

L'influence du droit constitutionnel sur le droit du travail

par Pierre Joassart

*Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant à l'Université catholique de Louvain**

Marie Solbreux

*Avocate au barreau de Bruxelles
Assistante à l'Université catholique de Louvain**

et Anne-Sophie Bouvy

*Avocate au barreau de Bruxelles
Assistante à l'Université catholique de Louvain**

INTRODUCTION

Le droit constitutionnel et le droit du travail sont, longtemps, restés étrangers l'un à l'autre. La Constitution belge est née bien avant la question ouvrière. Si elle contenait des droits et libertés, ceux-ci n'avaient pas vocation à protéger les travailleurs. La liberté d'association en est le parfait exemple : consacrée par le Constituant originaire, elle n'a pas empêché que le délit de coalition ouvrière soit inscrit dans le Code pénal jusqu'en 1866, criminalisant ainsi toute organisation syndicale. Il est peu de dire qu'un même texte peut s'interpréter différemment en fonction de l'époque et de la classe dominante.

Lorsque les conflits ouvriers sont apparus, au cours de la deuxième moitié du XIX^e siècle, menant aux premières législations protectrices des droits des travailleurs à l'aube du XX^e siècle, l'impact sur le droit constitutionnel fut nul. Le droit du travail s'est développé à l'écart du droit constitutionnel. Cela n'est guère surprenant. Le droit du travail s'est développé comme un droit portant sur les relations entre citoyens, en l'occurrence les employeurs du secteur privé et leurs travailleurs. Or, avant tout débat sur l'horizontalisation des droits fondamentaux, la Constitution n'avait pas sa place dans les relations entre citoyens. Elle avait vocation à s'appliquer dans la sphère publique, soit dans l'organisation de l'État, soit dans la reconnaissance de droits et libertés opposables à l'État, et non à des acteurs privés.

Est peut-être plus surprenante la tardiveté de l'inclusion constitutionnelle de droits spécifiquement relatifs au droit du travail, par l'insertion de l'article 23 de la Constitution dans la réforme constitutionnelle de 1993/1994. Cette tar-

* Centre de recherche sur l'État et la Constitution (CRECO).

diveté s'explique cependant vraisemblablement par le fait que, jusqu'alors, le progrès social constant ne nécessitait pas de prévoir une protection constitutionnelle. Pourquoi « figer » dans le texte constitutionnel des droits qui évoluent sans cesse, dans un sens favorable au travailleur, au gré des adaptations législatives et réglementaires ? Ce n'est qu'en période de « ressac » des droits sociaux que l'opportunité de garantir constitutionnellement des droits tels que le droit au travail, au libre choix d'une activité professionnelle, à des conditions de travail et de rémunération équitables est apparue.

Il faut souligner, enfin, que sur le plan des droits fondamentaux, le droit international, en premier lieu les conventions de l'O.I.T. et ensuite la Charte sociale européenne, avait déjà défini des standards internationaux de protection des travailleurs.

Pourquoi, dès lors, les droits constitutionnels fondamentaux sont-ils désormais si fréquemment invoqués devant les juridictions du travail, à l'appui de la défense des droits des travailleurs — et, dans une moindre mesure, des employeurs ? La réponse tient en un mot : horizontalisation. Les employeurs du secteur privé se voient progressivement imposer des obligations initialement réservées à l'État. Le déplacement se fait évidemment naturellement : l'État et l'employeur ont ce point commun qu'ils disposent d'une supériorité de fait, respectivement sur le citoyen et sur le travailleur. Si le pouvoir de l'employeur n'est peut-être pas exorbitant, il n'en demeure pas moins conséquent. Il importe donc qu'il respecte les limites fixées par les droits fondamentaux.

Le droit à la vie privée est, à cet égard, particulièrement exemplatif. Nonobstant la formulation de l'article 22 de la Constitution — reprenant le texte de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme —, qui ne peut cacher sa vocation première de s'imposer à l'État et non à des citoyens, les juges ont, sans beaucoup d'hésitations, considéré qu'il s'imposait également à l'employeur. La liberté d'expression a suivi le même mouvement.

Le principe d'égalité progresse, comme nous le verrons, vers la même direction : là où le droit à la vie privée a été immédiatement reconnu comme disposant d'un effet horizontal, les juges ne reconnaissent que progressivement la même nature au principe d'égalité — et ce alors que ni la formulation, ni aucune autre considération ne permettent de considérer qu'il y ait une différence de nature entre les deux droits fondamentaux.

La présente contribution se concentrera sur les droits et libertés constitutionnels qui ont le plus influencé le droit du travail. Nous nous concentrerons ainsi successivement sur le principe d'égalité (I), la liberté d'expression (II), le droit à la vie privée (III), le droit au travail (IV) et, enfin, la liberté d'association (V).

I. — LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ (ARTICLES 10 ET 11 DE LA CONSTITUTION)

Le principe d'égalité est, faut-il le préciser, inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution, qui disposent que :

« Art. 10. Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres.

Les Belges sont égaux devant la loi ; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.

L'égalité des femmes et des hommes est garantie.

Art. 11. La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. À cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques ».

Le principe d'égalité et de non-discrimination a joué un rôle fondamental, ces dernières années, en matière de droit du travail. Il a, tout d'abord, permis de mettre, enfin, un terme à la distinction entre ouvriers et employés — en tout cas en matière de délais de préavis et de jour de carence — (1). Il s'insère, ensuite, progressivement dans les relations de travail, dans le cadre d'un effet direct horizontal que la doctrine et la jurisprudence lui reconnaissent progressivement (2).

1. — La suppression de la distinction ouvrier/employé

La différence de traitement entre ouvriers et employés a, dès la création de la Cour constitutionnelle — Cour d'arbitrage à l'époque —, en 1993, fait l'objet de questions préjudicielles. Cela n'est pas un hasard, la doctrine s'accordant de longue date sur le caractère désormais injustifiable et disproportionné de cette différenciation.

Dans un premier temps, dans son arrêt n° 56/93 ¹, la Cour d'arbitrage n'a pas voulu invalider la distinction ouvrier/employé au titre qu'il se justifiait, au vu du « poids de l'histoire », de laisser au législateur le temps nécessaire pour mettre un terme progressif à cette distinction d'un autre âge.

Interrogée, en 2001 ², sur l'éventuelle discrimination entre l'employeur d'un ouvrier et celui d'un employé au motif que le premier devait démontrer l'existence d'un motif de licenciement valable en application de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, la Cour d'arbitrage a justifié cette différence de traitement

¹ C.A., 8 juillet 1993, n° 56/93.

² C.A., 21 juin 2001, n° 84/2001.

en matière de motivation du licenciement par la différence, favorable quant à elle aux employeurs d'ouvrier, en matière de délais de préavis.

La Cour constitutionnelle fut interrogée à nouveau, 18 ans après son premier arrêt, sur le maintien de la distinction ouvrier/employé, sans que le rapprochement progressif voulu par la Cour n'ait réellement eu lieu³. Cette fois-ci, dans son arrêt historique n° 125/2011 du 7 juillet 2011⁴, la Cour constitutionnelle constata la violation du principe d'égalité par les dispositions en matière de délais de préavis et de jours de carence. Par un développement prétorien de ses compétences en matière de modulation dans le temps d'un arrêt rendu sur question préjudicielle, la Cour constitutionnelle laisse cependant au législateur jusqu'au 9 juillet 2013 pour mettre un terme à cette différence de traitement.

Il est peu de dire que cet arrêt a révolutionné le droit du travail. En effet, non sans retard, le législateur adopta, le 26 décembre 2013⁵, une loi instaurant pour l'avenir — non sans dispositions transitoires — des délais de préavis identiques pour les ouvriers et les employés. La loi supprima, en outre, le « jour de carence », qui n'était plus appliqué qu'à certains ouvriers.

De plus, incité en cela également par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur imposa aux partenaires sociaux de conclure une convention collective en vue de soumettre à tous les employeurs une obligation de motivation du licenciement. Les partenaires sociaux conclurent, au sein du Conseil National du Travail, la C.C.T. n° 109⁶ qui protège, depuis le 1^{er} avril 2014, les travailleurs contre le « licenciement manifestement déraisonnable ». L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, qui ne s'appliquait qu'aux ouvriers, n'est désormais plus d'application.

2. — La reconnaissance d'une application du principe d'égalité aux relations de travail

De nombreuses dispositions internationales et nationales interdisent, sous un angle ou un autre, la discrimination dans les relations de travail. Sans exhaustivité, citons l'interdiction de discrimination à l'égard des travailleurs à temps partiel, l'interdiction de discrimination sur la base du genre, de l'âge,

³ Les deux seules évolutions entre 1993 et 2011 consistaient en la C.C.T. n° 75 qui allonge légèrement les délais de préavis de licenciement d'ouvrier, et dans la loi de 2011, qui allonge encore un peu les délais de préavis d'ouvrier, pour les « nouveaux entrants ».

⁴ C.C., 7 juillet 2011, *J.T.*, 2011, p. 712 et note ; *J.T.T.*, 2012, p. 1 et note.

⁵ 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, *Mon. b.*, 31 décembre 2013, p. 104.147.

⁶ C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement.

de l'origine, des convictions politiques, religieuses et philosophiques en vertu des lois anti-discrimination du 10 mai 2007.

Dans ces cas de motifs prohibés de discrimination, les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont d'aucune aide : ces dispositions constitutionnelles sont, tout au plus, une redite de l'interdiction de discrimination plus amplement précisée, et accompagnée d'un traitement probatoire ou indemnitaire spécifique, par la disposition internationale ou légale prohibant la discrimination fondée sur un motif particulier.

Par contre, les articles 10 et 11 de la Constitution pourraient prendre une importance considérable dans le droit du travail s'ils pouvaient être invoqués, en tant que tels, pour interdire toute forme de discrimination, sans considération de motif (genre, origine, âge, etc.). Cela n'interdirait, évidemment, pas de créer des différences de traitement. Ces différences devraient, cependant, être systématiquement susceptibles de justification raisonnable par l'employeur.

La possibilité d'appliquer, ainsi, les articles 10 et 11 de la Constitution à la relation de travail entre un employeur privé et un travailleur — c'est-à-dire entre deux citoyens — est sujette à débat. Tout l'enjeu porte sur la reconnaissance d'un effet direct horizontal au principe d'égalité.

L'effet direct se définit classiquement comme suit : « est directement applicable, la norme internationale ou constitutionnelle qui, en l'absence de mesure interne, confère des droits subjectifs aux particuliers »⁷. Il est selon Sébastien Van Drooghenbroeck, « *le plus haut degré de performance en termes de sanctionnabilité juridique* »⁸.

Le caractère « horizontal » signifie que la disposition est susceptible d'être invoquée par un citoyen (dans notre cas : un travailleur), non pas à l'encontre de l'État (effet vertical) mais à l'égard d'un autre citoyen (dans notre cas : un employeur).

La Cour constitutionnelle a, dans plusieurs arrêts, reconnu, dans le cadre d'*obiter dictum* — la Cour étant par hypothèse toujours saisie d'une question de discrimination à l'égard d'une norme étatique —, que les articles 10 et 11 ont un effet horizontal. Elle a ainsi décidé que « *même lorsqu'il s'agit de relations entre personnes privées* »⁹, le législateur ne pourrait déroger à

⁷ *Ibid.*, p. 284.

⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme », in *Les enfants et l'aide sociale*, Actes de la journée d'études du jeudi 18 septembre 2003, Liège, Jeunesse et droit, 2004, p. 60, n° 1.

⁹ Nous soulignons.

l'interdiction des discriminations, expressément garantie par les articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'adoption d'une liste fermée ne pourrait donc en aucun cas être interprétée comme autorisant des discriminations pour des motifs ne figurant pas dans la liste »¹⁰.

La Cour constitutionnelle appuie son raisonnement sur le fait que le principe d'égalité « n'est, en effet, pas un simple principe de bonne législation et de bonne administration. Il est l'un des fondements d'un État de droit démocratique »¹¹.

L'application de l'effet direct horizontal du principe d'égalité se justifie d'autant plus en raison de l'inégalité de fait entre l'employeur et le travailleur, ceux-ci étant dans une relation d'autorité, par hypothèse d'inégalité. Or, pour la Cour constitutionnelle, « le critère déterminant pour être soumis à l'interdiction de discrimination n'est donc pas l'action normative, mais la position dominante, en fait ou en droit, qu'occupe une personne dans les relations juridiques et qui lui donne l'occasion de porter atteinte de manière discriminatoire aux droits d'autrui »¹².

La doctrine plaide également en faveur d'une reconnaissance du principe d'égalité et de non-discrimination dans les rapports juridiques entre citoyens :

« La Cour constitutionnelle impose à tout juge le devoir de faire respecter le principe d'égalité et de non-discrimination, dans toute son extension — c'est-à-dire, sur base de n'importe quel critère —, au sein de l'ensemble des rapports juridiques interindividuels »¹³.

« Ces considérations sont particulièrement révélatrices de la *légitimation de l'effet horizontal des droits constitutionnels*. Certes, l'arrêt ne se prononce pas formellement sur l'effet horizontal des articles 10 et 11 de la Constitution. Toutefois, il

¹⁰ C.C., arrêt n° 64/2009 du 2 avril 2009, B.7.4.

¹¹ C.C., arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.10.3.

¹² *Ibid.*, B.10.4 ; voy. égal. P. LEMMENS et N. VAN LEUVEN, « Les destinataires des droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 1, p. 139 : « on peut déduire de la légitimation de l'effet horizontal par la Cour constitutionnelle qu'il est évident que l'effet horizontal joue un rôle important dans la relation entre une personne privée et une personne morale. Comme la personne morale est souvent dotée d'un pouvoir substantiel, spécialement quand elle occupe une position de monopole, elle a souvent la possibilité d'abuser de ce pouvoir et de restreindre les droits fondamentaux de l'autre partie ».

¹³ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique...*, op. cit., p. 603. Voy., en ce sens, Bruxelles, 6 décembre 2000, *J.T.*, 2001, pp. 572 et s., obs. B. HANOTIAU ; Comm. Bruxelles, 6 novembre 1998, *Ann. Prat. Comm.*, 1998, p. 649, note Y. MONTANGIE.

considère la législation tendant à lutter contre la discrimination comme une mesure par laquelle le législateur “précise plus avant” une obligation pesant tant sur les autorités publiques que sur les personnes privées occupant une position dominante. C’est précisément parce que le principe d’égalité et de non-discrimination est un principe s’appliquant à tous, indépendamment de toute consécration ou précision légale, qu’il est considéré non pas comme un simple principe de bonne législation, et de bonne administration, qui s’adresserait alors aux seules autorités publiques, mais comme un fondement de l’État de droit démocratique »¹⁴.

« Le principe d’égalité et de non-discrimination forme ainsi un exemple paradigmatique du phénomène de l’horizontalisation des droits fondamentaux »¹⁵.

Les juridictions de fond ont également suivi ce mouvement de fond et ont considéré, à plusieurs reprises, que le principe d’égalité de traitement a une portée horizontale¹⁶.

Ainsi, « à une époque où la Cour européenne des droits de l’homme insiste de plus en plus sur l’obligation positive du juge à protéger les droits fondamentaux dans les relations entre personnes privées, la Cour constitutionnelle belge développe une position similaire en relation avec la législation anti-discrimination qui a vu le jour en 2003 et qui a été modifiée en 2007. Il s’agit d’une législation qui impose certaines obligations en matière d’égalité et de non-discrimination des personnes privées dans leurs relations avec d’autres personnes privées. Bien que ce ne soit pas, à première vue, le principe constitutionnel d’égalité et de non-discrimination qui est directement en jeu dans les relations entre personnes privées, la jurisprudence relative à cette législation, et plus généralement la jurisprudence récente, fait preuve d’une reconnaissance de l’effet horizontal de ce principe »¹⁷.

Pourtant, la Cour de cassation a rendu, le 29 mars 2010¹⁸, un arrêt par lequel elle considère que les articles 10 et 11 de la Constitution sont dépourvus, non seulement d’effet direct horizontal, mais même d’un effet direct vertical à l’égard d’une autorité publique agissant comme employeur.

Cet arrêt a cependant été vivement critiqué en doctrine, relevant « l’impact inutilement négatif de la position que paraît prendre la Cour de cassation »¹⁹. Il reste, actuellement, isolé.

¹⁴ P. LEMMENS et N. VAN LEUVEN, « Les destinataires des droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique...*, *op. cit.*, p. 136 (nous soulignons).

¹⁵ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 602.

¹⁶ Trib. trav. Anvers, 24 juin 1971, *R.W.*, 1971-1972, p. 1500 ; Trib. trav., Bruxelles, 5 novembre 1973, *R.D.S.*, 1974, p. 137.

¹⁷ P. LEMMENS et N. VAN LEUVEN, « Les destinataires des droits constitutionnels », *op. cit.*, p. 135.

¹⁸ Cass., 29 mars 2010, *J.T.T.*, 2010, p. 241.

¹⁹ J. JACQMAIN, « License to discriminate », *Chron. D.S.*, 2011, p. 44.

En outre, dans un arrêt plus récent, prononcé le 16 juin 2014, la Cour de cassation a décidé que « le principe général du droit de l'égalité et de la non-discrimination consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution est d'ordre public. Le moyen qui, en cette branche, est tout entier fondé sur la considération que ces dispositions ne protègent que les seuls citoyens et que les autorités publiques ne peuvent se prévaloir de leur violation, manque en droit »²⁰

Cet arrêt confirme que le principe d'égalité et de non-discrimination consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution relève de l'ordre public. Or, il serait difficilement concevable qu'une disposition d'ordre public soit dépourvue d'effet direct.

En outre, si le principe d'égalité peut être invoqué par les autorités publiques, comme en l'espèce à l'égard d'un travailleur, il semble difficilement concevable que le travailleur ne puisse, quant à lui, se prévaloir de ce principe d'ordre public à l'égard de l'autorité publique qui est son employeur. Il semble donc que cet arrêt puisse être interprété comme un revirement dans le chef de la Cour de cassation, en tout cas à l'égard de l'absence d'effet direct vertical à l'égard d'une autorité publique employeur.

Si l'effet direct horizontal est donc susceptible de s'appliquer, encore faut-il déterminer quelles sont les conséquences concrètes d'un constat de discrimination. Souvent, l'enjeu essentiel se joue en matière de rémunération.

La discrimination entraîne la nullité du contrat de travail en ce qui concerne la rémunération convenue, en application des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, ainsi que le droit à une indemnisation du dommage subi du fait de cette discrimination.

La Cour constitutionnelle a ainsi décidé que « tout traitement inégal dans les rapports entre les citoyens auquel aucune justification ne peut être donnée constitue une discrimination et, dès lors, un comportement fautif qui peut donner lieu à une sanction civile, notamment à une indemnisation. En outre, le juge peut annuler une clause contractuelle discriminatoire sur base des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil au motif qu'elle est contraire à l'ordre public »²¹.

Il convient de s'interroger, cependant, sur le possible dédommagement par l'application d'un effet de *levelling-up*. Cet effet signifie qu'en cas de discrimination, l'avantage dont bénéficie le groupe favorisé doit également être accordé au groupe défavorisé²². L'effet de *levelling-up* a été reconnu, notam-

²⁰ Cass., 16 juin 2014, RG C.12.0402.F, J.3.

²¹ C.C., arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.14.7.

²² Comme l'énonce B. RENAULD : « les juridictions puisent dans un constat d'invalidité "lacune" sur question préjudicielle ou dans un arrêt "lacune" au contentieux de l'annulation, le pouvoir et le devoir de rétablir la partie discriminée dans ses droits, et que les justiciables puisent, dans l'arrêt

ment, par la Cour de justice des Communautés européennes²³ et par la Cour de cassation²⁴ en matière de discrimination salariale.

Il constitue la conséquence habituelle d'un constat de discrimination : « l'intervention d'un juge, quel qu'il soit, qui constate une discrimination, ne peut avoir pour conséquence d'enlever à la catégorie jusque-là privilégiée le droit ou l'avantage refusé à d'autres de façon discriminatoire. [...] En l'absence d'intervention législative, la "réparation" à l'égard de la catégorie discriminée ne peut qu'avoir pour effet de lui accorder le droit ou l'avantage en cause. Cette nécessité peut avoir pour conséquence logique que l'action du juge devient créatrice d'un droit qui n'existait pas, du moins pas pour telle catégorie de personnes, avant son intervention »²⁵.

Comme le relève le Professeur S. Van Drooghenbroeck, « une jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle enjoint aux juges administratifs et judiciaires qui l'interrogent de combler la lacune constatée, lorsque c'est possible. Cette jurisprudence tend à faire primer le principe d'égalité et de non-discrimination sur la considération selon laquelle il ne reviendrait pas au juge de combler une lacune législative, cette tâche revenant exclusivement au législateur »²⁶.

Il s'ensuit que la « sanction habituelle » d'un constat de discrimination en matière de rémunération résidera, en principe, dans l'octroi de la rémunération « plus avantageuse » aux membres de la catégorie discriminée.

constatant une violation de leur droit à l'égalité, et tant que le législateur n'est pas intervenu pour modifier les données de la situation globale, un droit à obtenir l'avantage ou le droit qui leur est refusé par la loi » (« Les illusions de l'égalité ou "du nivellement par le bas" à la "lacune" », in *Liber amicorum P. Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 436).

²³ C.J.C.E., 7 février 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 346 : « en présence d'une discrimination dans une disposition d'une convention collective, le juge national est tenu d'écarter cette disposition sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable par la négociation collective ou par tout autre procédé, et d'appliquer aux membres du groupe défavorisé par cette discrimination le même régime dont bénéficie les autres travailleurs, régime qui, à défaut d'exécution correcte de l'article 119 du Traité CEE en droit national, reste le seul système de référence valable ».

²⁴ Voy. Cass., 27 janvier 1994, *Chron. D.S.*, 1994, p. 75 : la nullité d'une disposition contraire à l'article 130 de la loi du 4 août 1978 « qui tend uniquement à rendre inefficace toute disposition contenant une discrimination fondée sur le sexe, ne peut avoir d'autre effet que celui d'assurer un traitement égal au travailleur lésé par une telle discrimination ; qu'elle ne peut atteindre les droits des travailleurs qui ne sont pas lésés par cette discrimination ».

²⁵ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 596.

²⁶ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 596. Dans le même sens, B. RENAULD : « dans les deux cas, l'égalité doit être rétablie, et elle ne peut l'être par le juge constitutionnel et par les juges appelés à appliquer sa décision que dans un sens, en accordant à la catégorie exclue les droits dont bénéficie la catégorie avantagée » (« Les illusions de l'égalité ou "du nivellement par le bas" à la "lacune" », *op. cit.*, p. 434) ; voy. également Ch. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 441.

II. — LA LIBERTÉ D'EXPRESSION (ARTICLE 19 DE LA CONSTITUTION)

La liberté d'expression est un droit fondamental — consacré principalement aux articles 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 19 de la Constitution — dont le retentissement est actuellement fort dans les médias et les débats de société.

Aujourd'hui, il est acquis que les travailleurs disposent également de ce droit à l'égard de leur employeur²⁷. L'autorité de ce dernier ne les prive donc pas totalement de s'exprimer — par exemple en dénonçant des abus de leur hiérarchie ou en portant des vêtements reflétant l'expression de leurs convictions religieuses — dans leur sphère professionnelle. Toutefois, la liberté d'expression dans le cadre des relations de travail connaît des limites. Ainsi, les travailleurs sont tenus d'exercer ce droit tout en respectant leurs devoirs de loyauté, de réserve et de discrétion à l'égard de leur employeur²⁸.

À cet effet, l'employeur impose de plus en plus souvent, au sein de son entreprise, des normes qui précisent les devoirs du travailleur en prévoyant par exemple un *dress code* neutre, en insérant une obligation de confidentialité dans le contrat de travail ou en instaurant une *whistleblowing policy* visant à encadrer la dénonciation de faits dont les travailleurs auraient connaissance dans l'exercice de leur fonction.

Le nombre de litiges faisant écho au droit à la liberté d'expression dans le cadre des relations de travail est en augmentation notamment du fait de l'évolution des technologies, créant des canaux nouveaux pour exprimer son opinion — tels les blogs ou les réseaux sociaux — sans pour autant que leurs utilisateurs aient conscience de la trace des propos qu'ils laissent sur ces sites, lesquels sont souvent accessibles directement par leur employeur. Ces innovations créent une dynamique comparable s'agissant de l'invocation du droit au respect de la vie privée dans le cadre des relations de travail²⁹.

En pratique, les litiges portés devant les juridictions du travail concernent majoritairement des licenciements³⁰ ayant pour objet l'exercice par le tra-

²⁷ Cour trav. Liège, 24 juin 2002, inédit, RG 27 714/98 ; Cour trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 165, note Fr. LAMBINET et S. GILSON.

²⁸ Cour eur. D.H., *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995 ; Cour eur. D.H., *Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, 2 septembre 1998 ; Cour eur. D.H., *Wille c. Lichtenstein*, 28 octobre 1999 ; Cour eur. D.H., *Fuentes Bobo c. Espagne*, 29 février 2000.

²⁹ Voy. le point III. « Le droit à la vie privée ».

³⁰ Notons que d'autres restrictions à la liberté d'expression sont contestées devant les tribunaux. Par exemple, s'agissant des agents du secteur public, les litiges concernent également des rétrogradations ou des révocations.

vailleur de sa liberté d'expression. Le travailleur invoque donc ce droit pour démontrer que le licenciement est abusif, manifestement déraisonnable, voire que le licenciement pour motif grave n'est pas fondé.

Contrairement à l'analyse classique des restrictions apportées aux droits fondamentaux faite par la Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions belges — s'agissant du droit à la liberté d'expression — passent outre les étapes d'ingérence, de légalité et de finalité légitime. Celles-ci semblent considérer en effet *a priori* qu'un licenciement constitue une ingérence dans le droit à la liberté d'expression, que cette restriction est légalement prévue et que le but poursuivi par l'employeur — à savoir la protection de son autorité — est légitime³¹. Les juridictions belges sont en réalité plus enclines à y déceler un conflit entre deux intérêts légitimes — la liberté d'expression d'une part — et les obligations de loyauté, de bonne foi et le respect de la relation d'autorité d'autre part³². Le juge tente donc, à la lumière notamment des arrêts rendus en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme, de déterminer, au regard des circonstances de la cause, lequel de l'employeur ou du travailleur a abusé de l'exercice de son droit au détriment de l'autre. Autrement dit, « il convient de rechercher le juste équilibre entre, d'une part, la liberté du travailleur de s'exprimer, garantie en règle par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 19 de la Constitution et, d'autre part, ses obligations à l'égard de l'employeur »³³. Le travailleur a-t-il fait usage de sa liberté d'expression en nuisant à son employeur d'une manière disproportionnée ? L'employeur a-t-il licencié à tort un travailleur qui ne faisait que s'exprimer sans manquer à ses devoirs de réserve et de discrétion ?

Face aux nombreuses questions soulevées par cette thématique, nous tenterons de dresser un état de la jurisprudence belge en mentionnant les circonstances prises en compte par les juridictions pour trancher plutôt en faveur de l'intérêt du travailleur ou de l'employeur. Pour ce faire, nous scinderons notre propos en deux temps. Dans un premier temps, nous analyserons le droit à la liberté d'expression du travailleur comme droit de critique à l'égard de l'employeur (1). Dans un second temps, nous aborderons la liberté d'expression au travail sous l'angle de la liberté d'expression de ses convictions — qu'elles soient religieuses, politiques ou syndicales (2).

³¹ Voy. le point III. « Le droit à la vie privée ».

³² C. civ., article 1134, al. 3 ; art. 3 et 17 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *Mon. b.*, 22 août 1978, p. 9277.

³³ Cour trav. Bruxelles, 14 juillet 2014, RG 2012/AB/1126, Social Eye 16 octobre 2014.

1. — L'exercice raisonnable du droit de critique par le travailleur ³⁴

À l'heure actuelle, les travailleurs disposent de nombreux canaux pour émettre des critiques à l'encontre de leur employeur : poster un statut sur son mur Facebook, envoyer un e-mail à plusieurs collègues voire des clients de la société, dénoncer par voie de presse des irrégularités financières, etc.

Dans la plupart des cas, les travailleurs s'exposent à un licenciement pour motif grave, c'est-à-dire sans préavis ni indemnité. En effet, conformément à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, l'employeur considère que cette faute a rompu la confiance qu'il avait placée en son travailleur et qui, de ce fait, rend immédiatement et définitivement impossible la poursuite de toute collaboration professionnelle entre les parties.

Dans ce cadre, le raisonnement du juge consiste à déterminer si la faute reprochée au travailleur — à savoir critiquer son employeur — est constitutive ou non d'une faute grave. À cet effet, le juge vérifie si, au regard des circonstances de l'espèce, le critère de proportionnalité a été respecté ³⁵ : le licenciement pour motif grave est-il proportionné au manquement à l'obligation de loyauté, de réserve et de discrétion ou une autre sanction, moins sévère, aurait-elle été suffisante pour sanctionner la violation de son devoir ?

Après avoir lu un certain nombre de jugements et d'arrêts, nous constatons qu'il existe certains critères guidant le raisonnement du juge pour considérer que le motif grave n'est pas fondé et que l'exercice du droit de critique est donc raisonnable. Nous les passons en revue successivement.

1. 1. Le travailleur a dénoncé des faits objectivement fondés

Si le travailleur dénonce des pratiques appuyées par des preuves ou — à tout le moins — non manifestement dénuées de tout fondement, les juridictions sont plus enclines à considérer que le motif grave n'est pas fondé ³⁶.

³⁴ B. PATERNOSTRE, « Motif grave et droit de critique au nom de la liberté d'expression », *Ors.*, 2015, pp. 17-25.

³⁵ Notons que le juge vérifie le critère de la proportionnalité du motif grave car la faute reprochée constitue également un droit du travailleur. Hors ce cas de figure, la question est controversée de savoir si le juge peut apprécier le motif grave au regard du critère de la proportionnalité qui n'est pas repris dans l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ; B. PATERNOSTRE, « Motif grave et droit de critique au nom de la liberté d'expression », *op. cit.*, pp. 17-25.

Notons que le juge vérifie le critère de la proportionnalité du motif grave car la faute reprochée constitue également un droit du travailleur. Hors ce cas de figure, la question est controversée de savoir si le juge peut apprécier le motif grave au regard du critère de la proportionnalité qui n'est pas repris dans l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *Mon. b.*, 22 août 1978, p. 9277. Sur ce point, voy. N. TILMANNE, « Le principe de proportionnalité : quelle prise en compte par les juges dans l'appréciation du motif grave ? », *Licenciement et démission*, 2015, n° 7, p. 1.

³⁶ Trib. trav. Charleroi, 14 mars 1999, *Chron. D.S.*, 1999, p. 514.

Ceci suppose que le travailleur soit en possession de ces éléments au plus tard lors du licenciement, moment auquel les juridictions vont estimer si le travailleur n'a pas fait un usage disproportionné de sa liberté d'expression. Par conséquent, si le travailleur parvient à recueillir des preuves après avoir été licencié, les juridictions du travail n'en tiendront pas compte. En effet, au moment du licenciement, les dénonciations reposaient alors sur de simples suppositions ou rumeurs. Dans ce cas, le travailleur porte atteinte à l'autorité de l'employeur et manque forcément à ses obligations de loyauté et de discrétion.

Par ailleurs, si les accusations sont relatives à des idées qui, par nature, ne peuvent pas être démontrées, l'appréciation des juridictions du travail — à l'instar de celle de la Cour européenne des droits de l'homme — sera d'autant plus stricte ³⁷.

1. 2. Le travailleur a utilisé le canal de communication adéquat

Au-delà de la révélation de faits qui peuvent être démontrés, le travailleur doit être vigilant quant au support et à la visibilité qu'il donne à ses propos. En effet, le travailleur a le droit de s'exprimer et de mettre en cause son employeur mais tous les moyens à cet effet ne sont pas appropriés en vertu des devoirs de loyauté, réserve et discrétion auxquels il est tenu.

Le travailleur devrait donc s'abstenir de donner une dimension publique à sa critique, ce qui est notamment le cas dans les contextes suivants :

- envoyer un e-mail à ses collègues et mettre en copie plusieurs clients ;
- écrire un statut sur son mur Facebook accessible à des collègues mais également plusieurs fournisseurs de l'employeur ³⁸ ;
- dénoncer les faits directement dans les médias.

Au contraire, il ne peut être reproché à un travailleur d'exercer un droit de critique à l'égard de son employeur dans un contexte privé tel un dîner exclusivement entre collègues ou en consignait sur une feuille de papier un certain nombre de reproches à l'encontre de son employeur ³⁹.

Afin d'encadrer la dénonciation de faits internes à l'entreprise, les employeurs prévoient de plus en plus de règles qui instaurent des canaux spécifiques à cet effet. Dans ces circonstances, toute publicité que le travailleur donnera à ses critiques sera d'autant moins acceptée.

³⁷ Cour trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 165, note Fr. LAMBINET et S. GILSON ; Cour eur. D.H., *Kharlamov c. Russie*, 8 octobre 2015, § 30.

³⁸ Trib. trav. Bruxelles, 12 septembre 2014, RG 13/2081/A, inédit.

³⁹ Cour trav. Bruxelles, 30 mars 1990, *J.T.T.*, 1990, p. 441.



Il est intéressant de souligner que le refus répété de se conformer aux canaux prévus en interne constitue un motif grave non seulement car le travailleur a abusé de son droit à la liberté d'expression en manquant gravement à ses obligations de loyauté, de réserve et de discrétion. En outre, son comportement est caractéristique d'insubordination, ce qui constitue une faute grave car le travailleur porte atteinte à l'élément essentiel du contrat de travail : le lien de subordination ⁴⁰.

1. 3. Le travailleur a agi dans l'intérêt général et sans intention de nuire à son employeur

Les juridictions du travail tiennent également compte du but poursuivi par le travailleur en exerçant son droit de critique. Vise-t-il à dénoncer des infractions au sein de l'entreprise dans l'intérêt général ? A-t-il comme intention d'utiliser à des fins personnelles les informations dont il a connaissance en exerçant des pressions sur son employeur — pour solliciter par exemple une promotion ?

Dans un arrêt du 4 mars 2010, un travailleur qui émettait des critiques à l'égard de la nouvelle direction du magasin dans lequel il travaillait sur un forum Facebook qu'il croyait — à tort — inaccessible à toute personne extérieure, avait été licencié pour motif grave. La Cour du travail de Bruxelles a considéré que ce travailleur n'avait pas agi dans l'intention de nuire à son employeur. Il avait d'ailleurs retiré ces messages et directement fermé le groupe lorsqu'il avait réalisé la gravité de ses actes. Par ailleurs, il avait déjà fait part de ses critiques dans un courrier adressé à son directeur régional.

La Cour du travail de Bruxelles a considéré, dans un autre arrêt du 3 décembre 2012, que constituait un licenciement abusif le fait de mettre fin au contrat de travail d'une employée au sein d'une crèche qui avait informé l'autorité compétente pour surveiller les crèches de faits portant atteinte au bien-être et à la sécurité des enfants. En effet, cette dénonciation avait été faite pour protéger l'intérêt général, à savoir la protection des personnes vulnérables, et non pour en retirer un avantage professionnel ⁴¹.

1. 4. Le travailleur a émis des critiques qui sont liées à l'exercice de sa fonction

Les juridictions du travail sondent l'intention du travailleur en tenant compte de la fonction exercée : « la fonction exercée revêt une importance toute particulière dans l'appréciation de l'équilibre entre les droits et obligations de chaque partie ».

⁴⁰ Cour trav. Liège, 11 juin 2013, RG 2012/AN/120, Social Eye, 27 septembre 2013.

⁴¹ Cour trav. Bruxelles, 3 décembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 159.

La critique sera plus facilement acceptée si elle relève des attributions liées à la fonction du travailleur, ce que confirme une doctrine constante. À titre d'exemple, la Cour du travail de Bruxelles considère légitime qu'un directeur général chargé de la gestion journalière puisse donner son opinion sur la politique financière de la société et ce, d'autant plus que sa responsabilité personnelle aurait pu être engagée si des irrégularités avaient été constatées ⁴².

Toutefois, l'exercice d'une haute fonction s'accompagne d'exigences, notamment quant à la manière de formuler lesdites critiques, étant donné que les travailleurs concernés comprennent d'autant mieux l'importance — pour une société — de sa réputation ⁴³.

À noter que les critères énoncés ci-avant sont appréciés différemment selon que le travailleur est occupé dans le secteur privé ou public : l'exercice raisonnable du droit de critique est apprécié plus strictement s'agissant des agents du secteur public.

Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les travailleurs engagés dans le secteur public sont tenus par un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion renforcé ⁴⁴.

Dès lors, les décisions en cette matière penchent majoritairement en faveur des intérêts des employeurs publics. Toutefois, certaines exceptions existent, illustrées par les deux décisions suivantes concernant le milieu académique.

Dans deux arrêts distincts, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le droit à la liberté d'expression d'un professeur d'université avait été violé :

— Dans le premier cas, à la suite d'une fusion entre deux départements, le poste de chef de département d'un professeur avait été supprimé. S'il refusait les modifications apportées à son contrat de travail, il était licencié. Ce professeur avait ensuite envoyé successivement plusieurs e-mails aux autorités compétentes de l'université pour critiquer cette décision et critiquer personnellement certains membres de l'université. En l'absence de réponse, le professeur avait ensuite fait une proposition au recteur : soit les décisions étaient révoquées ; soit il acceptait de quitter son poste moyennant le paiement d'une certaine somme d'argent. À défaut, il se réservait le droit de contester cette décision devant les juridictions compétentes et de rendre publique la situation en alertant les médias. Le recteur avait décliné les offres et le professeur avait été licencié. La Cour a considéré que les juridictions lettonnes n'avaient

⁴² Cour trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *Chr. D.S.*, 2014, p. 165, note Fr. LAMBINET et S. GILSON.

⁴³ Cour trav. Bruxelles, 14 juillet 2014, RG 2012/AB/1126, *Social Eye*, 16 octobre 2014.

⁴⁴ Cour eur. D.H., *De Diego Nafria c. Espagne*, 14 mai 2002.

pas tenu compte du fait que ce litige relevait de la sphère publique et que les informations révélées par le professeur étaient vraies, ce que l'université ne contestait d'ailleurs pas. En infligeant au professeur la sanction maximale risquant de le discréditer auprès des autres potentiels employeurs — même s'il avait été dans l'intervalle engagé au sein d'une autre université —, les juridictions nationales n'avaient pas suffisamment justifié leur décision ⁴⁵.

- Dans un autre arrêt rendu le 8 octobre 2015 ⁴⁶, le litige concernait un professeur contre qui le président de l'université avait déposé plainte pour avoir, lors de la conférence de nomination des membres de l'organe exécutif de l'université, dénoncé publiquement le processus d'élections. Il avait de ce fait porté atteinte à la réputation de l'université. Ce professeur reprochait à l'Université le fait de ne pas avoir été informé ni consulté, comme les collègues de son département, des candidatures et le fait qu'aucun débat n'avait été organisé. Sans porter atteinte à la souveraineté des juridictions nationales, la Cour a considéré que le droit à la liberté de ce professeur avait été violé car les juridictions nationales n'avaient pas tenu compte du contexte particulier dans lequel ces propos avaient été tenus ni de la nature de ceux-ci. En effet, l'absence de tout débat étant avérée, le professeur avait été contraint de s'exprimer en dehors des règles prévues. Toutefois, il l'avait fait pour protéger l'intérêt général et de manière non disproportionnée.

Il convient finalement de souligner que le contentieux lié à la liberté d'expression dans les relations de travail est souvent associé à celui du droit au respect de la vie privée. En effet, il est de plus en plus fréquent qu'un travailleur fasse usage de son droit de critique sur les réseaux sociaux. Dans ce cadre, l'employeur qui a licencié pour motif grave le travailleur concerné doit démontrer le fondement de ce motif. Pour ce faire, l'employeur produira par exemple une impression du mur Facebook du travailleur — ce qui pose la question de la recevabilité d'une telle preuve au regard du droit au respect de la vie privée. De telles informations sont-elles protégées au titre de la vie privée ? Si tel est le cas et que ces informations ont été recueillies en violation du droit au respect de la vie privée, le juge serait-il forcément tenu de les écarter ⁴⁷ ?

⁴⁵ Cour eur. D.H., *Rubins c. Lettonie*, 13 janvier 2015.

⁴⁶ Cour eur. D.H., *Kharlamov c. Russie*, 8 octobre 2015.

⁴⁷ Voy. le point III. « Le droit à la vie privée ».

2. — L'expression des convictions religieuses, politiques ou syndicales ⁴⁸

Le droit à la liberté d'expression tel qu'inscrit à l'article 19 de la Constitution englobe la liberté d'expression de son opinion, la liberté de culte et l'expression de celui-ci. Par contre, la liberté de pensée, de conscience et de religion fait l'objet d'une disposition spécifique au sein de la Convention européenne des droits de l'homme : l'article 9.

Dans le cadre des relations de travail, la liberté d'expression se manifeste non seulement par la possibilité d'émettre une critique à l'encontre de son employeur mais aussi par la possibilité de manifester ses convictions — qu'elles soient religieuses, politiques ou syndicales.

À l'instar du droit de critique, l'expression de ses convictions peut notamment entraîner un licenciement. Contrairement au droit de critique, la liberté d'expression vue sous cet angle est peu fréquemment invoquée devant les juridictions, les justiciables préférant contester leur licenciement qu'ils considèrent abusif/manifestement déraisonnable, notamment sur la base de la convention collective de travail n° 109 ou encore discriminatoire sur la base de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ⁴⁹. En effet, cette loi énumère un certain nombre de critères protégés dont la conviction religieuse, politique et syndicale.

En principe, les juridictions considèrent que l'expression normale de ses convictions ne peut constituer une faute et partant justifier un licenciement ⁵⁰. En revanche, si les travailleurs font un usage abusif de ces libertés, l'employeur peut les sanctionner. En cas de contestation, il revient *in fine* au juge de déterminer si la sanction infligée au travailleur ne viole pas la liberté d'expression du travailleur.

Nous épinglons une situation particulière hypothétique : une travailleuse est licenciée pour motif grave pour avoir refusé d'enlever son voile islamique sur son lieu de travail ou pour avoir porté des vêtements longs et amples.

Les juridictions trancheront ce litige en faisant intervenir, dans le débat, les éléments suivants :

— le timing : si l'employeur accepte cette situation depuis un certain temps, il ne pourra plus considérer ultérieurement que le refus d'enlever le voile

⁴⁸ B. PATERNOSTRE, « Motif grave et libertés d'opinion : enseignements jurisprudentiels et éclairages complémentaires », *Ors.*, 2015, pp. 21-28.

⁴⁹ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *Mon. b.*, 30 mai 2007, p. 29016.

⁵⁰ Cour trav. Bruxelles, 7 octobre 1999, inédit, cité par M. DUMONT et L. PLETZER, « Chronique de jurisprudence inédite : licenciement pour motif grave », *Chron. D.S.*, 2001, p. 241 ; Trib. trav. Charleroi, 26 octobre 1992, *Chron. D.S.*, 1993, p. 84.

ou le choix de ses tenues constitue une faute grave car l'employeur a considéré — en la maintenant dans sa fonction — que la faute (si tel est le cas) n'a pas rendu immédiatement et définitivement impossible la poursuite des relations professionnelles ;

- l'existence d'un *dress code* : si l'employeur n'a pas convenu que la travailleuse devait adopter une tenue vestimentaire déterminée, cette dernière ne peut commettre une faute de par le choix de ses vêtements.

En revanche, si l'employeur a adopté une policy visant à instaurer un *dress code* neutre, impliquant l'interdiction du port de tout signe religieux, pour garantir une certaine image auprès de sa clientèle, la travailleuse ne peut en principe refuser de s'y conformer. Si tel était le cas, elle risquerait de commettre une faute qualifiée d'insubordination constitutive de motif grave car elle porterait atteinte à un élément essentiel du contrat de travail — le lien de subordination.

Or, dans une affaire, une travailleuse a soutenu que le fait d'imposer un *dress code* neutre était en soi discriminatoire.

L'employeur a soutenu pour sa part qu'il ne saurait être question de discrimination directe étant donné que l'interdiction du port de tout signe religieux s'appliquait à l'ensemble des travailleurs⁵¹ et que cette interdiction concernait non seulement les signes religieux mais aussi tout signe philosophique⁵².

Toutefois, cette argumentation est remise en cause et pourrait se révéler insuffisante. L'arrêt rendu par la Cour du travail dans ce litige a fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation⁵³. Le 8 mars 2015, la Cour a rendu son arrêt⁵⁴ par lequel elle pose une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sur la compatibilité de la définition de la discrimination directe au regard de la législation belge avec celle de la directive européenne 2000/78/CE. L'article 2.2 de celle-ci dispose en effet qu'il est question de discrimination « dès le moment où une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base des motifs protégés » — dont l'expression de ses convictions fait partie —. L'arrêt que la Cour de justice de l'Union européenne rendra ne manquera pas d'ajouter un élément au débat...

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la liberté d'expression est consacrée en tant que droit fondamental mais, dans le cadre des relations de tra-

⁵¹ Cour trav. Bruxelles, 15 janvier 2008, *Bull. F.E.B.*, 2008, p. 72 ; *J.T.T.*, 2008, p. 140.

⁵² Trib. trav. Anvers, 27 avril 2010, inédit, RG 06/397639/A.

⁵³ Cour trav. Anvers, 23 décembre 2011, *Ors.*, 2012, p. 24 commenté par E. MORELLI et I. PLETS, « Port des signes religieux dans le secteur privé : un commentaire de la jurisprudence belge », *Ors.*, 2013, p. 23.

⁵⁴ Cass., 9 mars 2015, RG S.12.0062.N.

vail, aucun texte légal ne concrétise ou ne pose de limites à l'exercice de ce droit. Or, dans ce contexte particulier, les travailleurs peuvent émettre des critiques à l'encontre de leur employeur mais sont tenus de respecter leurs obligations de bonne foi et de loyauté. Dès lors, les juridictions du travail doivent déterminer, au regard de l'ensemble des circonstances factuelles, s'il s'agit du travailleur ou de l'employeur qui a fait un usage abusif de ses droits.

Pour pallier cette carence, les employeurs ont tendance à adopter des règles internes à l'entreprise pour concrétiser la liberté d'expression de leurs travailleurs et poser des limites à ce droit en vertu des devoirs auxquels les travailleurs sont tenus. Dans ce cadre, nous constatons que les juridictions du travail apprécient de manière plus stricte la liberté d'expression du travailleur.

Face à un litige ayant pour objet la liberté d'expression, les juridictions tranchent au regard de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis et de l'interprétation qu'elle en retire. Dès lors, les décisions rendues sont souvent inattendues et continueront de l'être. En effet, la liberté d'expression a trouvé un nouvel espace en s'appuyant sur les nouvelles technologies, ce qui suscite de nouvelles questions juridiques telle la combinaison du droit à la liberté d'expression avec le droit au respect de la vie privée. De même, les litiges relatifs à la liberté d'expression peuvent également soulever des questions de discrimination s'agissant de l'expression de ses convictions — qu'elles soient politiques, syndicales ou religieuses.

III. — LE DROIT À LA VIE PRIVÉE (ARTICLE 22 DE LA CONSTITUTION) ⁵⁵

Le droit au respect de la vie privée — droit fondamental consacré notamment par l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme — est reconnu comme étant également applicable dans le cadre des relations de travail ⁵⁶.

Dans cet environnement spécifique, le droit au respect de la vie privée regorge même de très nombreuses applications. En effet, à tous les stades des relations professionnelles, avant même la conclusion du contrat de travail et ce jusqu'à la rupture de celui-ci, la vie privée des travailleurs risque d'être malmenée par l'employeur. Cette ingérence dans la sphère privée des travailleurs peut par ailleurs revêtir les formes les plus diverses : surveillance des courriers électroniques, contrôle de l'emploi du temps via des badges, embauche d'un

⁵⁵ S. GILSON, P. JOASSART, F. KEFER, Fr. KRENC, K. ROSIER, M. VERDUSSEN, in M. VERDUSSEN et P. JOASSART (dir.), *La vie privée au travail*, Limal, Anthemis, 2011.

⁵⁶ Cour eur. D.H., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992 ; Cour eur. D.H., *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997 ; Cour eur. D.H., *Copland c. Royaume-Uni*, 3 avril 2007 ; Cour eur. D.H., *Peev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007 ; Cour eur. D.H., *Köpke c. Allemagne*, 5 octobre 2010.



détective privé pour examiner la réalité de l'incapacité de travail, utilisation d'un statut Facebook du travailleur pour démontrer le motif grave, surveillance par caméras, demande d'un extrait du casier judiciaire ou des convictions religieuses lors d'un entretien d'embauche. Ce contentieux s'intensifie également devant les juridictions du travail car se pose fréquemment la question de la licéité des preuves⁵⁷ apportées par l'employeur ; celles-ci étant susceptibles d'avoir été recueillies en violation du droit au respect de la vie privée des travailleurs.

Par ailleurs, la notion de vie privée évolue continuellement⁵⁸. L'essor des nouvelles technologies et des médias sociaux (tels Facebook ou LinkedIn) contribuent à la nécessité de redéfinir sans cesse les contours de la notion de vie privée. Désormais, il est également question de « vie privée partagée » ou de « vie privée en réseau ». D'une part, les innovations offrent de plus en plus de moyens aux employeurs pour accéder à des informations concernant leurs travailleurs. D'autre part, les travailleurs exposent paradoxalement de plus en plus leur vie privée via les réseaux sociaux.

En outre, cette matière est extrêmement complexe car plusieurs dispositions ont vocation à régir une même situation factuelle. Au-delà des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁹ et 22 de la Constitution, le droit au respect de la vie privée est garanti par l'intermédiaire de normes législatives nationales telles notamment la loi du 8 décembre 1992 relative au traitement des données à caractère personnel et la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques — non adaptées au contexte du travail — mais aussi par plusieurs conventions collectives de travail (n^{os} 38⁶⁰, 68⁶¹, 81⁶², 89⁶³, 100⁶⁴) conclues à différents niveaux, voire même par les règlements de travail ou le contrat de travail individuel. Il n'est donc pas aisé de conclure à la violation ou non de la vie privée dans une situation déterminée en articulant l'ensemble de ces dispositions.

⁵⁷ À ne pas confondre avec la recevabilité des preuves. À ce sujet, voy. K. ROSIER, « Surveillance, vie privée et recevabilité de la preuve », in *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 545-581.

⁵⁸ O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée dans la relation de travail*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 10.

⁵⁹ À ce sujet, voy. F. RAEPSAET, « Les attentes raisonnables en matière de vie privée », *J.T.T.*, 2011, pp. 154-158 ; O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *op. cit.*, pp. 17-18.

⁶⁰ CCT n^o 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs.

⁶¹ CCT n^o 68 du 16 juin 1998 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméras sur le lieu de travail.

⁶² CCT n^o 81 du 26 avril 2002 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électronique en réseau.

⁶³ CCT n^o 89 du 30 janvier 2007 concernant la prévention des vols et les contrôles de sortie des travailleurs quittant l'entreprise ou le lieu de travail.

⁶⁴ CCT n^o 100 du 1^{er} avril 2009 concernant la mise en œuvre d'une politique préventive en matière d'alcool et de drogues dans l'entreprise.

Face à cette matière tentaculaire, nous nous limitons à examiner brièvement le raisonnement actuellement adopté par les juridictions belges confrontées à la potentielle violation de la vie privée d'un travailleur. Nous soulignons également les questions majeures actuellement soulevées à ce propos.

La vie privée au travail n'est pas un droit absolu. Des restrictions peuvent y être apportées mais moyennant le respect de plusieurs conditions ⁶⁵. Afin de conclure à la violation ou non du droit au respect de la vie privée invoquée par un travailleur, la plupart des juridictions du travail belges vérifient — au regard des circonstances de la cause — le respect des trois principes cumulatifs suivants : légalité, finalité et proportionnalité.

Or, à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une étape antérieure s'impose : l'existence d'une ingérence dans la sphère privée du travailleur. Il conviendrait donc de vérifier, au regard de l'ensemble des circonstances factuelles, si l'acte posé par l'employeur constitue une immixtion dans la vie privée du travailleur. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme recourt au critère des attentes raisonnables : le travailleur pouvait-il raisonnablement, dans une situation donnée, s'attendre à la protection de sa vie privée ⁶⁶ ? La Cour de cassation belge a fait usage de ce critère pour la première fois dans son arrêt du 9 septembre 2008 ⁶⁷ dans le cadre d'une affaire en matière pénale. En vue d'établir la culpabilité du prévenu, une des parties civiles avait utilisé des conversations téléphoniques enregistrées à l'insu de ses participants. La Cour de cassation a considéré que le moyen pris de la violation du droit au respect de la vie privée était fondé en ce que les juges n'avaient pas inclus dans leur appréciation le critère des attentes raisonnables en matière de vie privée. Elle a affirmé que pour conclure à la violation de la vie privée, le juge était tenu de prendre en compte l'ensemble des circonstances de la cause et d'y inclure le critère des attentes raisonnables.

Depuis lors, à notre connaissance, seules deux décisions incluant explicitement ce critère ont été rendues :

- Une travailleuse avait été licenciée pour motif grave, en raison de vol. Les objets en question avaient été trouvés dans son armoire-vestiaire que la direction avait forcée en présence d'un délégué syndical. La Cour du travail de Bruxelles a considéré qu'il y avait une ingérence dans la vie privée de la travailleuse car cette dernière pouvait raisonnablement s'attendre à ce que cette armoire ne soit pas ouverte sans son consentement — et encore moins

⁶⁵ C.E.D.H., art. 8, § 2 ; Const., art. 22, § 2.

⁶⁶ Pour une analyse critique de cette question, voy. F. RAEPSAET, *op. cit.* ; Cass., 9 septembre 2008, RG P.080276.N.

⁶⁷ Cass., 9 septembre 2008, RG P.08.0276.N, www.juridat.be (avec les conclusions de l'avocat général Timperman).



forcée — étant donné qu'elle lui avait été mise à disposition pour ranger ses effets personnels, qu'elle était fermée à clé et que la direction ne possédait pas cette clé ⁶⁸.

- Un travailleur avait critiqué son employeur sur sa page Facebook. Il est licencié pour motif grave, l'employeur démontrant la faute grave par le biais d'un constat d'huissier du « mur » Facebook du travailleur sur lequel il avait tenu les propos qui lui étaient reprochés. Étant donné que ces informations étaient accessibles à tous au vu des paramètres de confidentialité du compte du travailleur, la Cour du travail de Bruxelles a considéré que, dans ces circonstances, le travailleur ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ces informations soient protégées au titre du droit au respect à la vie privée ⁶⁹.

Un autre arrêt rendu par le Tribunal du travail de Gand se réfère au critère des attentes raisonnables mais non pour déterminer *a priori* s'il existe une ingérence dans la vie privée du travailleur mais ultérieurement lors de l'examen du principe de transparence ⁷⁰.

L'employeur soupçonnait un de ses informaticiens d'exercer des activités concurrentes aux siennes pour le compte d'un tiers. Il a fait dès lors procéder à un contrôle des e-mails du travailleur concerné sans l'avoir prévenu préalablement. Le Tribunal a considéré que l'employeur avait violé le principe de transparence, tel que prévu à l'article 8 de la convention collective de travail n° 81, mais que le respect de cette obligation était impossible et n'avait en tout cas pas de sens dans la mesure où les faits reprochés avaient déjà été commis à ce moment-là. Par ailleurs, le Tribunal a ajouté que « le travailleur pouvait savoir avec une certitude suffisante que son comportement était contraire aux exigences essentielles de bonne foi et de loyauté ». Ce dernier ne pouvait donc pas être surpris du contrôle opéré par son employeur. Ses attentes raisonnables en matière de vie privée n'ont donc pas été violées ⁷¹.

Les autres juridictions belges, quant à elles, n'ont pas égard au critère des attentes raisonnables — supposant donc *a priori* qu'il y a bien une ingérence dans la vie privée du travailleur — et prennent en compte ultérieurement dans leur raisonnement tous les éléments de fait de la cause. Il n'est pas exclu que cette manière de procéder puisse aboutir à des décisions identiques à celles qu'aurait

⁶⁸ Cour trav. Bruxelles, 2 mai 2011, RG 2009/AB/52260, inédit.

⁶⁹ Cour trav. Bruxelles, 3 septembre 2013, RG n° 2012/AB/104, inédit, analysé dans I. PLETS, « Critiquer son employeur sur (la partie publique de) sa page Facebook constitue une faute justifiant le licenciement pour motif grave - C.T. Bruxelles, 3 septembre 2013 », *Ors.*, 2014, liv. 3, pp. 20-21.

⁷⁰ Trib. trav. Gand, 1^{er} septembre 2008, RG 175054/06, www.juridat.be.

⁷¹ Au-delà du droit au respect de la vie privée, le Tribunal a considéré la preuve recevable car la formalité prévue par l'article 8 de la CCT n° 81 n'était pas prescrite à peine de nullité et ne contrevenait pas au droit à un procès équitable et n'entachait pas la fiabilité de cette preuve.

pu rendre la Cour européenne des droits de l'homme en tenant compte du critère des attentes raisonnables ⁷².

Ce préalable permet pourtant d'exclure immédiatement la violation de la vie privée lorsqu'il s'avère que le travailleur ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à sa protection et ainsi échapper à l'examen des étapes suivantes de légalité, finalité et proportionnalité. Or, deux éléments au moins peuvent motiver le contournement de cette première étape.

D'une part, le concept des « attentes raisonnables » est subjectif et il nécessite, à chaque fois, de déterminer les contours de la vie privée. Or, de nombreuses questions sont soulevées à cet égard, notamment celles concernant les données sur Internet et les réseaux sociaux. La consultation et l'utilisation par l'employeur de données sur les réseaux sociaux ou sur Internet constituent-elles une ingérence dans la vie privée du travailleur ? Il semble que les informations accessibles à tout un chacun sur Internet ne sont pas protégées au titre de la vie privée. L'employeur pourra donc les utiliser même s'il n'en a pas eu connaissance directement mais par exemple via un collègue ⁷³, pour autant que l'usage qu'il en fasse ne soit pas discriminatoire. Par ailleurs, la simple consultation de ces données ne constitue pas un traitement de données à caractère personnel au sens de la loi du 8 décembre 1992 ⁷⁴. Aux fins de protéger ces données, certains auteurs proposent d'en restreindre l'usage en tenant compte du critère de la finalité. Il s'agirait de déterminer l'intention réelle du travailleur lorsqu'il a divulgué ces informations. Ces dernières ne pourraient être utilisées que dans ce cadre spécifique voulu initialement par le travailleur et la possibilité pour l'employeur d'en faire un quelconque autre usage serait donc exclue ⁷⁵. En revanche, la situation est différente si l'information recueillie a trait à un message provenant de l'*inbox* du travailleur qui, lui, est protégé notamment par l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

D'autre part, il est fréquent que le travailleur n'invoque pas la violation de sa vie privée au seul regard du droit fondamental tel qu'inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme et la Constitution mais se fonde directement sur la violation de dispositions spécifiques visant notamment à garantir le droit au respect de la vie privée ⁷⁶. Or, il peut être soutenu que ces normes particulières ont un objet plus large que le droit au respect de la vie privée. Dès lors, le

⁷² Sur ce point, voy. F. RAEPSAET, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁷³ S. GILSON et K. ROSIER, « Quelques aspects de l'influence des technologies sur l'évolution du droit social », in J.-Fr. HENROTTE et Fr. JONGEN (dir.), *Pas de droit sans technologie*, CUP, vol. 158, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 201.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *op. cit.*, p. 99.

⁷⁶ Notez que l'adoption de ces dispositions répond à l'obligation positive imposée au législateur d'adopter des normes visant à garantir le droit au respect de la vie privée.

raisonnement du juge se limitera à vérifier la régularité du comportement de l'employeur au regard de ces seules dispositions⁷⁷. Cette affirmation semble trouver un certain écho dans la jurisprudence qui a déjà conclu à la non-violation du droit au respect de la vie privée mais qui a ensuite considéré que le comportement était irrégulier au regard de la convention collective de travail n° 81⁷⁸. Bien que ne constituant pas une ingérence dans la vie privée, une preuve peut être irrégulière car son obtention a contrevenu à une disposition spécifique nationale⁷⁹.

Afin de conclure à la violation ou non de l'article 22 de la Constitution combiné à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, les juridictions vérifient successivement si l'immixtion repose sur une base légale (1), répond à une des finalités reconnues (2) et finalement respecte le principe de proportionnalité (3). À défaut de respecter ces trois principes, l'ingérence de l'employeur viole le droit au respect de la vie privée du travailleur ou du candidat à l'embauche.

1. — L'ingérence repose sur une base légale

Dans un premier temps, l'ingérence de l'employeur doit être prévue par une disposition légale. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme adopte une vision large de la légalité : toute disposition suffisamment précise, claire, accessible et prévisible répond à cette exigence, étant entendu que le degré de précision dépend de la gravité de l'ingérence⁸⁰. Ainsi, un contrôle prévu dans un règlement de travail peut se révéler suffisant.

En revanche, l'article 22 de la Constitution adopte une vision résolument plus stricte de la légalité : seules les normes adoptées par une « assemblée délibérante démocratiquement élue » répondent à cette exigence. Cette condition pose plusieurs questions : les dispositions générales fondant le lien de subordination (1.1), les conventions collectives de travail (1.2) ou encore l'information préalable combinée éventuellement au consentement du travailleur (1.3) sont-elles suffisantes ?

1. 1. Le lien de subordination

Les dispositions de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail fondant le lien de subordination et légitimant de la sorte le contrôle opéré par l'employeur sont-elles suffisantes ? La réponse est négative car l'exigence de

⁷⁷ D'ailleurs, la Convention européenne des droits de l'homme permet – en son article 53 – aux États d'accorder une protection plus forte, celle-ci étant prioritaire.

⁷⁸ Trib. trav. Gand, 1^{er} septembre 2008, RG 175054/06, www.juridat.be.

⁷⁹ F. RAEPSAET, *op. cit.*

⁸⁰ O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *op. cit.*, p. 13.

légalité requiert au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme de préciser dans quelles circonstances et dans quelles conditions un contrôle pourra être opéré⁸¹. La jurisprudence et la doctrine sont encore divisées à ce propos⁸². Néanmoins, à notre estime, cette habilitation générale n'est pas suffisante car elle méconnaît l'exigence de prévisibilité. Cette position est renforcée notamment par l'arrêt *Copland* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme.

1. 2. Les conventions collectives de travail

Les partenaires sociaux ont adopté un certain nombre de conventions collectives de travail à différents niveaux visant à réglementer les ingérences possibles de l'employeur dans la vie privée du travailleur, notamment quant au respect de la vie privée dans le cadre d'un entretien d'embauche, à la possibilité de procéder à des fouilles, ou encore relatives à la surveillance des e-mails. Ces dispositions ne sont pas « légales » au sens de l'article 22 de la Constitution, ce que la Cour d'Arbitrage a rappelé dans un arrêt du 19 juillet 2005⁸³. Dès lors, en vertu de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme accordant la primauté à la norme la plus protectrice, il n'est pas exclu qu'un juge décide de refuser d'appliquer une convention collective de travail sur la base de l'article 159 de la Constitution et rende dès lors inutiles les normes adoptées à ce niveau de la hiérarchie des normes⁸⁴. Certains auteurs estiment que cette insécurité pourrait être supprimée par une délégation de pouvoir suffisamment précise prévue par la loi⁸⁵. Or, la Constitution indique clairement que les restrictions apportées au droit au respect à la vie privée sont réglées par la loi et non en vertu de la loi — ce qui exclut toute possibilité de délégation⁸⁶. Ce constat est néanmoins regrettable dans la mesure où il convient de favoriser le dialogue et les accords entre les partenaires sociaux. Un autre aspect négatif quant à la protection de la vie privée par des conventions collectives de travail doit être soulevé : ces normes ne s'appliquent pas à une catégorie importante de travailleurs (les agents statutaires et contractuels du secteur public).

⁸¹ S. GILSON et K. ROSIER, *op. cit.*, p. 168 ; S. GILSON, K. ROSIER et Fr. LAMBINET, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur. État des lieux*, Limal, Anthemis, 2012, p. 26.

⁸² S. GILSON et K. ROSIER, *op. cit.*, p. 168 ; Trib. trav. Bruxelles, 22 juin 2000, cité dans S. VANWASSENHOVE, « Le respect de la vie privée dans l'usage des nouvelles technologies », in *Vie privée et prérogatives patronales*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, p. 142 ; Cour trav. Gand, 4 avril 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 49.

⁸³ C.C., arrêt n° 131 du 19 juillet 2005.

⁸⁴ P. JOASSART, « Le droit à la vie privée dans les relations de travail : quelques conclusions », in M. VERDUSSEN et P. JOASSART (dir.), *La vie privée au travail, op. cit.*, pp. 151-159.

⁸⁵ O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *op. cit.*, pp. 25-28.

⁸⁶ J.-Fr. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, p. 36.

1. 3. L'information préalable (éventuellement combinée au consentement du travailleur)

Cette exigence de légalité peut également être rencontrée par le biais d'une information préalable aux travailleurs de la possibilité d'un contrôle dans des circonstances déterminées. Ce principe de transparence est d'ailleurs repris dans la loi du 8 décembre 1992 ainsi que dans les conventions collectives de travail n° 68 et n° 81⁸⁷. Dans la mesure où la jurisprudence accepte une ingérence dans la vie privée via toute norme portée à la connaissance du travailleur et suffisamment précise, le principe de légalité se confond avec une exigence de transparence⁸⁸. En outre, l'employeur peut vouloir se couvrir en obtenant des travailleurs leur consentement quant aux contrôles potentiels. La problématique du consentement dans le cadre spécifique des relations de travail est sujette à discussion⁸⁹.

2. — L'ingérence doit poursuivre une finalité légitime

Dans un second temps, l'ingérence de l'employeur doit respecter le principe de finalité, à savoir répondre à une des finalités prévues par l'article 8, § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Celles-ci doivent être adaptées au secteur privé étant donné qu'elles avaient été initialement prévues pour les autorités publiques dans leur rapport avec les citoyens. À première vue, la finalité pouvant être mise en avant par l'employeur est la protection des droits d'autrui, à savoir ses droits en tant qu'employeur.

Sous ce vocable, un large panel de buts invoqués par les employeurs est accepté : pouvoir contrôler et surveiller (par exemple, l'emploi du temps des travailleurs), s'assurer de l'exécution des prestations, prévenir des infractions pénales, voire même protéger ses intérêts économiques ou encore assurer le respect des bonnes mœurs sur le lieu de travail. Les Cours et Tribunaux acceptent donc des finalités dites légitimes, s'écartant de la volonté stricte de rattacher l'objectif invoqué par l'employeur à une des finalités énoncées par l'article 8, § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁰.

3. — L'ingérence doit être proportionnée au but recherché

Dans un troisième et dernier temps, l'ingérence de l'employeur doit respecter le principe de proportionnalité. Cette exigence recouvre deux éléments :

⁸⁷ S. GILSON et K. ROSIER, *op. cit.*, pp. 169-170.

⁸⁸ Fr. HENDRICKX, *Elektronisch toezicht op het werk : internet en camera's*, Mechelen, Kluwer, 2005, pp. 32 et s.

⁸⁹ S. GILSON et K. ROSIER, *op. cit.*, pp. 163-164 ; S. GILSON, K. ROSIER et Fr. LAMBINET, *op. cit.*, pp. 15 et s.

⁹⁰ O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *op. cit.*, pp. 14-15.

l'immixtion de l'employeur doit donc non seulement être de nature à atteindre le but recherché mais aussi ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but. Autrement dit, le juge doit vérifier s'il n'existe pas un autre moyen permettant de réaliser cet objectif en étant moins attentatoire à la vie privée du travailleur.

Souvent, il va être question de mettre en balance des intérêts légitimes — celui du droit au respect à la vie privée du travailleur et celui du contrôle exercé par l'employeur. À ce stade, les juridictions prennent en compte l'ensemble des circonstances factuelles pour faire pencher cette balance en faveur de l'une ou l'autre partie.

Les questions relatives au respect de la vie privée portées devant les juridictions du travail et le Conseil d'État ont très fréquemment trait à la licéité de preuves recueillies, notamment pour démontrer l'existence d'un motif grave justifiant le licenciement du travailleur sans préavis ni indemnité. Ensuite, une seconde question survient : si la preuve est illicite, est-elle forcément irrecevable ? La jurisprudence en cette matière a considérablement évolué ces dix dernières années sous l'influence de deux arrêts de la Cour de cassation⁹¹. Désormais, les juridictions du travail acceptent les preuves recueillies illicitement pour autant que cette irrégularité n'entache pas la fiabilité de la preuve, le droit à un procès équitable et ne méconnaît pas une formalité prescrite à peine de nullité. À titre d'exemple :

- Un travailleur est en incapacité de travail car il a dû être admis d'urgence à l'hôpital pour état d'ébriété. L'employeur décide de se rendre aux urgences pour vérifier la réalité de cette incapacité de travail. Or, aucune norme n'autorise l'employeur à faire un tel constat — seul le médecin-contrôleur peut s'en charger. La Cour du travail de Mons a considéré ces constats comme irréguliers et en outre irrecevables car l'illégalité commise par l'employeur « a affecté la validité des constats opérés par ces soins » — sans pour autant se justifier plus précisément⁹².
- Un travailleur est licencié pour motif grave, en raison d'un vol démontré à l'appui des vidéos prises par les caméras de vidéosurveillance. Ces preuves sont illégales car le contrôle de vidéosurveillance n'avait pas été porté préalablement à la connaissance des travailleurs, tel que prévu par la CCT n° 68⁹³. La Cour du travail de Mons a souligné que l'information n'était pas prescrite à peine de nullité et les images de vidéosurveillance sont donc recevables.

⁹¹ C. PREUMONT, « Les médias sociaux à l'épreuve du droit du travail », *J.T.T.*, 2011, p. 356.

⁹² Cour trav. Mons (2^e ch.), 20 novembre 2013, *Social Eye*, 28 février 2014.

⁹³ Cour trav. Mons (2^e ch.), 12 septembre 2011, RG 2010/AM/333, inédit.



En conclusion, le droit au respect de la vie privée est un droit fréquemment invoqué dans le contentieux concernant les relations de travail mais les décisions rendues en cette matière sont divergentes et peuvent par conséquent se révéler surprenantes. En effet, le droit au respect de la vie privée comporte une dimension subjective ; la notion de vie privée est elle-même en constante évolution. Par ailleurs, cette matière est d'autant plus complexe que la vie privée dont le respect est un droit fondamental est garantie par une multitude de normes nationales parfois contradictoires et difficiles à articuler entre elles. En outre, ces normes pourraient avoir vocation à s'appliquer même lorsque la vie privée n'est pas en jeu. En revanche, à l'heure actuelle, certaines situations ne peuvent être traitées que par le prisme du droit au respect de la vie privée au sens large (par exemple, la géolocalisation⁹⁴, le contrôle du disque dur⁹⁵ ou tout autre support de stockage des données). Il y a fort à parier que les constats posés aujourd'hui en cette matière seront amenés à évoluer dans un futur proche, notamment vu la publication du Règlement européen « général sur la protection des données », applicable à partir du 25 mai 2018⁹⁶.

IV. — LE DROIT AU TRAVAIL (ARTICLE 23 DE LA CONSTITUTION)

Depuis 1994, la Constitution belge contient une disposition relative aux droits économiques, sociaux et culturels. Le nouvel article 23 reconnaît à chacun le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. Ce droit est formulé de manière générale et regroupe, en son alinéa 3, une série non exhaustive de droits constitutionnels destinés à en assurer la réalisation⁹⁷. Parmi ceux-ci, figure en premier lieu le droit au travail, lequel est consacré par le constituant de la manière suivante :

« 1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de

⁹⁴ N. TINE, « Géolocalisation et vie privée : où en est-on ? Commentaire de l'arrêt rendu par la Cour du travail de Gand le 14 novembre 2011 », *Chron. D.S.*, 2015, pp. 1-6 ; Trib. trav. Anvers, 13 février 2015, *Chron. D.S.*, 2015, p. 8. Quoique, on reconnaît également l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative au traitement de données à caractère personnel.

⁹⁵ Cour trav. Bruxelles, 14 octobre 2011, RG 2010/AB/1029, www.juridat.be.

⁹⁶ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *J.O.U.E.*, L.119, 4 mai 2016.

⁹⁷ M. RIGAUX, « Sociale grondrechten in de Belgische Grondwet : de bakens voor een vernieuwd sociaal recht ? », in M. STROOBANT (éd.), *Sociale Grondrechten*, Anvers, Maklu, 1995, p. 13.

travail et à une rémunération équitables, ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective »⁹⁸.

À l'inverse de beaucoup d'autres pays européens, la constitutionnalisation du droit au travail a été réalisée tardivement en Belgique. Certains suggèrent que les tensions communautaires appelant le passage à un État fédéral ont alors primé sur la constitutionnalisation des droits économiques, sociaux et culturels⁹⁹. D'autres mettent en avant la tradition non interventionniste de l'État dans le domaine social¹⁰⁰. Ce n'est en effet qu'à la fin du XIX^e siècle que l'État belge commence à légiférer dans la sphère du droit du travail. L'on peut donc penser que la constitutionnalisation tardive des droits économiques, sociaux et culturels s'est inscrite dans « *le même mouvement ou, en tout cas, [dans] la même tradition* »¹⁰¹. Enfin, il faut relever que la plupart de ces droits étaient déjà consacrés dans des textes internationaux tels que la Charte sociale européenne ou encore le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁰². Néanmoins, l'anachronisme de plus en plus marqué de notre Constitution au regard de son temps ainsi que l'évolution de la société ont poussé le législateur à sortir de sa torpeur et à élever le droit au travail au rang de droit constitutionnel¹⁰³.

Dans un premier temps, nous passerons rapidement en vue le contenu matériel du droit au travail afin d'en cerner pleinement les contours (1). Nous nous attarderons ensuite sur la portée juridique du droit au travail dans la mesure où sa consécration dans la Constitution emporte plusieurs effets (2).

1. — Le contenu matériel du droit au travail

Tel qu'il est inscrit dans la Constitution, le droit au travail comporte à la fois des aspects individuels et collectifs. Nous les envisageons successivement.

⁹⁸ Art. 23, al. 3, 1^o de la Constitution.

⁹⁹ P. MARTENS, « L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 1995, pp. 3 et s.

¹⁰⁰ M. JAMOULLE, « L'article 23 de la Constitution belge dans ses relations avec les droits sociaux fondamentaux, le droit du travail et la sécurité sociale », in G. VAN LIMBERGHEN et K. SALOMEZ (éds), *Sociale grondrechten als bakens voor een vernieuwd sociaal recht – Liber amicorum Professor Maxime Stroobant*, Gand, Mys & Breesch, 2001, pp. 126-127 ; en ce sens, M. STROOBANT déclarait : « notre système juridique est marqué par une certaine réticence vis-à-vis de l'intervention publique dans la vie économique » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1988-1989, n^o 100-10/2^o, p. 4).

¹⁰¹ P. JOASSART, « Le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables et le droit d'information, de consultation et de négociation collective », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique...*, *op. cit.*, p. 1296.

¹⁰² À ce sujet, voy. N. SYBESMA-KNOL, « De doorwerking van de internationale grondrechten in het intern recht en hun afdwingbaarheid », in M. STROOBANT (éd.), *Sociale Grondrechten*, *op. cit.*, pp. 41-56.

¹⁰³ F. DELPÉRIE, « Les droits sociaux fondamentaux et le droit belge », in M. STROOBANT (éd.), *Sociale Grondrechten*, *op. cit.*, pp. 19-28.

1. 1. Les aspects individuels du droit au travail

a) *Le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle*

Inspiré directement de la Charte sociale européenne, l'article 23, alinéa 3, 1^o, consacre tout d'abord le « droit au travail »¹⁰⁴. Le texte constitutionnel précise aussitôt que ce droit s'inscrit « dans une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible », soulignant ainsi le fait que le droit au travail n'a qu'un caractère programmatique, destiné à guider le législateur¹⁰⁵. Les citoyens ne disposent donc pas d'un droit subjectif à obtenir un emploi¹⁰⁶. Face à un tel « droit » au travail, une question se pose d'emblée : existe-t-il une obligation de travailler ? Certains auteurs voient dans la démarche du constituant la volonté de proclamer un droit sans l'assortir d'une obligation. Selon eux, outre la possibilité de se voir octroyer des allocations de chômage dans le cadre du droit à la sécurité sociale, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables corroborent le fait que chacun disposerait de la liberté de ne pas travailler¹⁰⁷. Prise au sens strict, cette position doit toutefois être nuancée. Il semble en effet plus raisonnable de considérer que la liberté — négative — de ne pas travailler doit s'interpréter comme offrant le droit au chômeur de refuser un poste s'il n'est pas convenable¹⁰⁸.

Dans l'esprit du constituant, le droit au libre choix d'une activité professionnelle désigne tout d'abord le droit à l'exercice d'une profession indépendante¹⁰⁹. Envisagé dans sa globalité¹¹⁰, ce droit se décline traditionnellement en trois volets. Tout d'abord, le droit au libre choix d'une activité professionnelle renvoie à l'interdiction du travail forcé ou obligatoire¹¹¹. La Belgique confirme donc constitutionnellement la prohibition de l'esclavage, même s'il n'a pas fallu attendre cette insertion pour que celui-ci soit interdit, étant donné que l'article 4, §§ 1^{er} et 2 de la Convention européenne des droits

¹⁰⁴ P. JOASSART, « Le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle... », *op. cit.*, p. 1297.

¹⁰⁵ J. JACQMAIN, « Droit au travail, droit du travail », in R. ERGEC (dir.), *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 69-170.

¹⁰⁶ Voy. *infra*, point B.

¹⁰⁷ O. MORENO, « Du minimex au droit à l'intégration sociale : quelques droits fondamentaux en quête d'effectivité », in M. BODART (dir.), *Vers le droit à l'intégration sociale*, Bruxelles, la Charte, 2002, p. 130.

¹⁰⁸ J. JACQMAIN, *op. cit.*, p. 169 ; J. VAN LANGENDONCK, « Werkloosheid en recht op vrij gekozen arbeid », in G. VAN LIMBERGHEN et K. SALOMEZ (éds), *Sociale grondrechten als bakens voor een vernieuwd sociaal recht...*, *op. cit.*, pp. 403-412 ; P. JOASSART, « Le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle... », *op. cit.*, pp. 1299-1300.

¹⁰⁹ *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n^o 100-2/4^o, pp. 96 et 98.

¹¹⁰ C'est-à-dire, s'appliquant aussi bien à la relation de travail subordonnée qu'indépendante.

¹¹¹ D. DE BRUYN, « Le droit constitutionnel au travail », *Ann. dr. Louvain*, 1996, p. 186 ; J. JACQMAIN, *op. cit.*, pp. 170-171.

de l'homme, directement applicable dans l'ordre interne, l'exclut de manière générale et absolue ¹¹². Deuxièmement, le droit au libre choix d'une activité professionnelle signifie aussi le droit de choisir son activité, le type de profession dans lequel chacun souhaite travailler ¹¹³. Cette liberté dans le choix d'une activité professionnelle n'empêche toutefois pas le législateur de prévoir des conditions restrictives d'accès à un emploi, pour autant qu'il reste dans les limites des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination ¹¹⁴. Il semble enfin que l'on puisse également lire dans le droit au libre choix d'une activité professionnelle, le droit à la liberté dans les modalités d'exercice de l'activité choisie. Néanmoins, ni les travaux préparatoires, ni la jurisprudence ne fournissent, à notre connaissance, d'éclaircissements sur le contenu exact d'une telle liberté ¹¹⁵.

b) *Le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables*

Par « conditions de travail », le constituant désigne « les droits et obligations découlant du fait que le travailleur s'est engagé à effectuer un travail sous l'autorité d'une autre personne » ¹¹⁶. À titre exemplatif, il précise que ces conditions de travail comprennent notamment « la durée du travail, les jours fériés payés, la réduction de la durée de travail pour les travailleurs effectuant un travail dangereux ou malsain, le repos hebdomadaire, la sécurité et la santé, les conditions de licenciement, la promotion sociale ainsi que l'orientation et la formation professionnelles » ¹¹⁷. L'objectif du constituant est de s'assurer que le travailleur retire une satisfaction de son travail, qu'il lui offre l'occasion de s'épanouir pleinement, tout en protégeant sa santé et en lui donnant, à lui et à sa famille, la possibilité de mener une existence indépendante et décente ¹¹⁸. Les contours du terme « équitable » sont quant à eux plus difficiles à circonscrire. Relevant cette difficulté, le constituant précise que « l'équité s'obtient et se constate » ¹¹⁹. Il ajoute qu'elle « correspond à ce qui est raisonnablement juste. Elle est ce qui est concevable, pour le sentiment général, en fonction des circonstances et compte tenu de tous les facteurs » ¹²⁰.

Le droit à une juste rémunération est un facteur essentiel de reconnaissance de la dignité humaine car elle permet au travailleur de subvenir à ses besoins

¹¹² F. DORSSEMONT, « Het recht op vrije keuze van beroepsbaarheid in artikel 23 van de Grondwet : een ultieme erkenning van vrijheid van arbeid ? », *R.W.*, 1994-1995, pp. 865-866.

¹¹³ D. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 187.

¹¹⁴ *Id.*, pp. 187-188.

¹¹⁵ En ce sens, voy. P. JOASSART, « Le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle... », *op. cit.*, pp. 1310-1311.

¹¹⁶ *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 15.

¹¹⁷ *Id.*, p. 16.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

ainsi qu'à ceux de sa famille ¹²¹. D'après les travaux parlementaires ¹²², cette rémunération doit tenir compte des besoins sociaux, culturels et économiques fondamentaux des travailleurs et de leur famille. Elle doit lui permettre de s'inscrire dans des activités plus élevées et complexes, telles que l'enseignement, les avantages culturels et sociaux. Deux critères permettent de déterminer si la rémunération est équitable : d'une part, le travail accompli et, d'autre part, les besoins du travailleur et de sa famille.

Ces deux critères peuvent surprendre, dans la mesure où le montant des rémunérations est traditionnellement déterminé par des critères établis dans des conventions collectives de travail qui ne tiennent pas compte des besoins du travailleur et de sa famille ¹²³. Comme le souligne Donatienne de Bruyn, « *un hiatus semble donc se creuser entre la signification attachée, par le constituant, au concept de rémunération équitable et la réalité* » ¹²⁴. Il revient en effet à la sécurité sociale et à la fiscalité — et non au droit social — d'instaurer un régime qui prenne en considération la situation familiale de chaque travailleur ¹²⁵.

S'il n'existe pas à l'heure actuelle de définition bien établie du « droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables », c'est précisément parce que cette notion est amenée à évoluer au gré des interventions du législateur. Dernièrement, la Cour constitutionnelle vient en effet de rappeler que l'article 23, alinéa 3, 1^o, de la Constitution « ne [précise] pas ce qu'impliquent ces droits dont seul le principe est exprimé, chaque législateur étant chargé de les garantir, conformément à l'article 23, alinéa 2, "en tenant compte des obligations correspondantes" » ¹²⁶.

1. 2. Les aspects collectifs du droit au travail

a) *Les droits d'information et de consultation*

Les travaux parlementaires sont peu éclairants sur le contenu du droit à l'information et à la consultation des travailleurs. Ils en expliquent toutefois l'origine : nos sociétés occidentales ont évolué et les relations de travail se sont démocratisées, à tel point que l'on a pris conscience du fait que celui qui fait l'apport de son travail dans le processus de production doit également pouvoir participer à la prise de décision ¹²⁷.

¹²¹ C. HENRYON, « Droit au travail et qualité de l'emploi », *R.D.S.*, 2007, p. 549.

¹²² *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n^o 100-2/3^o, p. 16.

¹²³ P. JOASSART, « Le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle... », *op. cit.*, p. 1315.

¹²⁴ D. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 194.

¹²⁵ *Ibid.* ; J. JACQMAIN, *op. cit.*, pp. 179-180.

¹²⁶ C.C., arrêt n^o 98/2015 du 25 juin 2015, B.26.

¹²⁷ *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n^o 100-2/3^o, p. 17.

Il est aujourd'hui largement admis que les droits d'information et de consultation des travailleurs imposent aux pouvoirs publics de mettre sur pied des structures qui permettent aux travailleurs d'être au courant « de toutes mesures ou faits pertinents relatifs à leur entreprise : sa situation économique et financière, ses perspectives d'embauche, de développement, ses projets, sa stratégie sur le marché [...] »¹²⁸. À cette occasion, les travailleurs doivent également se voir offrir la possibilité de faire part de leur opinion¹²⁹. Cette démocratisation des relations de travail doit s'exercer tant dans le secteur privé que dans le secteur public¹³⁰.

b) *Le droit de négociation collective*

À l'instar des autres droits sociaux, le législateur dispose d'une grande marge de manœuvre pour mettre en œuvre le droit de négociation collective¹³¹. Ce droit garantit l'autonomie des partenaires sociaux par rapport à l'État qui leur a confié un domaine d'intervention dans lequel ils peuvent négocier librement et déterminer les règles qu'ils entendent¹³². Néanmoins, depuis un arrêt de la Cour constitutionnelle du 15 septembre 2004, il semble que cette interdiction d'intervention étatique ait été exclue par la Cour qui estime que le législateur ne peut se départir de ses prérogatives, de telle manière qu'il peut à tout moment intervenir dans un domaine « réservé » à la négociation sociale¹³³.

En insérant le droit à la négociation collective à l'article 23, alinéa 3, 1^o, de la Constitution, le législateur a expressément choisi de ne pas y mentionner le droit de grève¹³⁴. Il semble que la crainte de voir ce droit faire l'objet d'un encadrement législatif suite à son inscription dans la Constitution, ce dont les syndicats eux-mêmes ne voulaient pas, ait poussé le constituant à ne pas l'y inscrire¹³⁵.

Néanmoins, les droits d'information et de consultation des travailleurs ainsi que le droit de négociation collective constituent, d'une certaine manière, le

¹²⁸ A. VANDEBURIE, *L'article 23 de la Constitution – Coquille vide ou boîte aux trésors ?*, Bruxelles, la Charte, 2008, p. 192.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n^o 00-2/3^o, p. 17.

¹³¹ M. STROOBANT, « De sociale grondrechten naar Belgisch recht : een analyse van de parlementaire werkzaamheden bij art. 23 G.W. », in M. STROOBANT (éd.), *Sociale Grondrechten*, *op. cit.*, p. 86.

¹³² T. BOMBOIS, P. JOASSART et F. PIRET, « Constitution et conventions collectives », in *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 160-161.

¹³³ P. JOASSART, « La négociation sociale, une matière fédérale exclusive : l'union fait l'efficacité », *R.B.D.C.*, 2006, pp. 109-112.

¹³⁴ M. STROOBANT, « De sociale grondrechten naar Belgisch recht... », *op. cit.*, p. 86.

¹³⁵ M. STROOBANT, « Ontstaan en draagwijdte van art. 23 Grondwet houdende toekenning van sociale grondrechten », *R.D.S.*, 1994, p. 225.

soubassement constitutionnel de la liberté syndicale et du droit de grève, ces derniers n'ayant pas été repris explicitement dans la Constitution ¹³⁶.

2. — La portée juridique du droit au travail

Au cours des travaux préparatoires, la question de la nécessité et de l'utilité de la constitutionnalisation du droit au travail s'est posée avec acuité ¹³⁷. Pourquoi a-t-on décidé d'inscrire ce droit dans la Constitution et quels effets cette constitutionnalisation emporte-t-elle ?

Outre l'impact à la fois symbolique et idéologique ¹³⁸, l'ancrage constitutionnel du droit au travail emporte plusieurs effets juridiques. Tout d'abord, il a toujours été clair que l'article 23, alinéa 3, 1^o, de la Constitution n'a pas d'effet direct ¹³⁹. Le droit au travail n'est donc pas un droit subjectif susceptible de recevoir une application immédiate ¹⁴⁰. Un droit subjectif à l'emploi serait en effet de nature à entraîner des complications pour le juge, dans la mesure où chacun pourrait tenter de se voir reconnaître effectivement le droit à un travail, faisant ainsi retomber sur le magistrat la décision finale d'octroi ou non d'un emploi ¹⁴¹. Cette décision risque non seulement d'être arbitraire, mais elle porterait en outre atteinte au principe de la séparation des pouvoirs dans l'hypothèse où elle s'imposerait à une autorité publique exécutive ¹⁴².

Comme nous l'avons brièvement évoqué, le droit au travail revêt une valeur programmatique, confiant au législateur le soin de prendre les mesures néces-

¹³⁶ En ce sens, voy. notamment M. RIGAUX, « Het recht op collectief onderhandelen : sleutelement van de grondrechtelijke onderbouw en van de rechtshomogene benadering van het collectief arbeidsrecht », in G. COX, M. RIGAUX et J. ROMBOUTS (éds), *Collectief onderhandelen*, Malines, Wolters Kluwer, 2006, p. 11 et N. VAN LEUVEN, « In de gang tussen twee logica's », *T.V.W.*, 2013, p. 312.

¹³⁷ Voy. notamment, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 00-2/4^o, p. 6.

¹³⁸ « Le silence de la Constitution en ce qui concerne les droits économiques et sociaux est difficilement acceptable. Il amène, en effet, à penser que ces droits sont des droits accessoires qu'il n'y a pas lieu de protéger aussi bien que les autres. La Constitution ne peut rester muette plus longtemps sur ce point. Si elle est censée être le reflet d'une société, elle doit également traduire les préoccupations qui animent celle-ci » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/3^o, p. 7). Dans le même ordre d'idées, F. Delpérée écrivait : « la Constitution d'un État moderne perd sa crédibilité si elle n'est pas en mesure de rencontrer, au moins en termes généraux, les préoccupations des hommes et des femmes de notre temps. Ces préoccupations, aujourd'hui, s'appellent : travail, santé, environnement, avec leurs handicaps : chômage, maladie, pollutions » (F. DELPÉRÉE, « Les droits sociaux fondamentaux et le droit belge », *op. cit.*, p. 22).

¹³⁹ M. ADAMS, « De retoriek van de sociale grondrechten », *R.W.*, 1995-1996, p. 10 ; M. STROOBANT, « De sociale grondrechten naar Belgisch recht... », *op. cit.*, p. 73 ; M. JAMOULLE, « L'article 23 de la Constitution... », *op. cit.*, p. 136.

¹⁴⁰ A. VANDEBURIE, *op. cit.*, p. 174.

¹⁴¹ D. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 198.

¹⁴² *Ibid.*

saires pour mettre en œuvre les principes qu'il contient¹⁴³. Il appartient donc à la loi, au décret et à l'ordonnance de donner un contenu concret au droit au travail dans le but de le rendre effectif¹⁴⁴. Une obligation de moyens pèse sur les pouvoirs publics¹⁴⁵. Ainsi, le droit au travail sert à la fois de guide dans l'orientation de la politique des pouvoirs publics mais il impose également des directives au législateur¹⁴⁶.

S'il n'a pas d'effet direct, il ne fait en revanche aucun doute que l'article 23 contient une obligation de *standstill*¹⁴⁷. Comme l'explique Isabelle Hachez, le principe de *standstill* « interdit aux autorités publiques de légiférer à rebours des droits garantis, et donc de diminuer le niveau de protection acquis »¹⁴⁸. Appliqué au droit au travail, ce principe aura par exemple pour effet qu'« il ne sera plus possible de reculer et de concevoir [...] des législations restrictives dans l'accès au marché du travail »¹⁴⁹. L'effet de *standstill* attaché au droit au travail a été reconnu à plusieurs reprises par la Cour constitutionnelle, usant d'une formule désormais devenue classique : « l'article 23 de la Constitution contient une obligation de *standstill* qui interdit au législateur compétent de réduire significativement le degré de protection offert par la législation applicable, sans qu'existent pour ce faire des motifs d'intérêt général »¹⁵⁰.

Enfin, l'inscription du droit au travail dans la Constitution permet à la Cour constitutionnelle de lire cette disposition au regard du droit à l'égalité et à la non-discrimination et d'annuler, le cas échéant, les dispositions législatives qui y seraient contraires¹⁵¹. Par le truchement des articles 10 et 11 de la Constitution, toute personne qui, en matière de droit au travail, se voit traitée différemment et sans justification raisonnable peut donc porter l'affaire devant la Cour

¹⁴³ M. STROOBANT, « Ontstaan en draagwijdte van art. 23 Grondwet houdende toekenning van sociale grondrechten », *op. cit.*, p. 222.

¹⁴⁴ A. MAST, « Faut-il constitutionnaliser les droits économiques et sociaux ? », in *La reconnaissance et la mise en œuvre des droits économiques et sociaux*, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1972, p. 527.

¹⁴⁵ F. DELPÉRÉE, « Les droits sociaux fondamentaux et le droit belge », *op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁶ *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 13.

¹⁴⁷ M. STROOBANT, « De sociale grondrechten naar Belgisch recht... », *op. cit.*, p. 75 ; M. JAMOULLE, « L'article 23 de la Constitution belge... », *op. cit.*, p. 137.

¹⁴⁸ I. HACHEZ, « L'effet de *standstill* : le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *A.P.T.*, 2000, p. 30.

¹⁴⁹ F. DELPÉRÉE, « Les droits sociaux fondamentaux et le droit belge », *op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁰ C.C., arrêt n° 107/2014 du 17 juillet 2014, B.23 (droit au travail et à une rémunération équitable) ; arrêt n° 6/2015 du 19 mars 2015, B.15.3 (droit au travail) ; arrêt n° 98/2015 du 25 juin 2015, B.27 (conditions de travail et rémunération équitables).

¹⁵¹ M. RIGAUX, « De scharnierfunctie van art. 23 G.W. », in M. STROOBANT (éd.), *Sociale Grondrechten*, *op. cit.*, p. 114 ; F. SWAELEN, « Woord vooraf », in M. STROOBANT (éd.), *Sociale Grondrechten*, *op. cit.*, p. 10 ; « D'où l'intérêt d'une constitutionnalisation du droit au travail » (D. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 207).

constitutionnelle¹⁵². Dans un arrêt du 27 juillet 2011, la Cour a par exemple considéré qu'une disposition qui n'offrait pas les mêmes garanties en matière d'ancienneté pécuniaire à des commissaires de police, pourtant nommés au même grade, en raison d'une différence dans leur parcours — une catégorie étant titulaire d'un brevet et l'autre pas —, était contraire aux articles 10 et 11, combinés avec l'article 23 de la Constitution¹⁵³.

La protection ainsi offerte au justiciable par la Cour dans le cadre de son contrôle renforce l'effectivité des droits inscrits à l'article 23 de la Constitution. Ce contrôle est d'autant plus important et protecteur que la Cour se montre en général très rigoureuse lorsqu'il s'agit d'une atteinte à un droit fondamental¹⁵⁴. De par son inscription dans la Constitution, le droit au travail s'en trouve consolidé et « accède ainsi à un statut légistique supérieur, on ne peut plus nier qu'il participe des fondements mêmes de notre société »¹⁵⁵.

V. — LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION (ARTICLE 27 DE LA CONSTITUTION)

Comme nous l'avons vu, le catalogue des droits économiques, sociaux et culturels de l'article 23 ne fait nullement référence à la liberté syndicale et au droit de grève¹⁵⁶.

À l'inverse de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵⁷, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁵⁸, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁵⁹ et aux droits économiques et sociaux¹⁶⁰, la liberté syndicale n'est pas reconnue explicitement dans nos textes juridiques. La liberté syndicale est considérée comme une expression particulière de la liberté d'association¹⁶¹. En 1973, le Conseil d'État soulignait

¹⁵² P. JOASSART, « Le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle... », *op. cit.*, p. 1298.

¹⁵³ C.C., arrêt n° 140/2011 du 27 juillet 2011.

¹⁵⁴ D. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 207.

¹⁵⁵ M. JAMOULLE, « L'article 23 de la Constitution belge... », *op. cit.*, p. 147.

¹⁵⁶ V. VANNES, *Le droit de grève. Principe de proportionnalité. Droit international, européen et national*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 335 ; P. HUMBLET et R. JANVIER, « Een volgende generatie over staking en opeising in de publieke sector », in *Liber amicorum Roger Blanpain*, Bruges, die Keure, 1998, p. 335.

¹⁵⁷ Art. 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Mon. b.*, 19 août 1955, p. 5028.

¹⁵⁸ Art. 12, § 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁵⁹ Art. 22, § 1^{er} du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *Mon. b.*, 6 juillet 1983, p. 8815.

¹⁶⁰ Art. 8, § 1^{er}, a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, *Mon. b.*, 6 juillet 1983, p. 8808.

¹⁶¹ P. HUMBLET, R. JANVIER, W. RAUWS et M. RIGAUX, *Synopsis van het Belgisch arbeidsrecht*, Anvers/Oxford, Intersentia, 2006, p. 285 ; M. DAVAGLE, *Droit collectif du travail. Tome I. Le cadre*

déjà que la liberté syndicale était garantie par l'article 27 [ancien article 20] de la Constitution ¹⁶². La liberté syndicale permet à toute personne qui travaille de créer ou d'adhérer à des associations afin de défendre ses intérêts professionnels ¹⁶³. Dans la sphère des relations de travail, la liberté syndicale constitue également la base sur laquelle vient se greffer un éventail de droits connexes ¹⁶⁴. Le droit de défendre ses intérêts professionnels suppose en effet généralement que les travailleurs disposent du droit d'exprimer librement leur opinion, de se réunir et d'agir en pleine liberté de conscience ¹⁶⁵. Bien que l'on considère traditionnellement que la liberté syndicale découle de la liberté d'association, l'on comprend donc qu'il n'est pas rare de faire directement un lien avec la liberté de réunion consacrée à l'article 26 de la Constitution ¹⁶⁶.

Initialement, la liberté syndicale connaissait toutefois en pratique certaines limites. Elle n'impliquait en effet aucunement la reconnaissance d'un droit d'action collective ¹⁶⁷. La liberté syndicale ne s'est pleinement imposée qu'à la suite d'un double mouvement législatif en 1921 ¹⁶⁸ : d'une part, par la suppression de l'article 310 du Code pénal qui érigeait l'atteinte/l'entrave à la liberté du travail en délit et, d'autre part, par l'adoption d'une loi particulière consacrant la liberté d'association et la dotant de sanctions pénales ¹⁶⁹. La grève ainsi que la constitution de piquets de grève ont dès lors été dépenalisées, en faisant de ce fait un instrument important de lutte pour la défense des intérêts professionnels des travailleurs ¹⁷⁰.

Progressivement, le droit de grève a donc été perçu comme un élément constitutif essentiel de la liberté syndicale ¹⁷¹. À cet égard, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a joué — et joue encore à ce

institutionnel de la concertation sociale, Limal, Anthemis, 2011, p. 30. C'est également la position de la Cour européenne des droits de l'homme, comme elle vient de le rappeler dans deux arrêts récents : Cour eur. D.H., arrêt *Ismail Sezer c. Turquie*, du 24 mars 2015, § 49 et arrêt *Doğan Altun c. Turquie*, du 26 mai 2015, § 43.

¹⁶² C.E., arrêt *asbl Aktie Komite de adviserendgennesheren et De Smet*, n° 6.111, du 21 novembre 1973.

¹⁶³ A. SCHAUS, « La liberté d'association », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, op. cit., p. 1086.

¹⁶⁴ M. RIGAUX, op. cit., p. 10.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ F. DORSSEMONT, « À propos des sources et des limites du droit de grève en Belgique », in F. KRENC (dir.), *Droit de grève : actualités et questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 11.

¹⁶⁸ M. JAMOULLE, « L'article 23 de la Constitution belge... », op. cit., p. 141.

¹⁶⁹ A. SCHAUS, op. cit., p. 1087.

¹⁷⁰ M. JAMOULLE, « Le droit de la grève en Belgique : évolutions et perspectives », *Chron. D.S.*, 2003, p. 365 ; F. DORSSEMONT, « À propos des sources et des limites du droit de grève en Belgique », in F. KRENC (dir.), *Droit de grève : actualités et questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, coll. Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2015, p. 12.

¹⁷¹ P. HUMBLET et G. COX (éds), *Collectieve conflicten*, Malines, Kluwer, 2011, p. 68.

jour — un rôle décisif dans la reconnaissance et l'interprétation du droit de grève en Belgique ¹⁷². Si, dans un premier temps, la Cour s'est montrée frieuse à reconnaître la dimension collective de la liberté syndicale, elle s'est par la suite éloignée de cette approche restrictive ¹⁷³. La Cour a en effet développé une jurisprudence très évolutive et protectrice de la liberté syndicale sur le fondement de l'article 11 de la Convention ¹⁷⁴.

La Cour ne s'est pas limitée à une simple reconnaissance du droit de grève, elle le considère comme l'un des moyens les plus importants en vue de défendre les intérêts des membres du syndicat ¹⁷⁵. Dans diverses opinions dissidentes, certains juges n'ont d'ailleurs pas hésité à affirmer qu'il s'agissait « certainement de l'un des droits syndicaux les plus importants » ¹⁷⁶. Sans pour autant remettre en question l'importance fondamentale des autres dispositions internationales consacrant le droit de grève — dont l'article 6, § 4 de la Charte sociale européenne — certains auteurs considèrent que l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour, pourrait former la base constitutionnelle manquante du droit de grève en Belgique ¹⁷⁷.

À côté du droit de grève, la Cour européenne des droits de l'homme protège d'autres dimensions de la liberté syndicale. Selon une jurisprudence constante, elle considère que l'article 11 protège également « la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci, action dont les États contractants doivent à la fois autoriser et rendre possibles la conduite et le développement » ¹⁷⁸. Dans plusieurs affaires, la Cour a donc considéré que cette disposition « ne garantit pas aux syndicats, ni à leurs membres, un traitement précis de la part de l'État » mais exige que la législation qu'il promulgue leur permette de lutter pour la défense des inté-

¹⁷² J. CLESSE et A. MORTIER, « Droit collectif et droits de l'homme », *R.D.S.*, 2011, p. 185.

¹⁷³ F. DORSSEMONT, « À propos des sources et des limites du droit de grève en Belgique », *op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁴ M. MERINO, « Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme en question », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 466 ; sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet, voy. F. DORSSEMONT, « À propos des sources et des limites du droit de grève en Belgique », *op. cit.*, pp. 21-31.

¹⁷⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, du 27 octobre 1975 ; arrêt *Schmidt et Dahlström c. Suède*, du 6 février 1976 ; arrêt *Dilek et autres c. Turquie*, du 17 juillet 2007 ; arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen*, du 21 avril 2009.

¹⁷⁶ Opinion en partie dissidente commune aux juges Spielmann, Villiger, Lopez Guerra, Bianku, MØse et Jäderblom, arrêt *Syndicatul Pastoriul cel Bun c. Roumanie*, du 9 juillet 2013.

¹⁷⁷ F. DORSSEMONT, « Artikel 11 EVRM : de missing link van het Belgisch stakingsrecht », *De Juristenkrant*, 27 mai 2009, p. 2.

¹⁷⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, du 27 octobre 1975, §§ 38-39 ; arrêt *Wilson National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, du 2 juillet 2002, § 42 ; arrêt *Danilenkov et autres c. Russie*, du 30 juillet 2009, § 121 ; arrêt *Ismail Sezer c. Turquie*, du 24 mars 2015, §§ 49-50 ; arrêt *Doğan Altun c. Turquie*, du 26 mai 2015, §§ 43-44.

rêts de leurs membres ¹⁷⁹, qu'il s'agisse par exemple du droit de négociation collective ou encore du droit d'un syndicat à être entendu.

S'agissant du droit de négociation collective — entendu comme étant le droit de conclure une convention collective de travail —, la Cour l'a d'abord reconnu de manière implicite ¹⁸⁰, avant de l'affirmer de manière plus claire en estimant que le fait que les travailleurs « soient libres de demander ou de permettre à leur syndicat de communiquer des revendications à leur employeur ou d'entreprendre en leur nom des actions pour protéger leurs intérêts » relève de l'essence du droit des salariés d'adhérer à un syndicat ¹⁸¹. Dans une jurisprudence plus récente, la Cour a affirmé que « le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du “droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts” énoncé à l'article 11 de la Convention » ¹⁸².

Dans deux arrêts récents qui s'inscrivent dans la lignée de sa jurisprudence, la Cour vient également de reconnaître que l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissait aux membres d'un syndicat le droit à ce que leur syndicat soit entendu ¹⁸³. Les affaires concernent deux travailleurs — tous deux membres d'un syndicat — qui ont respectivement pris part à un panel organisé par un parti politique pour l'un, et à l'organisation d'un référendum syndical pour l'autre, chacun d'eux ayant ensuite fait l'objet d'une sanction disciplinaire en raison de ces faits. La Cour s'est alors penchée sur la question de savoir si une telle sanction avait une incidence sur le droit des travailleurs de mener des activités syndicales. En l'espèce, la Cour a relevé que la sanction incriminée était de nature à dissuader le requérant et les autres membres de syndicats « de participer légitimement à des manifestations pacifiques pour y défendre les intérêts de leurs affiliés » ¹⁸⁴ dans le premier cas, et « d'exercer librement leurs activités » ¹⁸⁵, dans le second, concluant de ce fait à une violation de l'article 11 de la Convention.

Bien que notre Constitution ne consacre pas explicitement la liberté syndicale ainsi que ses droits et libertés connexes que nous venons d'évoquer à titre

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Voy. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2001, p. 559.

¹⁸¹ Cour eur. D.H., arrêt *Wilson National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, du 2 juillet 2002, § 46 ; Voy. aussi J. CLESSE et A. MORTIER, *op. cit.*, p. 189.

¹⁸² Cour eur. D.H., arrêt *Demir et Bayakara c. Turquie*, du 12 novembre 2008, §§ 147-154.

¹⁸³ Cour eur. D.H., arrêt *Ismail Sezer c. Turquie*, du 24 mars 2015, § 50 ; arrêt *Doğan Altun c. Turquie*, du 26 mai 2015, § 44.

¹⁸⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Ismail Sezer c. Turquie*, du 24 mars 2015, § 55.

¹⁸⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Doğan Altun c. Turquie*, du 26 mai 2015, § 50.



exemplatif, cela ne signifie pas pour autant qu'ils ne reçoivent pas d'application en droit belge. En effet, la Cour constitutionnelle interprète l'article 27 de la Constitution à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et « incorpore » par conséquent ses enseignements dans sa jurisprudence. À cette fin, elle recourt régulièrement à la méthode dite du « tout indissociable »¹⁸⁶ et rappelle que « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une disposition constitutionnelle qui est invoquée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans la disposition constitutionnelle en cause. Pour déterminer la portée de la liberté d'association, garantie par l'article 27 de la Constitution, il convient dès lors d'avoir également égard à, entre autres, l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme »¹⁸⁷.

Au vu de cet état des choses, il convient donc de relever que la présence de la liberté d'association dans le texte constitutionnel revêt une importance toute particulière au regard des aspects collectifs du droit au travail, dans la mesure où elle permet d'en assurer l'effectivité, grâce à sa combinaison avec d'autres dispositions protectrices issues du droit international.

CONCLUSION

Le droit constitutionnel et le droit du travail étaient, à l'origine, hermétiques l'un à l'autre. Le mouvement d'horizontalisation des droits fondamentaux remet en cause cette situation. Les juridictions du travail admettent, de plus en plus, que le droit constitutionnel puisse dicter le comportement des employeurs lorsqu'un droit fondamental est en jeu.

Nous l'avons vu, cependant, le droit constitutionnel avance rarement seul en matière de droits fondamentaux. Il se combine avec le droit international pour assurer la protection des droits fondamentaux des travailleurs. Ce dialogue entre le texte constitutionnel et le texte international ne déforce pas le droit constitutionnel et n'affaiblit pas les droits des travailleurs. Au contraire, les récents arrêts de la Cour constitutionnelle, pourtant inspirés par la jurispru-

¹⁸⁶ Voy., sur cette notion, M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 268-269.

¹⁸⁷ C.C., arrêt n° 80/2014 du 8 mai 2014, B.46.1 ; récemment, la Cour a à nouveau fait usage de cette méthode dans le cadre de la liberté d'association : « En ce qu'[il reconnaît] le droit à la liberté d'association, l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme [...] [a] une portée analogue à celle de l'article 27 de la Constitution, qui reconnaît le droit de s'associer. Dès lors, les garanties fournies par [cette] [disposition] forment, dans cette mesure, un ensemble indissociable » (C.C., arrêt n° 9/2015 du 28 janvier 2015, B.23.2).

dence de la Cour européenne des droits de l'homme, ont clairement un impact important sur les droits des travailleurs.

La suppression de la distinction entre ouvriers et employés, notamment, a fondamentalement modifié le droit du travail, allant même jusqu'à engendrer l'obligation générale de motivation du licenciement qui manquait en droit belge. La protection de la liberté d'expression et de la vie privée a également modifié l'appréhension des situations rencontrées sur les lieux de travail. Ces deux droits fondamentaux sont désormais fréquemment invoqués dans les relations de travail. L'accélération de l'apparition de nouvelles technologies de communication rend impossible une intervention *a priori* du législateur ou des partenaires sociaux pour baliser les droits et les obligations des travailleurs dans l'usage de ces nouvelles technologies. L'exemple des réseaux sociaux en est un bon exemple : ils se sont développés trop vite pour que les partenaires sociaux puissent légiférer sur leur usage sur le lieu du travail ou à l'égard des membres de l'entreprise. Ce sont, dès lors, les droits fondamentaux qui pallient cette situation en permettant au juge de statuer dans le cadre de la protection des droits des travailleurs sans avoir d'appui législatif ou conventionnel.

L'efflorescence des droits constitutionnels dans les relations de travail s'explique aussi certainement par la situation sociale actuelle. L'heure n'étant pas aux nouveaux progrès sociaux, ce n'est ni au législateur, ni aux partenaires sociaux que les évolutions sont réclamées. C'est désormais la Constitution, interprétée par la Cour constitutionnelle et les juridictions du travail, qui fait évoluer la protection des droits des travailleurs.

Une chose est certaine. Le mouvement de diffusion du droit constitutionnel dans le droit du travail n'est pas un mouvement appelé à s'éteindre. Il va, au contraire, certainement continuer à se développer. Il faut peut-être le regretter puisque cela révèle l'absence d'évolution sociale imposée par la négociation sociale ou par l'intervention législative. Il faut cependant s'en réjouir, tant le droit constitutionnel a pu démontrer, ces dernières années, qu'il est capable de révolutionner le droit du travail.