

S.19.0064.F

Conclusions de M. l'avocat général MORMONT :

Le moyen.

1.

Le moyen est dirigé contre la décision de l'arrêt de condamner la demanderesse à payer au défendeur des arriérés de double pécule de vacances à partir de l'année 2013, ces pécules devant être calculés en incluant la prime de fin d'année dans la rémunération de base, ainsi que de condamner la demanderesse aux dépens des deux instances.

2.

En sa première branche, le moyen expose en quoi consiste un usage au sens des articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil, qui requiert d'être reconnu comme applicable par tous dans une région déterminée ou un milieu professionnel déterminé. Le moyen expose en quoi la demanderesse contestait devant la cour du travail l'existence d'un tel usage consistant à intégrer la prime de fin d'année dans le calcul du double pécule de vacances.

Le moyen fait premièrement valoir que l'arrêt viole la notion légale d'usage en qualifiant comme tel la pratique propre à la seule demanderesse d'intégrer la prime de fin d'année dans le calcul du double pécule de vacances, sans constater que cette pratique a un caractère reconnu comme applicable par tous dans une région déterminée ou un milieu professionnel déterminé.

Le moyen fait encore valoir que l'arrêt n'a pas légalement décidé que la pratique en question a été incorporée dans le contrat de travail conclu entre les parties, en manière telle qu'elle ne pouvait plus être dénoncée unilatéralement.

Le moyen, en cette branche, fait encore grief à l'arrêt de décider que la prévalence de la volonté unilatérale sur l'usage serait contraire aux règles relatives à la hiérarchie des normes.

3.

En une deuxième branche, le moyen fait grief à l'arrêt de se fonder sur des considérations relatives à l'équité pour modifier les termes du contrat de travail conclu entre les parties, violant ainsi la force obligatoire de ce contrat.

4.

En sa troisième branche, le moyen reproche à l'arrêt de violer la foi due au contrat de travail, et sa force obligatoire, en refusant d'y lire les dérogations à l'usage qu'il contient pourtant.

La première branche.

5.

Le premier grief exposé par la première branche du moyen reproche à l'arrêt d'avoir méconnu la notion légale d'usage, telle qu'elle se déduit des articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil, en reconnaissant un tel usage.

Son examen impose par conséquent de préciser brièvement en quoi consiste cette notion.

6.

Selon l'article 1135 de l'ancien Code civil, les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Selon l'article 1160 du même code, on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

7.

Même si elle n'est pas unanime¹, la doctrine retient généralement, et de longue date², non seulement la reconnaissance de la coutume comme source de droit mais aussi une division entre les « usages de droit » et les « usages de fait »³, seuls les premiers relevant des articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil.

a)

L'usage de droit, également appelé coutume et que la Cour qualifie parfois également de clause usuelle, qui est une source de droit en vertu de ces dispositions, comprend un élément matériel (une pratique suffisamment générale, comme on le verra ultérieurement, maintenue sans contradiction sérieuse) et un élément intellectuel (la conviction de ceux qui respectent la pratique qu'elle a un caractère obligatoire, c'est-à-dire qu'ils agissent en vertu d'une règle s'imposant à eux⁴).

L'usage de droit s'impose ainsi aux parties non en raison de leur volonté — ou alors seulement de leur volonté *légalement* présumée d'accepter ce qui est conçu comme une règle générale et obligatoire — mais en raison de son caractère obligatoire, à moins que les parties ne fassent le choix de l'exclure.

C'est ainsi que la Cour a pu indiquer dans un arrêt du 29 mai 1947 que « [les articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil] reposent sur le postulat que le consentement des parties contractantes sans lequel il n'est pas de clause conventionnelle valable, a porté à la fois sur ce à quoi elles ont expressément déclaré s'obliger et sur ce qui est d'usage en la matière; tenant pour certain qu'elles n'ont pu ignorer cet usage, la loi en infère qu'en ne l'excluant pas de leurs accords, les parties ont marqué leur volonté d'y conformer ceux-ci »⁵.

¹ Voy., pour une approche légèrement différente de la doctrine majoritaire : P.A FORIERS, « Les contrats commerciaux, chroniques de jurisprudence », *RDC* 1983, pp. 124 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les obligations (1974 à 1982) » *RCJB* 1986, p. 180. Voy. encore C. DELFORGE, « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (article 1135 du Code civil) » in *Droit des obligations*, Louvain-la-neuve, 2011, p. 7.

² Voy. le relevé établi par M. COIPEL, « La coutume » in I. Hachez et alii (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis 2012, vol. 2 : normes internes infraconstitutionnelles, p. 551 et les nombreuses références citées.

³ La Cour prend également acte de cette distinction dans son arrêt du 16 février 1979, pour indiquer qu'il est possible de déroger aux deux : Cass. 16 février 1979, *Pas.* 1979, I, 718.

⁴ Sur les difficultés conceptuelles et logiques que pose cette condition de (recon)naissance d'une coutume (qui revient à ce qu'un comportement soit perçu comme obligatoire alors qu'il ne l'est pas encore et que ce soit cette croyance qui fasse alors apparaître ce caractère obligatoire), voy. M. COIPEL, *op. cit.*, p. 567.

⁵ Cass. 29 mai 1947, *Pas.* 1947, I, 217.

Le 24 février 1966, la Cour énonce encore que « l'usage peut être invoqué tant en matière civile qu'en matière commerciale, à condition qu'il soit reconnu par tous dans la région comme une règle applicable, à défaut de stipulation contraire, aux conventions de même nature, et partant comme supplétive de la volonté des parties »⁶.

De même, par un arrêt du 9 décembre 1999⁷, la Cour a indiqué qu'une clause est usuelle, lorsqu'elle est généralement reconnue applicable dans une région déterminée ou dans un milieu professionnel déterminé, de telle sorte que la loi présume que les parties ont connaissance de cet usage et qu'en ne l'excluant pas de leur contrat, elles manifestent leur volonté de l'incorporer dans leur contrat. La Cour applique ces principes en jugeant dans cet arrêt que viole la notion d'usage l'arrêt qui considère que les clauses en litige constituent des clauses usuelles mais qui décide toutefois que cela ne peut empêcher le juge d'examiner si les parties qui n'ont pas exclu l'usage de leur contrat, ont consenti à l'incorporer dans leur contrat.

Dit autrement encore, avec P. WÉRY : si une manifestation de volonté des parties est superflue pour que l'usage fasse partie intégrante du contrat, elle est, en revanche, indispensable pour l'en exclure⁸.

L'usage de droit civil est en effet toujours supplétif. Il l'est de manière explicite en matière sociale comme le renseigne l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires qui place l'usage en toute dernière place de la hiérarchie des sources des obligations dans les relations de travail entre employeurs et travailleurs⁹.

b)

L'usage de fait, ou la pratique, est, en revanche, une manière d'agir dotée d'une certaine généralité mais qui n'est pas perçue, notamment par ceux qui s'y conforment, comme ayant un caractère obligatoire. L'élément intellectuel ou psychologique de l'usage de droit fait ainsi défaut.

L'usage de fait n'est pas visé par les deux dispositions précitées et il n'est donc pas légalement présumé être intégré à la convention des parties.

Il va de soi que les parties à un contrat peuvent choisir d'intégrer un usage de fait à leur convention ou qu'une partie peut s'engager unilatéralement en ce sens. Dans ce cas, la force obligatoire procède non de l'usage en tant que tel, c'est-à-dire de son caractère constant, général et perçu comme obligatoire, mais de la volonté, commune ou unilatérale, de l'adopter. Il est alors question d'« usage conventionnel », mais celui-ci ne se distingue en réalité pas de toute autre clause contractuelle ou de tout autre engagement unilatéral¹⁰ : il trouve sa source dans l'autonomie de la volonté et dans la force obligatoire des conventions, pas dans sa nature propre de source de droit.

8.

⁶ Cass. 24 février 1966, *Pas.* 1966, I, 818.

⁷ Cass. 9 décembre 1999, RG C.96.0209.N, *Pas.* 1999, n° 672 ; Voy. aussi Cass. 11 septembre 2008, RG C.06.0684.F, *Pas.* 2008, n° 462.

⁸ P. WÉRY, *Livre 5 du Code civil : les obligations*, Bruxelles, Larcier 2024, n° 319.

⁹ Sur la primauté du contrat de travail individuel sur l'usage, Voy. Cass. 3 avril 1978, *Pas.* 1978, I, 845 ; Cass. 13 février 1984, RG 4156, *Pas.* 1984, n° 324 ; Cass. 18 septembre 2000, RG S.00.0031.N, *Pas.* 2000, n° 477.

¹⁰ P. WÉRY, *op. cit.*, n° 319.

Les conditions de l'usage de droit sont, en synthèse, la constance et la généralité, de même que le fait qu'il soit perçu comme obligatoire ou encore qu'il soit, comme l'exprime la jurisprudence de la Cour, « reconnu applicable ».

S'agissant de la condition de constance, la Cour a précisé qu'elle s'appréciait au moment où la prestation litigieuse cesse d'être fournie et non à celui où elle est réclamée : « la condition de constance de la règle invoquée à titre d'usage au sens des articles 1135 et 1160 du Code civil s'apprécie au moment où la prestation litigieuse cesse d'être fournie », le moyen soutenant le contraire manquant en droit¹¹.

De nombreux arrêts énoncent par ailleurs en quoi consiste la condition de généralité de l'usage: il doit s'agir de ce qui est reconnu applicable dans, à tout le moins, une région déterminée¹² ou un milieu professionnel déterminé¹³.

Assez logiquement, toutes ces conditions font l'objet d'une appréciation en fait par le juge du fond¹⁴, la Cour se bornant à vérifier si celui-ci, dans son appréciation, n'a pas méconnu la notion légale d'usage et s'il a pu déduire légalement sa décision des faits qu'il a souverainement constatés¹⁵. Elle peut ainsi censurer une décision qui considérerait qu'une pratique constituerait un usage indépendamment de savoir si elle a un caractère général¹⁶.

9.

On peut relever que ces principes ont été repris, avec une terminologie légèrement différente et toujours certaines ambiguïtés, dans le nouveau Code civil.

L'article 5.71, alinéa 1^{er}, énonce désormais que le contrat oblige non seulement à ce qui y est convenu, mais encore à toutes les suites que la loi, la bonne foi ou les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée.

Les dispositions générales du Code civil contiennent également un article 1.1, intitulé « Sources », qui énonce : « *Sans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit, le présent Code régit le droit civil, et plus largement le droit privé. Il s'applique en toutes matières, sous réserve des règles propres à l'exercice de la puissance publique. Les usages ne sont une source de droit que si la loi ou le contrat s'y réfère* ».

Les travaux préparatoires expliquent que la coutume visée par l'article 1.1 renvoie aux « usages de droit », c'est-à-dire « *un usage continu généralement perçu comme contraignant* »¹⁷ et ils citent plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation en matière d'usage, notamment ceux déjà évoqués des 16 février 1979 et 9 décembre 1999. Le législateur

¹¹ Cass. 23 mai 2005, RG S.04.0006.F, *Pas.* 2005, n° 290.

¹² Cass. 24 février 1966, *Pas.* 1966, I, 818 ; Cass. 29 mai 1947, *Pas.* 1947, I, 217.

¹³ Cass. 30 septembre 2021, RG C.20.0539.N, [ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210930.1N.11](#) ; Cass. 11 septembre 2008, RG C.06.0684.F, *Pas.* 2008, n°462 ; Cass. 9 décembre 1999, RG C.96.0209.N, *Pas.* 1999, n°672.

¹⁴ Cass. 30 septembre 2021, RG C.20.0539.N, [ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210930.1N.11](#) ; Cass. 29 mai 1947, *Pas.* 1947, I, p. 217. Voy. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *Mercuriale* du 1^{er} septembre 1970, *JT* 1970, p. 562 ; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant 1966, p. 340.

¹⁵ M. GODFROID, « L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les coutumes et usages en droit privé », *RGDC* 1990, p. 22.

¹⁶ M. GODFROID, *op. cit.*, p. 22.

¹⁷ *Doc. Parl.*, Ch. n°55, 1805/001, pp. 6.

consacre ensuite la distinction entre usage de droit et usage de fait : « *il existe une distinction entre la coutume en tant que source autonome du droit et les cas où la loi ou les parties contractantes se réfèrent à des usages de fait. [...] La coutume est une source de droit à part entière. Les usages, par exemple dans une branche commerciale spécifique ou dans le cadre d'usages locaux, ne sont une source de droit que lorsque la loi ou les parties s'y réfèrent dans leur contrat (P. WERY, Droit des obligations, vol. 1, 2011, n° 391). Les règles coutumières jouent, par exemple, un rôle important dans le droit de la vente internationale* »¹⁸.

Il semble donc que le terme « usage » de l'article 1.1 vise donc les usages de faits, tandis que les usages de droit sont visés tant par « la coutume » au sens de cet article 1.1 que par « les usages » auxquels renvoie l'article 5.71¹⁹.

10.

La doctrine de droit social²⁰ a par ailleurs été amenée à examiner à diverses reprises si l'usage, tel qu'il est notamment visé par l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires est une notion autonome de celle issue du droit civil et, partant, d'une portée différente.

En filigrane de cette question, est spécialement en cause le point de savoir s'il peut exister de véritables usages de droit au niveau d'une seule entreprise.

On ne s'y appesantira pas dans la mesure où c'est à la notion d'usage au sens des articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil que fait référence l'arrêt attaqué.

11.

En l'espèce, l'arrêt expose que l'usage dont il recherche l'existence est un usage au sens du droit civil et, en particulier des articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil.

En effet, l'arrêt précise que l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires ne déroge pas à cette notion mais vient seulement en préciser la place dans la hiérarchie des normes en droit du travail²¹.

Par ailleurs, étudiant la question de l'incorporation de l'usage dans le contrat de travail individuel, l'arrêt expose que ce sont les articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil dont il

¹⁸ *Doc. Parl.*, Ch. n°55, 1805/001, pp. 6-7.

¹⁹ P. WÉRY, *op. cit.*, n° 319; I. CLAEYS et Th. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht. Handboek*, Anvers-Gand-Cambridge, Intersentia 2023, pp. 484 et s. ; W. BUELENS, « Inhoud van het contract », in Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Bruxelles, Larcier-Intersentia 2023, 2^{ème} éd., p. 341 ; F. GEORGE, P. COLSON, A. CATALDO et B. FOSSÉPREZ, *Manuel de droit des obligations*, Bruxelles, Larcier 2024, p. 288.

²⁰ J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, Bruxelles, Larcier 2018, 2^{ème} éd., p. 27 et 143 ; T. DOUILLET et J. DEUMER, « Essai sur le régime juridique de la pratique d'entreprise : l'usage envisagé sous le prisme de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale » *RDS* 2017/2, p. 417 ; A. WITTERS et A. GIELEN, « Bedrijfsgebruiken en -policies: ontstaan, binding en beeindiging », *Or.* 2012, p.158 ; W. VAN EECKHOUTTE, "Informeels rechtsbronnen in het arbeidsrecht", in *M. Rigaux et W. van Eeckhoutte (eds.), Actuele problemen van het arbeidsrecht. 5*, Gent, Mys & Breesch 1997, p. 553 ; K. SALOMEZ, « De hiërarchie van de rechtsbronnen in het arbeidsrecht » in F. DORSSEMONT et D. DUMONT (eds.), *Aux sources du droit social : en hommage à Micheline Jamouille*, Bruges, la Charte 2017, p. 83.

²¹ Voy. les développements contenus au 12^{ème} feuillet de l'arrêt.

convient de vérifier le respect, avant d'examiner si les parties n'ont pas renoncé ni dérogé à l'usage²².

12.

Procédant à cette vérification, l'arrêt conclut à l'existence d'un tel usage.

Il le fait en relevant les trois conditions de généralité, de constance et de fixité et en considérant que ces trois conditions nécessaires à l'existence d'un usage sont vérifiées chez la demanderesse.

13.

Ne vérifiant ainsi l'existence de l'usage au sens des articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil qu'au sein de la seule demanderesse et non dans une région déterminée ou dans un milieu professionnel déterminé, l'arrêt ne décide pas légalement de constater cette existence et viole ces dispositions.

Le moyen est fondé en cette première branche, qui doit mener à la cassation totale.

Conclusion :

Cassation totale.

²² Voy. le 14^{ème} feuillet de l'arrêt.