension. En 1981<sup>189</sup>, le point de vue de la Cour de cassation évolua. Depuis sa décision du 5 janvier 1981, la Cour établit une distinction entre l'incapacité de travail définitive et l'incapacité de travail temporaire. Elle déclare que « l'incapacité de travail "permanente" par laquelle le travailleur se trouve définitivement dans l'impossibilité de reprendre le travail » est constitutive de force majeure et peut, de ce fait, mettre fin au contrat de travail. *A contrario*, lorsque l'incapacité de travail est temporaire, les obligations du contrat sont simplement suspendues en vertu de l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la loi relative aux contrats de travail. Ainsi, dans le respect de la jurisprudence de la Cour de cassation, la Cour du travail de Mons a décidé que, lorsque l'incapacité est « permanente, irrévocable et empêche dès lors définitivement l'exécution du travail convenu »<sup>190</sup>, l'autre partie au contrat peut invoquer la force majeure pour mettre fin à celui-ci.

Comme mentionné ci-avant, la notion de « travail convenu » est prise en compte par les juridictions sociales pour apprécier les effets de la force majeure sur la relation de travail. Par travail convenu, les cours et tribunaux entendent « celui qui devait être normalement exécuté par le travailleur au moment où est survenue l'incapacité de travail d'après les termes du contrat et en fonction de l'organisation du travail mise en place par l'employeur et acceptée par le travailleur »<sup>191</sup>. À cet égard, les juridictions acceptent que le travail convenu ne soit pas le seul indiqué dans le contrat de travail mais qu'il fasse « partie du champ contractuel, c'est-à-dire que l'employeur pouvait raisonnablement demander à son travailleur d'exécuter sans pour autant se rendre responsable d'une modifi-

<sup>188</sup> Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460; Fr. LAMBINET, « Le (nouveau) sort des travailleurs inaptes: que cache le trajet de réintégration? Entre processus volontaire de remise au travail et exclusion forcée », in M. VERWILGEN (dir.), *La réforme du droit du travail*, Limal, Anthemis, 2017, p. 27; M. DAVAGLE, Fr. LAMBINET et St. GILSON, « La question de la force majeure dite médicale », *op. cit.*, p. 222.

<sup>189</sup> Cass., 5 janvier 1981, *J.T.T.*, 1981, p. 184.

<sup>190</sup> C. trav. Mons, 16 mars 2004, [https://lex.be/fr/doc/be/jurisprudence-mons-mons/cour-du-travail-arret-30-juin-2004-bejc\\_2004063017\\_fr](https://lex.be/fr/doc/be/jurisprudence-mons-mons/cour-du-travail-arret-30-juin-2004-bejc_2004063017_fr) (consultation: 19 août 2017).

<sup>191</sup> C. trav. Mons, 30 juin 2004, R.G. n° 16.879, inédit; Cass., 2 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 504; C. trav. Mons, 4 mai 2015, R.G. n° 2014/AM/9, [www.terralaboris.be/IMG/pdf/ctm\\_2015\\_05\\_04\\_2014\\_am\\_9.pdf](http://www.terralaboris.be/IMG/pdf/ctm_2015_05_04_2014_am_9.pdf) (consultation: 8 août 2017).

cation, fût-ce temporaire, d'un des éléments essentiels du contrat de travail »<sup>192</sup>. Si nous nous étions limités à la lecture civiliste stricte de la définition du travail convenu donnée par la jurisprudence, une fois que le « seul » travail convenu dans le contrat serait devenu impossible, insurmontable, le contrat aurait dû prendre fin dès l'invocation de la force majeure par les parties. Or, une telle situation n'aurait pas été tenable en droit du travail compte tenu de ses spécificités et de la réalité de terrain vécue par les parties. C'est d'ailleurs dans cet ordre d'idées que le législateur a opté pour une obligation de reclassement du travailleur, à charge de l'employeur, en cas d'incapacité définitive de travail partielle en vertu de l'article 34 (nouveau) de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail<sup>193</sup>. La procédure relative à cette obligation de reclassement était précisée dans l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé<sup>194</sup>.

#### 1. Application de la force majeure médicale avant le 9 janvier 2017

Dans ce premier point, nous nous intéressons à la conception de la force majeure dans le système qui existait avant le 9 janvier 2017. Nous dégageons les différentes questions qui se posaient autour de son application et voyons dans un second point de quelle manière le système actuel tente d'y répondre.

Il y a encore une quinzaine d'années, avant l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, l'employeur n'était pas tenu de proposer un travail adapté au travailleur en incapacité permanente partielle lorsque celle-ci constituait un cas de force majeure. De la sorte, la force majeure médicale entraînait, selon la jurisprudence développée par la Cour de cassation, la rupture du contrat de travail sans que l'employeur ne soit tenu à une quelconque obligation de reclassement.

Dictée par l'évolution de la législation européenne en matière de surveillance de santé et d'emploi adapté<sup>195</sup>, l'adoption de l'arrêté royal du 28 mai

<sup>192</sup> C. trav. Mons, 4 mai 2015, R.G. n° 2014/AM/9, p. 15, [www.terralaboris.be/IMG/pdf/ctm\\_2015\\_05\\_04\\_2014\\_am\\_9.pdf](http://www.terralaboris.be/IMG/pdf/ctm_2015_05_04_2014_am_9.pdf) (consultation: 8 août 2017).

<sup>193</sup> Art. 34 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail: « L'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident qui empêche définitivement le travailleur d'effectuer le travail convenu peut seulement mettre fin au contrat de travail pour cause de force majeure au terme du trajet de réintégration du travailleur qui ne peut exercer définitivement le travail convenu, établie en vertu de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

Le présent article ne porte pas atteinte au droit de mettre fin au contrat de travail moyennant le respect d'un délai de préavis ou le paiement d'une indemnité conformément aux dispositions de la présente loi. »

<sup>194</sup> Arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, *M.B.*, 16 juin 2003, aujourd'hui abrogé par l'article 2, 2°, de l'arrêté royal du 28 avril 2017 établissant le livre I<sup>er</sup> Principes généraux du code du bien-être au travail, *M.B.*, 12 juin 2017.

<sup>195</sup> Consulter notamment le site internet de l'Agence FSE – Fonds Social Européen: [www.fse.be/index.php?id=fse\\_accueil](http://www.fse.be/index.php?id=fse_accueil) (consultation: 21 septembre 2017); COMMISSION EUROPÉENNE, « Fond social européen, 50 ans d'investissement », 2007, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/esf/docs/50th\\_](http://ec.europa.eu/employment_social/esf/docs/50th_)

2003<sup>196</sup> imposa à l'employeur une obligation de reclassement des travailleurs en incapacité de travail définitive partielle dans l'hypothèse où le travail convenu ne peut plus être exécuté<sup>197</sup>.

La procédure de reclassement qui, jusqu'il y a peu, était contenue aux articles 39 et suivants de l'arrêté royal du 28 mai 2003<sup>198</sup> peut être résumée comme suit: lorsque le médecin traitant du travailleur le considérait en incapacité définitive et inapte à poursuivre le travail convenu, le travailleur avait le droit de bénéficier d'une procédure de reclassement.

Pendant la procédure de reclassement, l'employeur devait s'efforcer « d'affecter le plus rapidement possible à un autre poste ou à une autre activité conformes aux recommandations fournies par le conseiller en prévention-médecin du travail, tout travailleur dont le formulaire d'évaluation de santé en fai[sai]t la recommandation »<sup>199</sup>. L'employeur qui était dans l'impossibilité d'offrir un autre poste ou une autre activité au travailleur devait se justifier auprès du médecin-inspecteur du travail de l'Inspection médicale du travail.

Afin de préserver le travailleur dans l'attente d'une décision, le législateur avait pris soin de prévoir que « le travailleur qui a introduit un recours ne pourra subir aucune perte de salaire jusqu'au jour où la décision définitive est prise »<sup>200</sup>. « Durant cette période », il devait accepter toute activité que le conseiller en prévention-médecin du travail aura jugé compatible avec son état de santé. Autrement dit, l'obligation du travailleur d'accepter le travail adapté proposé par le conseiller en prévention-médecin du travail ne valait que pendant la procédure de recours. À l'issue de la procédure de recours, la décision du conseiller en prévention-médecin du travail devenait définitive. En matière de preuve, il convient de préciser que « tant qu'une décision définitive concernant l'aptitude au travail du travailleur n'[avait] pas [été] prise, l'incapacité de travail définitive n'[était] pas prouvée »<sup>201</sup>.

Reste alors la question de savoir si l'employeur pouvait mettre fin au contrat pour cause de force majeure avant l'écoulement du délai de recours légal, c'est-à-dire avant que la décision du conseiller en prévention-médecin du travail devienne définitive et que l'inaptitude définitive ne soit prouvée. La question est importante lorsqu'il s'agit de comparer la force majeure en droit social et la

anniversary\_book\_fr.pdf (consultation: 21 septembre 2017); M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, coll. Arbeidsrecht, n° 19, Bruges, die Keure, 2017, pp. 69 et s.

<sup>196</sup> L'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs est aujourd'hui abrogé par l'article 2, 2°, de l'arrêté royal du 28 avril 2017 établissant le livre I<sup>er</sup> Principes généraux du code du bien-être au travail, M.B., 12 juin 2017.

<sup>197</sup> Si l'incapacité définitive partielle n'empêche pas d'exécuter le travail convenu, il n'y a pas lieu d'appliquer l'obligation de reclassement.

<sup>198</sup> Voy. not. art. 39, 40, 41, 51, 55, 59 à 63, 64 et 65 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, M.B., 16 juin 2003.

<sup>199</sup> Art. 70, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs.

<sup>200</sup> Art. 70, § 2, de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs.

<sup>201</sup> Art. 70, § 3, de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs.

force majeure en droit des obligations dans la mesure où elle porte directement sur la question de savoir à quel moment est ou peut être constatée la force majeure.

Plus largement, la question du respect de la procédure à respecter contenue dans l'arrêté royal du 28 mai 2003 avant de pouvoir dissoudre le contrat pour force majeure est controversée en doctrine et jurisprudence depuis de nombreuses années.

Selon un certain courant jurisprudentiel, « l'existence d'un événement de force majeure n'est pas liée au respect d'une procédure déterminée, nonobstant les dispositions de l'arrêté royal du 28 mai 2003. L'arrêté royal ne modifie, en effet, aucunement la notion de force majeure telle qu'elle est définie en *droit commun* »<sup>202</sup>. Selon cette thèse, le fait que les prescrits indiqués dans l'arrêté royal du 28 mai 2003 ne soient pas respectés n'a aucune incidence sur le constat de la force majeure. Ainsi, l'employeur pourrait procéder à la rupture du contrat pour cause de force majeure sans respecter la procédure de reclassement. Envisagée comme une obligation contractuelle, le non-respect de la procédure de reclassement ouvrirait alors la possibilité, pour le travailleur lésé, de demander à l'employeur des dommages et intérêts sur la base de l'article 1382 du Code civil<sup>203</sup>. Selon ce courant dit civiliste, la force majeure pouvant être prouvée par toutes voies de droit, il n'est pas concevable que des dispositions particulières contenues dans l'arrêté royal du 28 mai 2003 conditionnent l'apport de cette preuve.

Selon une autre thèse, la notion de force majeure en droit social s'éloigne de la notion de force majeure en droit civil en ce que c'est seulement à partir du moment où la décision du conseiller en prévention-médecin du travail devient définitive et que la procédure de reclassement contenue dans l'arrêté royal du 28 mai 2003 est respectée que la force majeure est établie<sup>204</sup>. Ainsi, le constat de force majeure est soumis à une condition d'existence supplémentaire: la force majeure ne peut être invoquée que lorsque l'obligation de reclassement est impossible. Cette conception de la force majeure s'éloigne fortement de la

<sup>202</sup> C. trav. Mons, 4 mai 2015, R.G. n° 2014/AM/9; voy. également Cass., 2 octobre 2000, *Pas.*, 2000, p. 1434 et Trib. trav. Bruxelles, 6 avril 2009, R.G. n° 2347/07, [www.terralaboris.be/spip.php?article697](http://www.terralaboris.be/spip.php?article697) (consultation: 20 août 2017); C. trav. Bruxelles, 23 avril 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 282; C. trav. Liège, 16 avril 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 459; C. trav. Mons, 14 novembre 2013, R.G. n° 2012/AM/408; Trib. trav. Arlon, 2 février 2016, R.G. n° 12/82/A, inédit; Fr. LAMBINET, « Le (nouveau) sort des travailleurs inaptes: que cache le trajet de réintégration? Entre processus volontaire de remise au travail et exclusion forcée », *op. cit.*, p. 38.

<sup>203</sup> M. DAVAGLE, *L'incapacité de travail en droit commun et les obligations qui en découlent pour l'employeur et le travailleur*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 227; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium 2011-2012 - Droit du travail*, t. II, n° 3720, réf. citées dans M. DAVAGLE, Fr. LAMBINET et St. GILSON, « La question de la force majeure dite médicale », *op. cit.*, pp. 240 et 241.

<sup>204</sup> C. trav. Liège (section Namur), 23 juin 2008, R.G. n° 8287/06; C. trav. Liège (section Namur), 13 janvier 2009, *R.R.D.*, 2009, p. 261, *J.T.T.*, 2009, p. 132; C. trav. Liège (section Namur), 23 mars 2010, R.G. n° 2009/AN/8.735; C. trav. Liège, 15 mai 2015, R.G. n° 2014/AL/185, inédit; Trib. trav. Bruxelles, 4 avril 2014, R.G. n° 127.176-A; C. trav. Liège, 15 mai 2015, inédit, R.G. n° 2014/AL/185.

théorie civiliste de celle-ci. Dans un arrêt du 6 mai 2015, le Tribunal du travail de Bruxelles présente clairement la situation. Il déclare ce qui suit: «à la suite de la mise en œuvre de l'arrêté royal du 28 mai 2003, l'employeur ne peut plus constater la rupture du contrat pour cas de force majeure médicale sans recourir aux procédures organisées et qui visent, avant tout, à favoriser un reclassement professionnel de la personne dont il serait établi qu'elle ne peut plus poursuivre son activité habituelle. Cette procédure doit être suivie et ne peut être court-circuitée. La nouvelle législation<sup>205</sup> poursuit clairement l'objectif d'éviter toute rupture du contrat fondée sur un cas de force majeure médicale sans que le travailleur puisse préalablement bénéficier d'une *procédure, contradictoire, envisageant toutes les possibilités de reclassement au sein de l'entreprise*. Cette procédure permet tout d'abord de s'assurer de la *réalité* de l'inaptitude définitive par rapport à la fonction occupée mais aussi ensuite de la possibilité ou non d'opérer un *reclassement*. Ce n'est qu'ensuite que la force majeure peut être constatée. Le tribunal rejoint la conclusion qu'a donnée la Cour du travail de Liège<sup>206</sup> au concept actuel de force majeure médicale: "La constatation de la force majeure médicale n'est ainsi pas supprimée mais *encadrée*. L'employeur doit veiller à ce que la procédure puisse être suivie faute de quoi il doit supporter les conséquences d'une décision de rupture précipitée". Pour considérer que *l'employeur n'a commis aucune faute*, ce qui constitue une des trois obligations de l'approche civiliste de la force majeure, il convient qu'il se soit *conformé aux principales obligations liées au respect du bien-être* des travailleurs reprises à la loi du 4 août 1996, à l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif à la *politique du bien-être des travailleurs* lors de l'exécution de leur travail et aux *obligations* visées à l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la *surveillance de la santé des travailleurs*."»<sup>207</sup>

Lorsqu'à l'issue de la procédure de reclassement, un emploi adapté était proposé au travailleur et que celui-ci l'acceptait, le contrat de travail initial était remplacé, en tout ou en partie, par un nouveau contrat. Ce remplacement se faisait sans interruption et ne donnait lieu à aucune prestation ni indemnité de préavis. Dans certaines situations, le reclassement avait pour effet de modifier des éléments essentiels du contrat comme la fonction et/ou la rémunération. Dans ce cas, le contrat de travail initial disparaissait complètement pour laisser place à un nouveau contrat par le mécanisme de la novation par changement d'objet, bien connu en droit civil<sup>208</sup>.

Dans l'hypothèse où, à la fin de la procédure de reclassement, un emploi adapté était proposé au travailleur et que celui-ci le refusait, il s'exposait au risque de voir son contrat de travail rompu pour cause de force majeure avec toutes les conséquences que cela comporte: risque d'être sanctionné au niveau du chô-

<sup>205</sup> Aujourd'hui modifiée.

<sup>206</sup> C. trav. Liège, 23 mars 2010, R.G. n° 2009/AN/8735.

<sup>207</sup> Trib. trav. Bruxelles, 6 mai 2015, R.G. n° 13/6.128/A, [http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download\\_blob?idpdf=F-20150506-1](http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20150506-1) (consultation: 20 août 2017), nous soulignons.

<sup>208</sup> Art. 1234 C. civ.

mage pour avoir refusé un emploi convenable<sup>209</sup>, absence de préavis et de toute autre indemnité. Nous étions ici dans le paradoxe d'une force majeure qui n'était plus totalement étrangère à une des parties au contrat puisque le travailleur, en refusant l'emploi adapté qui lui était proposé, créait lui-même la force majeure que l'autre partie pouvait invoquer pour rompre le contrat, sans préavis ni indemnité.

## 2. Application de la force majeure médicale dans le système actuel

L'arrêté royal du 28 mai 2003, récemment abrogé<sup>210</sup> et intégré<sup>211</sup> dans l'arrêté royal du 28 avril 2017 établissant le livre I<sup>er</sup> Principes généraux du code du bien-être au travail<sup>212</sup>, a connu plusieurs modifications apportées par l'arrêté royal du 28 octobre 2016 modifiant l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs en ce qui concerne la réintégration des travailleurs en incapacité de travail<sup>213</sup>.

Entrée en vigueur le 9 janvier 2017, la loi du 20 décembre 2016 portant des dispositions diverses en droit du travail liées à l'incapacité de travail<sup>214</sup> introduit un *nouvel*<sup>215</sup> article 34 dans la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Dans sa formulation actuelle, l'article 34 énonce que «l'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident qui empêche définitivement le travailleur d'effectuer le travail convenu peut seulement mettre fin au contrat de travail pour cause de force majeure au terme du *trajet de réintégration* du travailleur qui ne peut exercer définitivement le travail convenu, établie en vertu de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail [...]»<sup>216</sup>.

Le (présenté par le gouvernement fédéral comme) «nouveau» trajet de réintégration diffère fondamentalement peu de l'ancienne procédure de reclassement. Aujourd'hui, la procédure de réintégration initiée par le conseiller en prévention-médecin du travail peut non seulement l'être à la demande du travailleur mais également à la demande de son médecin traitant, du médecin-conseil de la mutuelle ou de son *employeur*. Une fois qu'il a reçu une demande

<sup>209</sup> Art. 22 et s. de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, M.B., 31 décembre 1991.

<sup>210</sup> Comme dit *supra*, l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs est aujourd'hui abrogé par l'article 2, 2°, de l'arrêté royal du 28 avril 2017 établissant le livre I<sup>er</sup> Principes généraux du code du bien-être au travail, M.B., 12 juin 2017.

<sup>211</sup> Soulignons qu'un bon nombre d'articles de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs ont été modifiés ou complétés lors de leur intégration dans le Code de bien-être au travail.

<sup>212</sup> Arrêté royal du 28 avril 2017 établissant le livre I<sup>er</sup> Principes généraux du code du bien-être au travail, M.B., 12 juin 2017.

<sup>213</sup> M.B., 24 novembre 2016.

<sup>214</sup> M.B., 30 décembre 2016.

<sup>215</sup> L'ancien article 34 n'est cependant jamais entré en vigueur.

<sup>216</sup> Art. 34 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

de réintégration, le conseiller en prévention-médecin du travail doit, comme avant, inviter le travailleur à se soumettre à une évaluation de réintégration à l'issue de laquelle il consigne sa décision en tenant compte du résultat de la concertation entre parties.

Lorsque l'évaluation de réintégration est terminée et transmise à l'employeur (incapacité temporaire) et que la période de recours est expirée (incapacité définitive), l'employeur est tenu d'établir un *plan de réintégration* détaillé et concret. Dans certains cas, il se peut que l'employeur démontre au médecin du travail que l'établissement d'un plan de réintégration n'est pas réalisable parce qu'il estime que cela est « techniquement ou objectivement impossible, ou que cela ne peut être exigé pour des motifs dûment justifiés »<sup>217</sup>. Si cette justification est vérifiée, le trajet de réinsertion est alors terminé.

Enfin, le travailleur dispose d'un délai de cinq jours ouvrables dès la réception du plan de réintégration afin d'émettre son avis quant à celui-ci. Lorsque le travailleur n'est pas d'accord avec le plan d'intégration établi par l'employeur et que les raisons de son choix sont dûment justifiées, le médecin du travail peut constater la fin de la procédure de réinsertion.

### 3. Liens avec le droit civil

À la seule lecture de l'actuel article 34 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, nous constatons que le respect de la procédure de réintégration est une condition préalable pour pouvoir se prévaloir de la force majeure comme mode de dissolution du contrat du travailleur en incapacité définitive. L'entrée en vigueur de l'article 34 a donc pour conséquence de mettre fin à la controverse jurisprudentielle et doctrinale relative à la question de l'examen des possibilités de reclassement du travailleur avant de procéder à la rupture du contrat pour cause de force majeure. Ainsi, la notion de force majeure médicale est quelque peu remaniée par rapport à celle dégagée par le Code napoléonien et la jurisprudence qui en découle en ce qu'elle doit répondre à une condition supplémentaire pour être appliquée.

Une question importante subsiste néanmoins : qu'en est-il de la situation du travailleur en incapacité de travail définitive dont l'origine se situe dans le comportement de l'employeur/de l'entreprise (harcèlement, conditions de travail non conformes, *burn-out*, etc.) ? Si tel est le cas, une des conditions d'existence de la force majeure dégagée en droit civil ne serait pas respectée en ce que la force majeure résulterait d'un événement dépendant de la volonté de celui qui l'invoque lorsqu'elle est soulevée par l'employeur lui-même. Ainsi, la notion de force majeure consacrée en droit social serait non seulement aménagée mais également différente de celle consacrée en droit civil. Évidemment, ce point de

<sup>217</sup> Art. 73/3, § 4, de l'arrêté royal du 28 octobre 2016 modifiant l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs en ce qui concerne la réintégration des travailleurs en incapacité de travail, *M.B.*, 24 novembre 2016.

vue implique de prouver que l'origine de l'incapacité du travailleur trouve bel et bien sa source dans un événement dépendant de la volonté de l'employeur. Or, dans l'état actuel du droit social et de son application, il n'y a (quasiment) pas de cas de reconnaissance de telles pathologies au titre de maladie professionnelle ou d'accident de travail<sup>218</sup>.

Face à ces considérations, il est judicieux de ne pas s'en tenir à la lecture stricte de l'article 34 et de considérer que le respect du trajet de réintégration est une condition nécessaire mais pas suffisante<sup>219</sup> pour mettre fin au contrat de travail pour force majeure médicale. De cette façon, la notion de force majeure en droit social est toujours soumise aux conditions ordinaires et essentielles du droit civil en la matière.

Cela étant, soulignons néanmoins que le deuxième alinéa de l'article 34 de la loi relative aux contrats de travail nous laisse quelque peu dubitatives. En effet, nous pouvons lire à l'alinéa 2 de cette disposition que « le présent article ne porte pas atteinte au droit de mettre fin au contrat de travail moyennant le respect d'un délai de préavis ou le paiement d'une indemnité conformément aux dispositions de la présente loi ». Cette phrase voudrait-elle dire qu'à l'issue du trajet de réintégration, l'employeur pourrait tout de même mettre fin au contrat de travail du travailleur qui présente un problème de santé, un handicap ? La question de la discrimination liée à l'état de santé reste ouverte<sup>220</sup>... Bien que la jurisprudence et la doctrine ne tarderont pas à nous éclairer davantage sur cette question, l'affirmative nous semble toutefois difficilement soutenable, sauf à dire que l'employeur violerait, par là même, l'interdiction de discrimination sur la base de l'état de santé actuel ou futur ou encore sur la base du handicap.

En définitive, la conception de la force majeure en droit social est à envisager dans un cadre législatif élargi dont le socle est toujours celui du droit civil. Au regard de la multiplication des exigences sociales de bien-être au travail, de la réinsertion professionnelle des travailleurs en incapacité de travail et des exigences liées à un travail adapté, le législateur social s'est distancé du droit civil en cette matière. Toutefois, bien que la notion de force majeure en droit social soit désormais aménagée, encadrée et soumise à des conditions particulières propres à ce droit, elle continue tout de même à répondre aux conditions civilistes développées dans le début de cette section.

<sup>218</sup> Cette matière étant très complexe, elle nécessiterait des développements particuliers qui nous conduiraient trop loin du cœur de notre propos. Par conséquent, nous ne l'abordons pas ici. À toutes fins utiles, voy. not. à ce sujet V. FLOHIMONT, « Apprehension about Psychosocial Risks and Disorders in Social Security: a Comparison Between the Approaches in Belgian and French Law », in L. LEROUGE (éd.), *Psychosocial Risks in Labor and Social Security Law*, Londres, Springer, pp. 305-315.

<sup>219</sup> Fr. LAMBINET, « Le (nouveau) sort des travailleurs inaptes : que cache le trajet de réintégration ? Entre processus volontaire de remise au travail et exclusion forcée », *op. cit.*, p. 57 ; A. MORTIER, « La cessation du contrat de travail causée par l'état de santé du travailleur – (Première partie) », *J.T.T.*, 2017/3, n° 1267, pp. 33 à 42.

<sup>220</sup> M. VANHEGEN, *Arbeidsongeschiktheid en re-integratie in het arbeidsrecht*, *op. cit.*, pp. 93 et s.

## Section 3

**Rupture du contrat de travail : fixation d'un délai de préavis**

Dans cette section, nous étudions la rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée et la fixation du délai de préavis, inhérent à la fin de ce type de contrat. Nous soulignons ensuite les différences avec les principes fondateurs du droit civil.

Pour rappel, nous avons choisi d'étudier spécifiquement la rupture du contrat de travail des employés. Par souci de brièveté et compte tenu des dispositions dites d'harmonisation (ouvriers-employés) entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014, nous n'abordons ni les règles relatives au licenciement des ouvriers, ni celles concernant la démission des travailleurs.

Les employés nous intéressent en raison de la règle applicable jusqu'au 31 décembre 2013 selon laquelle les employés «supérieurs» et leurs employeurs pouvaient s'accorder, dans certaines conditions, sur la longueur du délai de préavis. Nous souhaitons comparer ces règles avec les nouvelles règles de calcul de préavis applicables depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014. Cette comparaison nous permet de tirer des conclusions relatives à l'évolution du recours aux principes civilistes dans cette matière.

**A. Droit de mettre fin au contrat de travail**

Selon l'article 7 de la loi relative aux contrats de travail, «le contrat de travail est conclu soit pour une durée déterminée ou pour un travail nettement défini, soit pour une durée indéterminée. Il ne peut jamais être conclu à vie». La Cour de cassation a estimé que le droit de mettre fin unilatéralement au contrat est l'essence même de tout contrat de travail conclu à durée indéterminée<sup>221</sup>. Dans le même ordre d'idées, le droit de mettre fin au contrat de travail et l'interdiction d'engagement à vie se retrouvent également dans le Code civil, en son article 1780 qui est d'ordre public.

Selon l'article 32, 3<sup>o</sup>, de la loi du 3 juillet 1978, le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu par la volonté unilatérale des parties<sup>222</sup>. Suite à l'expression de cette volonté de rompre, à l'exception du licenciement pour motif grave, le travailleur soit preste un préavis, soit reçoit (ou paie, en cas de démission) une indemnité compensatoire de préavis.

<sup>221</sup> Cass., 16 octobre 1969, *Pas.*, I, 1970, p. 646; Cass., 31 octobre 1975, *Arr. Cass.*, 1975, p. 287.

<sup>222</sup> J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1992, p. 12.

**B. Fixation du délai de préavis des employés jusqu'au 31 décembre 2013**

La fixation d'un délai de préavis répond à certaines règles que nous approfondissons dans le présent point.

Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2014, le législateur faisait une différence entre les employés dits «inférieurs» et les employés dits «supérieurs». Un employé inférieur était qualifié comme tel lorsque qu'il percevait une rémunération annuelle brute de référence inférieure à 32.254 euros (montant au 1<sup>er</sup> janvier 2013) tandis que les employés supérieurs étaient ceux qui gagnaient une rémunération égale ou supérieure à ce montant. Il existait également certaines règles pour les employés «super supérieurs» qui recevaient au minimum 64.508 euros bruts par an (montant au 1<sup>er</sup> janvier 2013) au moment de leur entrée en service.

Pour les employés inférieurs, le délai de préavis était fixé à trois mois par tranche entamée de cinq ans d'ancienneté auprès du même employeur<sup>223</sup>.

En ce qui concerne les employés supérieurs, le délai de préavis devait être déterminé par convention conclue au plus tôt au moment où le congé était donné ou par le juge. Il ne pouvait être inférieur au minimum légal de trois mois par tranche entamée de cinq ans d'ancienneté auprès du même employeur<sup>224</sup>. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le délai de préavis des employés supérieurs devait «être déterminé eu égard à la possibilité existante pour le travailleur, au moment de la notification du préavis, de trouver rapidement un emploi adéquat et équivalent, compte tenu de l'ancienneté de l'intéressé, de son âge, de l'importance de ses fonctions et du montant de ses rémunérations, selon les éléments propres à la cause»<sup>225</sup>. Sur la base de la jurisprudence, certaines formules statistiques ont été élaborées afin d'aider les personnes intéressées et les juges à calculer le préavis (délai ou indemnité compensatoire) des employés supérieurs. La formule Claeys était la plus connue<sup>226</sup>.

En d'autres termes, une convention entre l'employeur et le travailleur licencié relative à la durée du préavis pouvait être conclue après le congé<sup>227</sup>. En cas

<sup>223</sup> Art. 82, § 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, abrogé par l'article 50 de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, *M.B.*, 31 décembre 2013.

<sup>224</sup> Art. 82, § 3, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, abrogé par l'article 50 de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement.

<sup>225</sup> Cass., 3 février 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 58.

<sup>226</sup> [www.formuleclaeys.be/ECMS\\_CLIENT/configuration/pages/contracttypeFC.php](http://www.formuleclaeys.be/ECMS_CLIENT/configuration/pages/contracttypeFC.php): «Pour les employés dont la rémunération annuelle brute est inférieure à 120.000 EUR, la formule Claeys 2011 est la suivante:  $(0,87 \times \text{Ancienneté}) + (0,055 \times \text{Âge}) + (0,038 \times \text{Rémunération annuelle brute} / 1000 \times 117,2 / \text{indice du mois du licenciement}) - 1,95 = \text{nombre de mois de préavis.}$ »

<sup>227</sup> Il s'agit de l'expression de la rupture du contrat.

d'échec de la négociation, les parties devaient se tourner vers les juridictions du travail.

Par ailleurs, pour les employés «super supérieurs»<sup>228</sup>, la manière de calculer le délai de préavis à observer par l'employeur en cas de rupture pouvait être fixée par convention conclue au plus tard au moment de l'entrée en service<sup>229</sup>.

### C. Fixation du délai de préavis des employés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2014

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014 et l'adoption de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement (ci-après, «la loi sur le statut unique»), les délais de préavis ont été harmonisés pour tous les travailleurs (employés et ouvriers).

Pour les travailleurs qui ont été engagés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2014, le préavis se calcule en deux étapes (voy. *infra*). Pour les travailleurs engagés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2014, le législateur a prévu à l'article 37/2 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail une grille reprenant les délais de préavis selon l'ancienneté du travailleur acquise au moment du licenciement.

#### 1. Première étape

Cette étape ne concerne que les travailleurs en service avant le 1<sup>er</sup> janvier 2014. Elle vise à calculer la première partie du délai de préavis sur la base de l'ancienneté acquise par le travailleur au 31 décembre 2013.

Une distinction s'opère toujours entre les employés «inférieurs» (dont la rémunération brute annuelle était de maximum 32.254 euros bruts au 31 décembre 2013) et les employés «supérieurs» (dont la rémunération brute annuelle dépassait 32.254 euros bruts au 31 décembre 2013)<sup>230</sup>.

Pour les employés inférieurs, lorsque le préavis est donné par l'employeur, le délai de préavis s'élève à trois mois par tranche entamée de cinq ans d'ancienneté<sup>231</sup>.

<sup>228</sup> Pour rappel, il s'agit des travailleurs qui recevaient au minimum 64.508,00 euros bruts par an (montant au 1<sup>er</sup> janvier 2013) au moment de leur entrée en service.

<sup>229</sup> Art. 82, § 5, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, abrogé par l'article 50 de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement.

<sup>230</sup> Art. 68 de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement.

<sup>231</sup> Art. 68, al. 2, de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, qui renvoie à l'article 82, § 2 (actuellement abrogé), de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

Pour les employés supérieurs, lorsque le préavis est donné par l'employeur, le délai de préavis est d'un mois par année d'ancienneté entamée, avec un minimum de trois mois<sup>232</sup>.

#### 2. Deuxième étape

Cette étape vise à calculer la deuxième partie du délai de préavis sur la base de l'ancienneté acquise par le travailleur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2014. Le résultat de ce calcul est exprimé en semaines.

Pour effectuer cette opération, il faut se référer à l'article 37/2 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui fixe les semaines de préavis en fonction de l'ancienneté<sup>233</sup>.

Les travailleurs qui sont engagés après le 1<sup>er</sup> janvier 2014 se verront, quant à eux, appliquer uniquement cette deuxième étape.

#### 3. Addition des délais obtenus dans les deux étapes

Pour arriver au délai de préavis, il convient d'additionner le résultat des deux étapes. Même si nous n'abordons pas ce cas, précisons toutefois que lorsque le travailleur démissionne, certains plafonds aux délais de préavis ont été fixés par le législateur<sup>234</sup>.

### D. Liens avec le droit civil

Alors que la résiliation unilatérale est strictement réglementée en droit des obligations<sup>235</sup>, le licenciement (ou la démission) est autorisé(e) par le législateur social, moyennant la prestation d'un préavis ou le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis afin de permettre à chaque partie de faire face à la rupture<sup>236</sup>. Ainsi, durant la période couverte par le préavis ou l'indemnité compensatoire de préavis, le travailleur peut chercher un autre emploi. De même, en cas de démission, l'employeur peut rechercher un nouveau travailleur, le cas échéant, durant la période pendant laquelle le travailleur démissionnaire preste son préavis<sup>237</sup>.

<sup>232</sup> Art. 68, al. 3, de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement.

<sup>233</sup> Selon l'article 37/4 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, «par ancienneté, il faut entendre la période pendant laquelle le travailleur est demeuré sans interruption au service de la même entreprise».

<sup>234</sup> Art. 69 de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement.

<sup>235</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., *op. cit.*, p. 682.

<sup>236</sup> Notons qu'il existe des règles similaires pour la rupture des baux, à savoir un préavis à respecter et/ou une indemnité à payer au bailleur ou au locataire, selon le cas.

<sup>237</sup> Même si nous n'abordons pas ce point dans le cadre de cet article, rappelons que les parties peuvent également rompre le contrat de travail d'un commun accord et organiser les modalités de ladite rupture dans une convention, moyennant le respect d'un certain nombre de dispositions impératives.

Au travers de la description des règles de calcul de préavis exposées ci-avant, nous constatons donc que les principes fondamentaux du droit civil ne sont pas (plus) applicables en matière de rupture du contrat de travail. En effet, jusqu'au 31 décembre 2013, en cas de licenciement d'un employé « supérieur », un accord sur le délai de préavis pouvait être conclu à certaines conditions entre l'employeur et le travailleur. Toutefois, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014, le législateur, voulant harmoniser les règles de calcul de préavis entre les employés et les ouvriers, a imposé la manière de calculer le préavis. En d'autres termes, alors qu'une négociation était possible sous l'ancienne législation, elle ne l'est plus dans le cadre du système actuel. Partant, les parties au contrat de travail ne disposent, en principe, d'aucune liberté (contractuelle) pour fixer le délai de préavis. Il est toutefois utile de préciser que dans le cas d'une rupture d'un commun accord, les parties peuvent déroger aux délais de préavis légaux.

Dans cette matière, le droit social s'éloigne de plus en plus des principes de base du droit des obligations.

#### Section 4

### Licenciement manifestement déraisonnable

Dans ce point, nous étudions les règles relatives au licenciement abusif et à l'obligation de motivation du licenciement.

À nouveau, au début de l'année 2014, les règles relatives au licenciement abusif ont été modifiées. Procéder à l'analyse des règles applicables à cette problématique avant et après la réforme de la motivation du licenciement nous permet d'évaluer la manière dont sont mobilisés, dans cette matière et à l'heure d'aujourd'hui, les principes civilistes exposés en première partie de cette contribution.

Dans un souci de clarté et de complétude, nous analysons les règles applicables avant et après l'entrée en vigueur de la CCT n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement<sup>238</sup> (ci-après, « CCT n° 109 »). Nous examinons ensuite si, dans cette matière, le droit social s'est distancé des principes contractuels étudiés en première partie de cette contribution.

#### A. Motivation du licenciement avant le 1<sup>er</sup> avril 2014

##### 1. Ouvriers

Aux termes de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, était considéré comme 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

<sup>238</sup> CCT n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement, rendue obligatoire par arrêté royal du 9 mars 2014.

l'ouvrier ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ».

En application de cette disposition, le licenciement d'un ouvrier n'était donc pas abusif s'il était justifié par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise ou fondé sur des motifs en lien avec la conduite ou l'aptitude du travailleur.

En ce qui concerne le premier critère, l'existence de difficultés économiques excluait le caractère abusif du licenciement s'il y avait un lien entre lesdites difficultés et le licenciement<sup>239</sup>. Il importe de préciser qu'il revenait à l'employeur d'apprécier les nécessités ou l'intérêt de son entreprise<sup>240</sup>. Si l'employeur démontrait que l'entreprise faisait face à des difficultés économiques ou d'organisation et que le licenciement trouvait sa source dans ces difficultés, aucune indemnité pour licenciement abusif n'était due au travailleur<sup>241</sup>. Un contrôle marginal pouvait être exercé par les cours et tribunaux<sup>242</sup>.

En ce qui concerne le critère de la conduite du travailleur, l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne le définissait pas. Selon Mireille Jourdan, il s'agissait d'« une manière d'agir, un comportement ou une attitude. La conduite peut être un fait isolé ou être considérée dans son ensemble »<sup>243</sup>. Cette auteure ajoutait que « dans la définition de la conduite apparaît l'exigence d'un acte volontaire posé par le travailleur, ce qui se distingue de la constatation d'un état de fait tiré, par exemple, de son aptitude ou dû aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise »<sup>244</sup>. Notons qu'il n'était pas nécessaire que l'employeur démontre une faute du travailleur<sup>245</sup>.

Troisièmement, quant au critère de l'aptitude, il visait les compétences du travailleur et l'évolution de/dans sa fonction. L'employeur disposait d'une importante marge d'appréciation. Le juge devait, pour sa part, se limiter à vérifier la réalité du motif invoqué<sup>246</sup>.

Pour terminer, il convient d'ajouter que la charge de la preuve appartenait à l'employeur. Ce dernier devait démontrer, non pas l'absence d'abus dans son chef, mais bien que le licenciement était intervenu en raison d'un des trois motifs énoncés à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et que celui-ci était avéré.

<sup>239</sup> Ch.-E. CLESSE, *Le licenciement abusif*, Waterloo, Kluwer, 2005, p. 95.

<sup>240</sup> C. trav. Liège, 20 août 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 412; C. trav. Mons, 29 juillet 1999, *J.T.T.*, 2001, p. 50.

<sup>241</sup> Ch.-E. CLESSE, *Le licenciement abusif*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>242</sup> C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, R.G. n° 41.281, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>243</sup> M. JOURDAN, *Le licenciement abusif de l'ouvrier ou la transformation d'un droit discrétionnaire en droit contrôlé*, coll. Études pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 116.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>245</sup> Ch.-E. CLESSE, *Le licenciement abusif*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>246</sup> *Ibid.*

## 2. Employés

Contrairement au régime des ouvriers, aucune règle relative au licenciement abusif des employés n'était stipulée dans la loi du 3 juillet 1978.

Hors cas particuliers prévus par la loi, la partie qui rompait le contrat de travail moyennant préavis ou indemnité compensatoire de préavis ne devait, *a priori*, pas justifier la rupture. En d'autres termes, le droit de mettre fin au contrat de travail était tout à fait discrétionnaire.

Face à un cas de licenciement abusif d'un employé, ce dernier devait recourir à la théorie civile de l'abus de droit. Il s'agit d'une notion jurisprudentielle fondée sur les articles 1134 (responsabilité contractuelle) et 1382 (responsabilité extracontractuelle) du Code civil. De nombreux critères de l'abus de droit ont été développés par la jurisprudence<sup>247</sup>. Selon la définition la plus usitée de cette notion, l'abus de droit résulte « de l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente »<sup>248</sup>. Il existe de nombreux critères particuliers de l'abus de droit que la jurisprudence a identifiés au fil du temps. L'analyse de ceux-ci dépassant notre propos, nous renvoyons donc le lecteur aux nombreuses contributions sur ce sujet<sup>249</sup>. Soulignons seulement que l'objectif de nuire au cocontractant ou l'utilisation détournée d'un droit sont régulièrement invoqués à l'appui de cette notion<sup>250</sup>. L'usage du droit contractuel litigieux peut être ramené dans ce que le juge estime être les limites normales de l'exercice de ce droit, dérogeant alors directement au principe de la force obligatoire des conventions<sup>251</sup>.

Selon la jurisprudence en droit du travail, « tout licenciement moyennant paiement d'une indemnité est, par nature, brutal mais légal. Il ne peut acquérir un caractère abusif que si des circonstances particulières sont révélatrices d'une volonté de nuire ou de suspicion à l'égard d'un employé sans reproche »<sup>252</sup>.

Si les ouvriers pouvaient profiter d'une base légale dans la loi sur les contrats de travail et d'une interprétation large de la notion de licenciement abusif, l'abus de droit était reconnu plus difficilement pour les employés. Le droit de licencier devait être exercé de façon si déraisonnable qu'aucune personne prudente et diligente n'aurait agi de la sorte dans la même situation<sup>253</sup>. L'abus de

<sup>247</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., *op. cit.*, p. 127.

<sup>248</sup> Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28; voy. les nombreuses références jurisprudentielles reprises dans P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., *op. cit.*, p. 127, note de bas de page n° 587.

<sup>249</sup> Et particulièrement à S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *J.T.*, 1996, p. 707.

<sup>250</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 1<sup>re</sup> éd., *op. cit.*, p. 127.

<sup>251</sup> B. DELCOURT, S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « Les grands principes », *op. cit.*, p. 116; J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites): réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 95; P. VAN OMMESLAGHE, « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 896; P. WÉRY, *ibid.*, pp. 125-126.

<sup>252</sup> C. trav. Liège, 1<sup>er</sup> mars 2005, R.G. n° 7.479/2003.

<sup>253</sup> C. trav. Anvers, 21 mars 1983, R.W., 1983-1984, p. 299; Trib. trav. Liège, 6 décembre 1978, *Jur. Liège*, 1979, p. 329.

droit suppose « l'anormalité de l'exercice d'un droit. Celle-ci est révélée par le caractère vexatoire ou méchant de l'intention à laquelle aurait obéi le titulaire de ce droit, par l'absence de motif légitime et par le détournement de la destination économique et sociale du droit exercé »<sup>254</sup>.

Précisons encore que contrairement au régime des ouvriers, il n'y avait pas de renversement de la charge de la preuve en ce qui concerne le licenciement abusif des employés. Partant, l'employé qui se prétendait victime d'un abus de droit devait prouver l'existence d'une faute en lien causal avec un dommage. Celui-ci devait être « distinct, en tous ses éléments, du dommage que l'indemnité de congé est destinée à réparer »<sup>255</sup>.

## B. Motivation du licenciement dans le système actuel

### 1. Contexte

Dans le contexte de l'adoption d'un statut unique pour tous les travailleurs, des voix se sont élevées pour dénoncer « l'insécurité juridique liée à une différence de traitement entre les ouvriers (article 63 de la loi du 3 juillet 1978, relatif au licenciement abusif) et les employés (théorie de l'abus de droit) en ce qui concerne les possibilités de contester leur licenciement »<sup>256</sup>. Nous avons en effet vu que les ouvriers pouvaient invoquer que leur licenciement était abusif, à charge de l'employeur d'apporter la preuve contraire. À l'inverse, les employés devaient prouver l'abus de licenciement<sup>257</sup> (la faute), l'existence et l'étendue d'un dommage en lien causal avec ledit abus. La charge de la preuve était pour eux bien plus lourde.

Pour rappel, la loi sur le statut unique a harmonisé les délais de préavis pour les employés et les ouvriers. En réalité, les ouvriers ont vu leurs délais de préavis augmenter par rapport à ce qu'ils auraient obtenu sous l'ancien régime, tandis que les employés ont vu leurs délais de préavis diminuer<sup>258</sup>.

Vu la différence de traitement entre les ouvriers et les employés au niveau du licenciement abusif et compte tenu de la diminution des délais de préavis des employés par rapport aux règles applicables jusqu'au 31 décembre 2013, il a été décidé d'adopter des règles relatives au « licenciement manifestement déraisonnable » applicables à tous les travailleurs du secteur privé et remplaçant le licenciement abusif applicable aux ouvriers. Partant, en vertu de l'article 38 de la loi sur le statut unique, l'article 63 de la loi sur le contrat de travail a cessé de

<sup>254</sup> Ch.-E. CLESSE, *Le licenciement abusif*, *op. cit.*, pp. 106-107; Cass., 12 décembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 155.

<sup>255</sup> Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 410, note Cl. WANTIEZ.

<sup>256</sup> Rapport précédant la CCT n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement, rendue obligatoire par arrêté royal du 9 mars 2014.

<sup>257</sup> En recourant à la théorie de l'abus de droit.

<sup>258</sup> M. STRONGYLOS, R. CAPART et G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés – Commentaire pratique de la loi du 26 décembre 2013*, coll. Les dossiers du BJS, Limal, Anthemis, 2014, p. 69.

s'appliquer aux travailleurs du secteur privé depuis l'adoption de la CCT n° 109 par le Conseil national du travail en date du 12 février 2014.

Les partenaires sociaux ont accordé à chaque travailleur licencié le droit de connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement, d'une part, et le droit pour le travailleur d'obtenir une indemnisation si son licenciement est manifestement déraisonnable, d'autre part.

Notons que rien n'empêche un travailleur (employé comme ouvrier) de préférer « invoquer l'abus du droit de licencier par l'employeur en application de la théorie civiliste de l'abus de droit, s'il peut en prouver les éléments »<sup>259</sup>. Dans ce cas, cela revient à utiliser la théorie exploitée par les employés avant l'adoption de la CCT n° 109.

## 2. Droit de connaître les motifs de son licenciement

Le travailleur qui souhaite connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement peut adresser une demande à son employeur<sup>260</sup>. Ce dernier est tenu de lui répondre dans un certain délai<sup>261</sup>. L'employeur qui ne communique pas ou pas correctement les motifs concrets du licenciement au travailleur qui a introduit une demande lui est redevable d'une amende civile forfaitaire. Cette amende correspond à deux semaines de rémunération<sup>262</sup> et est cumulable avec l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable<sup>263</sup>. Notons que l'amende ne s'applique pas si l'employeur a communiqué, de sa propre initiative, les motifs concrets qui ont conduit au licenciement du travailleur<sup>264</sup>.

## 3. Licenciement manifestement déraisonnable

« Le licenciement manifestement déraisonnable est le licenciement d'un travailleur engagé pour une durée indéterminée, qui se base sur des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise et qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable. »<sup>265</sup>

Lorsqu'un travailleur invoque devant le juge que son licenciement est manifestement déraisonnable, deux éléments sont contrôlés. Le juge vérifie si les motifs ont ou non un lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou s'ils sont fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise. Ensuite, l'exercice du droit de licencier est contrôlé à la lumière de ce que serait l'exercice de ce droit par un employeur normal et raisonnable. « L'ajout du mot "manifeste-

<sup>259</sup> Rapport précédant la CCT n° 109.

<sup>260</sup> Art. 3 de la CCT n° 109.

<sup>261</sup> Art. 4 et 5 de la CCT n° 109.

<sup>262</sup> Art. 7, § 1<sup>er</sup>, de la CCT n° 109.

<sup>263</sup> Art. 7, § 3, de la CCT n° 109.

<sup>264</sup> Art. 6 et 7, § 2, de la CCT n° 109.

<sup>265</sup> Art. 8 de la CCT n° 109.

ment" à la notion de "déraisonnable" vise précisément à souligner la liberté d'action de l'employeur.»<sup>266</sup>

En cas de licenciement manifestement déraisonnable, le travailleur peut réclamer à son employeur une indemnité comprise entre trois et dix-sept semaines de rémunération<sup>267</sup>. Cette indemnité s'ajoute à l'indemnité compensatoire de préavis.

Précisons encore que si le travailleur utilise la théorie de l'abus de droit (voy. *supra*), les dommages et intérêts obtenus en application de cette théorie ne sont pas cumulables avec l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable, le cas échéant.

## C. Liens avec le droit civil

Cet exposé des règles de motivation du licenciement nous permet de constater que lesdites règles dépassent la simple application des principes civilistes.

Nous avons remarqué que les règles particulières de licenciement abusif (anciennement applicables) et de la CCT n° 109 vont plus loin que la théorie de l'abus de droit.

En effet, avant l'adoption de la CCT n° 109, en vertu de l'article 63 de la loi relative aux contrats de travail, le licenciement des ouvriers était présumé abusif. À la demande du travailleur, l'employeur était tenu de démontrer que la rupture était liée à des motifs de fonctionnement de l'entreprise, de conduite ou d'aptitude du travailleur, sous risque de devoir payer une indemnité de licenciement abusif à son ancien ouvrier. Pour l'employeur, cette règle était donc plus sévère que la théorie de l'abus de droit qui nécessite la démonstration, par le travailleur, d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal entre les deux.

En ce qui concerne le licenciement manifestement déraisonnable, le constat est le même. À la demande du travailleur, l'employeur est également tenu de démontrer que la rupture est liée à des motifs de fonctionnement de l'entreprise, de conduite ou d'aptitude du travailleur et que tout employeur prudent et diligent aurait pris la même décision. Au besoin, le travailleur peut néanmoins démontrer que les arguments ne sont pas fondés. Nous pouvons remarquer que le législateur en droit social, partant de principes du droit des obligations, s'est affranchi desdites règles pour créer un système indépendant plus favorable pour le travailleur qui ne devra pas, contrairement à la théorie générale de l'abus de droit, prouver l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal.

<sup>266</sup> Rapport précédant la CCT n° 109.

<sup>267</sup> Art. 9 de la CCT n° 109.

## Conclusion

En début de cet article, nous nous sommes interrogées sur la nature du contrat de travail et sur les liens entre le droit des obligations et le droit social.

Dans un premier chapitre, nous avons confronté les principes fondateurs du droit civil à certains mécanismes du droit social.

Nous avons constaté que le principe de la liberté contractuelle était mis à mal face à la négociation collective. Ce phénomène particulier en droit du travail est issu de l'idée que les travailleurs, parties (économiquement plus) faibles au contrat, sont plus puissants lorsqu'ils sont représentés. Les instruments issus de cette négociation collective ont donc une force plus importante que les contrats individuels. Soulignons que, généralement, les contrats de travail sont imposés par les employeurs, de sorte que les travailleurs n'ont aucune possibilité de discuter de leur contenu.

Avant de clôturer ce chapitre, nous avons pu étudier l'influence du principe de la convention-loi en droit social. Nous avons noté que, dans une certaine mesure, ce principe pouvait faire échec à des modifications importantes d'un élément essentiel du contrat ou à la requalification d'un contrat d'entreprise en contrat de travail et inversement. Ce principe civiliste semble donc reconnu et fortement appliqué en droit social.

Dans un deuxième chapitre, nous nous sommes penchées sur la place que le législateur a accordée aux principes civilistes dans certains mécanismes de droit social, créés à la fin du XX<sup>e</sup> ou au début du XXI<sup>e</sup> siècle.

Afin d'améliorer la compétitivité et les performances économiques de l'entreprise, de nombreux employeurs sont tentés d'intégrer une clause d'écolage dans les contrats de travail qu'ils proposent. Pour éviter les abus des employeurs, le contenu et les conditions de ce type de clause ont été strictement imposés dans la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Cela a comme conséquence qu'aucune négociation relative à ses modalités n'est envisageable... De même, nous avons considéré que, lorsqu'un employeur a l'intention de former son travailleur, ce dernier aura bien des difficultés à éviter la présence de cette clause, et ce, malgré les risques financiers qui pèsent sur lui en cas de rupture du contrat. Nous sommes conscientes que ce type de formation représente également un coût pour l'employeur/l'entreprise. En effet, en plus de supporter le coût direct lié à la formation, l'employeur doit également assumer l'absence du travailleur. Cependant, au motif de garantir la formation des travailleurs, le législateur a réduit toute référence à la liberté contractuelle et à la négociation individuelle.

Dans une deuxième section, nous avons vu que la force majeure « classique » avait des effets similaires en droit civil et en droit social. Par contre, un tel constat ne se réitère pas dans les cas particuliers de force majeure « médicale ». En effet, le législateur a imposé la poursuite d'un parcours de réintégration avant de pouvoir constater la rupture pour force majeure médicale à la suite

d'une incapacité définitive partielle d'un travailleur. Parti d'un concept important du droit des obligations, le législateur s'en est doucement affranchi pour créer désormais un système différent de ce qui existe en droit civil, modulé et adapté.

Dans un troisième temps, nous avons constaté que depuis la loi du 26 décembre 2013 sur le statut unique, les délais de préavis étaient fixés par le législateur pour tous les travailleurs. Aucun accord sur ce point n'est possible de sorte que le droit civil ne trouve plus d'application dans la fixation des délais de préavis<sup>268</sup>.

Enfin, dans une quatrième section, il nous est apparu qu'une obligation de motivation de la rupture du contrat de travail avait été créée. Or, une telle obligation n'existe pas telle quelle en droit des obligations, sauf à invoquer le principe d'exécution de bonne foi. En outre, la notion de licenciement manifestement déraisonnable, apparue en avril 2014, requiert des conditions d'application plus sévères que l'abus de droit (toujours invocable). À nouveau, le législateur et les négociateurs sociaux ont été plus loin que le droit civil.

Pour terminer, soulignons qu'afin de protéger les travailleurs mais également les investissements que consentiraient les employeurs à destination de leurs travailleurs, le législateur social régleme de plus en plus la relation de travail, dans tous ses aspects, réduisant notablement les possibilités d'accords entre les employeurs et les travailleurs et l'application du droit des obligations.

Dans le cadre de cette contribution, nous nous sommes efforcées d'analyser les principes fondateurs du droit civil et de vérifier leur application en droit social. Ainsi, nous sommes arrivées à la conclusion selon laquelle le droit social dépasse le droit civil. Force est de constater que cette remarque n'est pas nouvelle...

Nous sommes d'avis que le droit social est un droit autonome qui s'est construit progressivement. Porté par son intitulé, le droit social a une finalité différente du droit civil. Le premier a un objectif social et est destiné à la protection des personnes dans une situation de vulnérabilité tandis que le second est un droit plus individuel doté d'une « rationalité formelle et abstraite »<sup>269</sup> qui ne tient souvent<sup>270</sup> pas compte du contexte<sup>271</sup>. Tout juriste ayant cependant besoin d'un langage fixe et commun pour se comprendre<sup>272</sup>, la Cour de cassation s'efforce d'interpréter les normes sociales à la lumière des normes civiles, envisageant « systématiquement la norme sociale comme étant l'objet d'une exception au

<sup>268</sup> Excepté, dans certaines limites et sous certaines conditions, en cas de rupture d'un commun accord.  
<sup>269</sup> J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 967, cité par St. GILSON in « Libres propos sur l'existence de principes généraux du droit du travail », *op. cit.*, p. 228.

<sup>270</sup> En droit civil, il existe également différents mécanismes protecteurs. Nous pensons particulièrement à la section 3 du chapitre II contenue dans le titre VIII du Livre III du Code civil relative aux règles particulières régissant les baux à ferme.

<sup>271</sup> St. GILSON, « Libres propos sur l'existence de principes généraux du droit du travail », *op. cit.*, p. 228

<sup>272</sup> M. VILLEY, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », *Archives de philosophie du droit*, 1968, p. 2.

principe civiliste qui doit dès lors donner lieu à une interprétation stricte. On assiste ainsi perpétuellement à un éternel retour au 'droit civil'»<sup>273</sup>.

Toutefois, dépassement du droit social ou socialisation du droit civil, est-ce vraiment la question? En effet, tout dépend de la position que chacun souhaite défendre et adopter. Ceux qui considèrent que le droit social est un droit spécial du droit civil pourront toujours trouver des exemples qui le démontrent. De même, ceux qui prônent l'affranchissement du droit social trouveront d'autres mécanismes qui soutiendront leurs propos. Mais au final, nous pouvons nous interroger sur la pertinence d'une telle dichotomie. De manière générale, le plus important est d'avoir un droit social juste, en adéquation avec les mœurs et la société d'aujourd'hui. Pour cela, le législateur doit (continuer à) s'inspirer de chaque branche du droit.

Dans cette optique, il nous semble qu'il serait utile de réfléchir à l'extension ou l'adaptation du droit civil aux « collaborateurs autonomes ». En effet, à l'heure de l'économie collaborative, de la robotisation, du passage de la nécessité d'une carrière unique à la multiplicité des expériences professionnelles, des voix s'élèvent pour la création d'un nouveau statut propre aux travailleurs autonomes (également appelés *free-lance*)<sup>274</sup>. Il a été démontré que le droit civil n'est pas, dans son état actuel, apte à protéger suffisamment les parties économiquement faibles. De même, bien que certaines dispositions protègent les travailleurs indépendants<sup>275</sup>, elles ne sont pas toujours suffisantes pour prémunir les travailleurs qui s'engagent à fournir des prestations envers une personne morale, sous ses ordres, sans bénéficier des protections du droit social<sup>276</sup>.

En conclusion, le droit social, qui dépasse de plus en plus le droit civil, ne devrait-il pas être une source d'inspiration pour réglementer ce nouveau statut?

<sup>273</sup> St. GILSON, « Libres propos sur l'existence de principes généraux du droit du travail », *op. cit.*, p. 228.

<sup>274</sup> Y. STOX, « Bientôt un cadre juridique pour le "collaborateur autonome"? », *Le Soir*, 15 juin 2017, <http://lesoir.be> (consultation: 17 août 2017).

<sup>275</sup> W. VAN ECKHOUTTE, « Vers une harmonisation du droit du travail pour les travailleurs salariés et indépendants », in St. GILSON et P. VANHAVERBEKE (dir.), *La rupture du contrat de travail: entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 610-618.

<sup>276</sup> P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Conclusions – A-t-on perdu la clé (d'une partie) du droit (d'une partie) du travail? », in St. GILSON (dir.), *Subordination et parasubordination. La place de la subordination juridique et de la dépendance économique dans la relation de travail. In memoriam Michel Westrade*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 477 et 486.