

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

**LA PROTECTION DE LA PARTIE
FAIBLE DANS LE CONTRAT DE
TRAVAIL.
LE DROIT SOCIAL EN CRISE**

par
Bernard MAINGAIN

Doc. 96/6

Séminaires conjoints des Centres de Droit des
Obligations de l'Université de Paris I et de
l'Université Catholique de Louvain.

LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE DANS LE CONTRAT DE TRAVAIL. LE DROIT SOCIAL EN CRISE

(RAPPORT BELGE)

par
Bernard MAINGAIN
*Avocat au Barreau de Bruxelles
charge de cours à la FUCAM*

INTRODUCTION

1. - Le droit social est tout entier ordonné à une relation dont l'une des parties, le travailleur, est d'emblée définie comme la partie faible. Le droit social n'avait-il pas pour objectif exclusif de protéger la classe des travailleurs, partie faible à la relation de travail, dont l'accès aux richesses est dépendante du marché du travail, de son organisation, des modalités de rencontre de l'offre et de la demande d'emploi et de rémunération du travail presté.

N'est-ce point le fondement même du droit de la sécurité sociale, cette technique d'assurance tempérée de solidarité, greffée sur le contrat de travail, qui vise à garantir des revenus indirects en faveur des personnes qui par suite d'une évolution défavorable du marché de l'emploi, de la maladie, de l'avancement en âge, ne peuvent plus espérer percevoir des revenus par la mise à disposition de leur force de travail ? N'est-ce point également l'objectif de l'ensemble de la réglementation du travail qui veut préserver la santé et la sécurité des travailleurs, aménager un équilibre entre le temps réservé à la vie privée et familiale et celui consacré à la production ... ?

N'est-ce point le sens des conventions conclues par les partenaires sociaux qui fixent les minima de droits sociaux garantis aux travailleurs : barèmes de rémunération, jours de repos, primes, fonds sociaux, congés d'ancienneté, remboursement de frais, commissions... ?

Droit individuel du travail, droit des relations collectives, réglementation du travail, sécurité sociale, toute l'armature mise en place au cours de ce siècle, prétend protéger la partie faible au contrat.

2. - Toutefois, le contrat continue à constituer le socle fondateur autour duquel l'ensemble normatif est ordonné, et ce nonobstant la prolifération de normes impératives et protectrices en droit social.

Il y a ainsi une dialectique entre les mécanismes contractuels d'une part et l'ensemble impératif des normes sociales d'autre part. C'est là, dans ce creuset originel que sont nées et se sont développées les techniques juridiques qui avaient la prétention d'assurer la protection de la partie faible dans la relation de travail.

L'on comprend dès lors l'importance de la littérature qui tente depuis un siècle de rechercher et de préciser l'autonomie du droit social par rapport aux techniques de droit civil comme si au-delà de l'effort descriptif et du travail de synthèse, la doctrine pouvait élaborer une théorie originale qui donne au droit social un chez soi incomparable, échappant aux contraintes du langage issu des techniques contractuelles. L'on comprend aussi la difficulté, voire la vanité de cet effort en raison même de l'historicité du droit, de l'empreinte ineffaçable de son histoire sur les articulations contemporaines.

3. - Notre contribution doit être limitée. Elle ne peut être consacrée à la description de toute ces techniques mises en place depuis la fin du XIX^e siècle pour confiner le processus contractuel et l'autonomie des volontés dans des marges compatibles avec le souci de protection des personnes au travail.

Nous reprendrons l'examen du mécanisme contractuel en droit social pour tenter de présenter une synthèse des gauchissements subis, pour en comprendre la portée contemporaine mais aussi pour suggérer une réflexion critique sur les limites du droit social. Car ce dernier qui a prétendu protéger le monde du travail, reste démuné et assiste impuissant à la montée structurelle du chômage, avec ces milliers de laissés pour compte, exclus des marchés de l'emploi où l'offre de travail rémunéré devient progressivement une denrée aussi rare que les filons d'or dont les pépites ont fait courir les égoïsmes humains.

Pour mener à bien cette réflexion, nous commencerons par l'analyse de la place du contrat et de l'autonomie des volontés dans le droit social contemporain ainsi que du rôle du contrat dans la hiérarchie des normes sociales (Chapitre I). Nous étudierons ensuite les mécanismes juridiques mis en place en droit du travail pour protéger le travailleur des actes posés par son employeur et ce sous plusieurs angles, l'émergence de la réglementation du licenciement, la réglementation des formes atypiques d'emploi et les mécanismes légaux de suspension des contrats de travail (Chapitre II).

CHAPITRE I. L'AUTONOMIE DES VOLONTÉS EN DROIT SOCIAL

PAR. 1. LE CONTRAT, SOCLE FONDATEUR DU DROIT SOCIAL BELGE CONTEMPORAIN

- Le contrat de louage

4. - Au commencement était le contrat de louage, cette forme de convention décrite dans le Code civil de 1804 et patiemment analysée par la doctrine exégétique au XIX^e siècle. La mise à disposition d'une force de travail contre rémunération était l'objet d'un échange de consentements qui formait le lien contractuel soumis au principe de la convention loi (1).

Le contrat de louage tel que tracé par le Code civil de 1804 est issu directement de l'abolition du servage, cette forme d'asservissement à vie des personnes attachées à autrui.

L'on conçoit dès lors l'importance de la figure du louage dans le Code civil de 1804 et tout particulièrement la portée de l'article 1780 du même Code qui exclut le louage à vie (2).

L'exigence de l'échange des consentements et la reconnaissance du pouvoir de rupture sont la légitimation dans l'ordre juridique de l'impérieuse nécessité d'une rencontre de l'offre et de la demande de travail sur le marché de l'emploi que les initiatives révolutionnaires avaient notamment permis de constituer :

« La condition la plus universelle attachée à l'existence de ce capitalisme moderne est, pour toutes les grandes entreprises lucratives qui se consacrent à la couverture des besoins quotidiens, l'usage d'un

¹ « Les soins, les services, le travail et l'industrie forment la matière du contrat de louage, voilà ce qu'on y donne à louer, voilà ce qu'on y paie. C'est donc le gardien, le serviteur, l'ouvrier ou l'entrepreneur, qui est véritablement le locateur ; celui qui les paie est le véritable locataire ou conducteur », FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIX, Paris, 1828, pp. 338-339.

² « Il serait étrange, disait M. GALLI dans son exposé au Corps législatif, qu'un domestique, qu'un ouvrier puissent engager leurs services pour toute leur vie. La condition d'homme libre abhorre toute espèce d'esclavage » (cité par L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, t. II, Paris, 1885, p. 235).

compte de capital rationnel comme norme. Ce qui, à son tour, présuppose :

...
5. Le travail libre, c'est-à-dire la présence de personnes qui sont, non seulement dans la position juridique, mais encore dans la nécessité économique de vendre librement leur force de travail sur le marché. C'est une conjoncture contraire à l'essence du capitalisme, et qui empêche son apparition, que celle où une telle classe de non possédants, se trouvant donc dans l'obligation de vendre sa capacité de travail, fait défaut, tout comme l'est celle où n'existe que le travail non libre. Le calcul rationnel du capital n'est réalisable que sur la base du travail libre, c'est-à-dire lorsqu'il devient possible, du fait de la présence de travailleurs qui s'offrent de leur plein gré - du moins formellement, car, ils le font, en fait, contraints par l'aiguillon de la faim - de calculer préalablement le coût des produits au moyen de tarifs forfaitaires... » (3).

C'est au jeu du contrat, à la pleine force de l'autonomie des volontés qu'est soumis le travailleur mettant sa force de travail au service de l'employeur.

Doctrines et jurisprudence du XIX^e siècle analysent les droits et obligations des loueurs et locataires de travail, dans le respect des règles de droit civil : salaires, incapacité de travail, congés, préavis... (4).

5. - Aucune autre forme de contrat issue du Code civil n'a autant servi à justifier une exploitation aussi intolérable de plusieurs générations de travailleurs.

Le bilan du droit civil dans le domaine des relations sociales révèle la faillite des mécanismes civilistes traditionnels lorsque le déséquilibre des forces économiques en présence permet à l'une des parties d'imposer au cocontractant des clauses difficilement compatibles avec la dignité même de la personne humaine et les droits fondamentaux qui lui sont indéfectiblement attachés, voire de rompre à son gré le contrat sans avoir à se préoccuper du sort du travailleur soumis à la loi de l'offre et de la demande sur le marché du travail.

C'est cette dernière idée qui justifiera l'émergence du droit social avec son arsenal de techniques diverses visant à protéger le travailleur dont l'état de subordination caractérise le statut.

- Le nécessaire échange de consentements

6. - Le droit social né de ce constat et produit par des années de luttes sociales, va permettre le développement d'un ensemble hiérarchisé de normes impératives qui, toutefois, pour l'essentiel, resteront axées sur le socle fondateur du contrat de travail ce qui n'est pas le fruit du hasard mais comme le soulignera

³ Max WEBER, *Histoire économique, Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, Gallimard, 1991, pp. 297-298.

⁴ Sur la doctrine et la jurisprudence du XIX^e siècle, on lira F. LAURENT, *Principes du droit civil*, t. XXV, p. 543 et s. - BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, 1^{ère} partie, Code civil. - L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, t. II, Paris, 1885, p. 230 et s. - BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil - Du contrat de louage*, 3^{ème} éd., t. II, 1907, p. 563 et s. - J. THOUMSIN, *Manuel du louage de service des employés*, 2^{ème} éd., 1913, p. 34 et s.

justement Paul HORION, le résultat d'un équilibre entre les courants et écoles de pensée socio-politique en Belgique.

« C'est donc au sein du droit privé que se nouent toutes les relations qui engendrent l'applicabilité de ses différentes branches. le droit privé domine toujours. Les substances du droit privé dans le droit social ne sont ni l'effet du hasard, ni de l'irréflexion du législateur. Elles sont voulues par les écoles politiques et morales qui se partagent l'opinion publique belge » (5).

L'on eût ou en effet imaginer une disparition progressive de l'exigence de l'échange de consentement en faveur de l'émergence d'une conception plus objective de la relation de travail à l'instar de l'enseignement de la doctrine allemande du début du siècle qui reconnaît le lien de travail dès qu'est établie l'existence d'une prestation subordonnée, indépendamment de toute forme d'échange de consentement (6). Le souci de ne pas sortir la relation de travail du mécanisme contractuel fondé sur l'échange de consentements est intimement liée aux caractéristiques même de l'économie de marché qui présuppose la rencontre de l'offre et de la demande de travail par le biais du contrat. Ce n'est dès lors qu'autour du contrat que les normes de droit social vont se développer.

- Qualification des relations contractuelles et autonomie des volontés

7. - Dans ce contexte, une fois admise la nécessité d'un échange préalable de consentement, générateur du contrat de travail, va se poser le problème de qualification des relations contractuelles.

La jurisprudence et la doctrine sont en effet confrontées depuis le début du siècle au débat historique et fondateur du droit social qui a trait à la qualification de la relation contractuelle entre employeur et travailleur, à la définition du lien de subordination et à sa reconnaissance dans une relation contractuelle donnée :

« Il s'agit d'un contrat qui présente une particularité qui le distingue de tous les autres contrats. Le salarié concède à l'employeur la jouissance de son activité. L'engagement du loueur de services a donc pour effet de mettre, pendant le temps convenu, la totalité de sa personne sous l'emprise de l'employeur » (7).

Le droit social structure et légitimise le pouvoir de direction patronal, le lien de subordination qui unit le travailleur à l'employeur. Le lien de subordination juridique exprime le rapport de force entre les parties au contrat, indique quelle est la partie forte et quelle est la partie faible dans la relation de travail.

Cette question conserve aujourd'hui encore une importance considérable. L'existence ou non d'une relation de travail subordonnée rend applicable quasi automatiquement l'ensemble de la réglementation sociale en ce compris les dispositions relatives à l'exigibilité des cotisations sociales calculées sur la

⁵ Paul HORION, Les caractères actuels du droit social belge, *Revue du travail*, février 1950, p. 135.

⁶ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. 1, p. 19.

⁷ Voyez HORION, *Nouveau précis de droit social belge*, 2ème éd., Liège, La Haye, 1969-1970, p. 216.

rémunération brute du travailleur et versées à l'Office National de Sécurité Sociale.

La différence entre le coût du travail salarié et celui du travail indépendant, conséquence des taux de cotisations différents dans ces deux secteurs, n'est évidemment pas étrangère au développement récent d'un débat juridique considérable en cette matière (8).

8. - Si la définition de la notion de relation de travail subordonnée a abouti à une jurisprudence et à une doctrine cohérentes en droit social belge, force est de reconnaître que le travail jurisprudentiel concernant la qualification de la relation de travail subordonnée est loin d'être achevé. Chaque jour, plaideurs, cours et tribunaux sont confrontés à de nouvelles figures juridiques mises en place par des consultants avisés.

Il s'est bien souvent agi de qualifier convenablement des contrats baptisés contrat d'entreprise, contrat de mandat, contrat d'agence...

Ce travail de qualification est effectué à partir d'une méthode indiciaire visant à repérer dans l'ensemble des éléments constitutifs de la relation contractuelle, ceux qui sont caractéristiques d'une relation de travail ou qui excluent cette figure juridique, le critère fondateur de la relation de travail étant le lien de subordination juridique induit de la mise à disposition d'une force de travail pendant une période convenue entre parties (9).

9. - Dans ce travail de qualification, doctrine et jurisprudence ont été confrontées au problème important de l'efficacité de la volonté des parties. Celles-ci peuvent-elles écarter par le seul jeu de l'autonomie contractuelle, le contrat de travail ? (10)

Ces dernières années, les juridictions de fond ont été divisées sur cette question. Pour les unes, la volonté des parties ne peut pas limiter le pouvoir d'appréciation du juge dans une matière considérée traditionnellement comme étant d'ordre public. Pour les autres, la volonté exprimée par les parties doit être respectée par le magistrat, sauf erreur, fraude ou encore clause inconciliable avec la qualification donnée à la relation contractuelle (11).

Cette dernière position constitue l'application des principes de droit commun de qualification des contrats soumis à l'appréciation des magistrats. Si le juge

⁸ Sur cette question, voy. e.a. H. DELEECK, Les cotisations à la Sécurité sociale et leurs conséquences sur la distribution des charges et sur l'emploi, *R.B.S.S.*, 1987, pp. 302-316 - PH. DEFEYT, Vers un autre mode de financement de la sécurité sociale, *IRES*, Décembre 1986, n° 112, pp. 1-54 - G. PERRIN, A propos du financement de la Sécurité sociale, *R.B.S.S.*, 1980, pp. 769-791 - B. MAINGAIN, Coût du travail et promotion de l'emploi en Belgique, *J.T.T.*, 1989, pp. 341-348.

⁹ Sur cette question, voy. M. JAMOULLE, Contrat de travail et contrat d'emploi, *R.P.D.B.*, Complément t. III, pp. 527-543. - M. GEVERS et A. LAGASSE, obs. sub. rapports de MM. MORGENTHAU et BRICOUT, *R.D.S.*, 1960, p. 195 et s.

¹⁰ Pour une étude approfondie de cette question, voy. C. WANTIEZ, Droit du travail et qualification conventionnelle, in *Les faux indépendants*, éd. du Jeune Barreau, éd. 1991, pp. 1-22. - C. WANTIEZ, Droit du travail et qualification conventionnelle, *J.T.T.*, 1991, pp. 441-444. - CH. ENGELS, Le lien de subordination en droit belge du travail, Ch. IV, *L'influence de la volonté des parties* (NL), pp. 136-140. - M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. I, 1982, pp. 399-402.

¹¹ Voy. par exemple T.T. Liège, 27 juin 1989, *J.T.T.*, p. 356. - T.T. Bruxelles, 2 juin 1986, *J.J.T.B.*, p. 269. - C.T. Mons, 30 juin 1988, *J.T.T.*, p. 376. - C.T. Bruxelles, 10 décembre 1985, *J.T.T.*, 1986, p. 378. - C.T. Anvers, 28 juin 1985, *J.T.T.*, 1987, p. 35. - C.T. Liège, 22 juin 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 133.

n'est pas lié par la qualification donnée au contrat par les parties (12) il ne s'écartera toutefois de la commune intention exprimée par celles-ci que si la preuve de l'inexactitude des volontés exprimées est légalement rapportée (13).

Quels que soient les courants d'opinion, l'on remarque une nette hésitation des cours et tribunaux à requalifier un contrat parfaitement exécuté durant une longue période.

10. - Il reste à donner à la volonté exprimée une place adéquate en droit social.

Pour apprécier exactement la place du consentement des parties au regard des règles relatives au lien de subordination, il faut confronter l'élément de volonté aux trois problèmes que le magistrat doit résoudre : l'interprétation de la volonté des parties, le problème des règles de preuve du droit social préservant la prééminence de l'écrit et le travail de qualification.

Pour répondre à cette triple question, comme le souligne très justement M. JAMOULLE, « *il faut, au nom de l'impérativité du droit social, rechercher si les contractants avaient, en présence de l'activité juridique qu'ils ont créée, le pouvoir d'écarter la qualification de contrat de travail* » (14).

Pour notre part, nous pensons que les règles du droit de la preuve ne peuvent aboutir à éluder la mise en œuvre d'un statut social dont le champ d'application est défini par une réglementation d'ordre public. C'est dès lors à bon droit que le juge préférera l'analyse de l'ensemble des indices résultant de la relation contractuelle à l'application mécanique du principe de la prééminence de l'écrit en cette matière.

Cela ne signifie pas que la volonté réelle des parties, exprimée avec justesse dans un écrit, ne soit pas prise en compte par le magistrat. Il s'agit au contraire d'un indice auquel ce dernier sera particulièrement attentif sans pour autant négliger l'ensemble de la situation de fait soumise à son appréciation (15). En cas de doute, en raison de la difficulté de repérer des indices suffisants pour asseoir la conviction du magistrat, le souci de la sécurité juridique, celui d'assurer l'exécution de bonne foi des conventions et le respect de l'autonomie contractuelle, doivent amener le juge à privilégier, en dernière analyse, le consentement des parties. Ainsi, l'autonomie des volontés apparaît comme une méthode subsidiaire de qualification en l'absence de possibilité d'application satisfaisante de la méthode indiciaire.

11. - Actuellement, le droit social est confronté au développement de formes nouvelles de contrats qui échappent à la qualification de relations de travail

¹² Sur cette question, voy. P. VAN OMME-SLAGHE, Examen de jurisprudence. Les obligations, *R.C.J.B.*, 1986, n° 79 et références citées. - Cass., 15 février 1982, *Pas.*, 1982, I, 741.

¹³ Le juge est en principe lié par la hiérarchie des modes de preuve dans son travail de qualification. - Sur cette question, voy. Cass., 15 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 196. - CORNIL, Conclusions précédant Cass., 4 avril 1941, *Pas.*, 1942, p. 121 et s. - C. WANTIEZ, Droit du travail et qualification conventionnelle, *op. cit.*, p. 4 et s.

¹⁴ Voy. M. JAMOULLE, Le contrat de travail, *op. cit.*, t. I, 1982, p. 398. - Sur le caractère d'ordre public de la matière, voy. Cass., 3ème ch., 10 décembre 1984, *J.T.T.*, 1985, p. 244. - Cass., 3ème ch., 16 mars 1981, *R.W.*, 1981-1982, col. 1847-1848. - Cass., 3ème ch., 2 avril 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 78.

¹⁵ Voy. en ce sens Cass., 3de K., 7 septembre 1992, *Chron. D.S.*, 1993, p. 13 : « *Attendu que le juge n'est pas lié par la qualification donnée par les parties à leur convention ; que pour apprécier l'existence du pouvoir de direction, élément essentiel du contrat de travail, il doit examiner la situation de fait en prenant en compte tous les éléments de fait de l'affaire...* ».

subordonnées alors que les activités exercées par les personnes au travail relevaient traditionnellement du champ des activités salariées.

Elles se caractérisent par l'interposition d'une personne morale entre la personne physique mettant son travail à disposition d'autrui et le cocontractant recourant aux services offerts. Il y va de sociétés dites de management, de sociétés coopératives de services, de contrats de franchise peu ou prou sophistiqués,... L'interposition d'une personne morale rend particulièrement malaisée l'application de la méthode indiciaire traditionnelle tandis qu'ici l'autonomie des volontés retrouve - mais jusques quand - une efficacité relative dans la mesure où les parties acceptent toutes les conséquences juridiques de la formule qu'elles ont choisie.

Au-delà des considérations de techniques juridique, ces formes sophistiquées d'ingénierie juridique permettent de diminuer les coûts des prestations tout en accroissant les revenus immédiatement disponibles dont bénéficie la personne au travail. Elles posent inévitablement un problème de légitimité compte tenu du projet de solidarité humaine qui sous-tend l'ensemble de l'architecture sociale et notamment la sécurité sociale, les cotisations de sécurité sociale n'étant sommes toutes qu'une forme concrète de participation à un effort de solidarité collective.

- Les présomptions

12. - Le critère du lien de subordination n'a jamais été économique mais est toujours resté juridique. Ce n'est pas la faiblesse de la partie contractante qui justifie la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail, mais la preuve dûment rapportée de l'existence d'un pouvoir de direction effective de l'employeur sur le travailleur.

La difficulté d'établir ce lien de subordination dans une série de situations ainsi que la volonté politique d'assimiler certaines relations contractuelles à des contrats de travail, a justifié la mise en place d'un ensemble de présomptions en droit du travail et en droit de la sécurité sociale.

13. - En droit du travail, ces présomptions permettent de rapporter la preuve du lieu de subordination et du contrat de travail, tantôt de façon irréfragable, tantôt jusqu'à preuve du contraire, dans une série de situations où cette preuve peut être difficilement rapportée par le travailleur.

Ainsi, la difficulté d'établir la preuve du lien de subordination des agents commerciaux, a-t-elle justifié que le législateur présume que tout contrat conclu entre commettant et intermédiaire soit réputé contrat de travail de représentant de commerce, nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence (16).

¹⁶ Art. 4 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. - Sur l'articulation de la technique de la présomption avec la théorie civiliste des vices de consentement, l'on retiendra l'enseignement intéressant d'un arrêt prononcé en 1968 par notre Cour de cassation (Cass., 28 juin 1968, *Pas.*, 1968, I, 1236). Dans son pourvoi en cassation, l'employeur invoquait l'erreur de droit pour éviter l'application de la présomption applicable conformément à la législation sociale. La Cour écarta le moyen au motif du caractère inexcusable de l'erreur ainsi commise.

La preuve contraire peut cependant être rapportée. Celle-ci ne peut être uniquement rapportée par l'écrit qui constate la convention (17) mais impose l'examen de la commune intention des parties révélée par les modalités d'exécution du contrat (18).

La loi exclut certains agents du champ d'application de la présomption : commissionnaire, concessionnaire de vente exclusive, intermédiaire libre de remettre ses commandes à qui bon lui semble,...

Tout contrat conclu entre un employeur et un étudiant est également présumé être un contrat de travail jusqu'à preuve du contraire (19).

L'article 3 bis de la loi du 3 juillet 1978 prévoit en ce qui concerne les pharmaciens que :

« Tout pharmacien exerçant une activité professionnelle dans une officine ouverte au public est réputé, jusqu'à preuve du contraire, se trouver dans les liens d'un contrat de travail d'employé vis-à-vis de la personne physique ou morale propriétaire ou locataire de l'officine ».

Selon WANTIEZ, cette présomption ne déroge pas à la règle de la prééminence de l'écrit, contrairement à la présomption prévue pour les représentants de commerce (20).

C'est le même mécanisme qui crée une présomption irréfragable de l'existence d'un contrat de travail intérimaire chaque fois qu'une personne s'engage vis-à-vis d'une entreprise intérimaire à effectuer un travail temporaire chez un tiers utilisateur (21).

Il en est de même pour le sportif rémunéré présumé irréfragablement être dans les liens d'un contrat de travail d'employé (22).

14. - Ce sont cependant les présomptions établies en droit de la sécurité sociale, assimilant certaines personnes non salariées à des travailleurs dont les revenus sont passibles de cotisations, qui ont sans doute assuré le plus efficacement la protection des parties économiquement plus faibles pour lesquelles le travail de qualification s'avérerait inopérant, la figure juridique du contrat de travail étant trop éloignée de la réalité des relations contractuelles.

La caractéristique de ces présomptions est qu'elles n'ont ni pour objet, ni pour objectif, de requalifier les relations contractuelles. Celles-ci subsistent entre les parties telles que ces dernières l'ont voulu mais la législation de sécurité sociale leur est rendue applicable, ce qui rend vain tout effort de la partie économiquement la plus forte pour échapper à ses obligations sociales (23).

Il en est ainsi notamment en faveur des :

¹⁷ Cass., 15 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 196.

¹⁸ Cass., 11 mai 1977, *Pas.*, 1977, I, 926. - Cass., 10 mars 1981, *Pas.*, I, 761.

¹⁹ Voy. article 121 de la loi du 3 juillet 1978.

²⁰ Voy. C. WANTIEZ, *Droit du travail et qualification conventionnelle*, *op. cit.*, p 22.

²¹ Voy. art. 7, 1^o et 8 de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs (M.B., 20 août 1987).

²² Art. 3 de la loi du 24 février 1978. - Voyez A. ROEMEN, *La loi du 24 février 1978 relative au contrat de travail du sportif rémunéré*, *J.T.T.*, 1978, p. 210.

²³ Sur cette question, voy. J. CLESSE, *Les faux indépendants et la sécurité sociale des travailleurs salariés*, in *Les faux indépendants*, éd. du Jeune Barreau, pp. 23-51.

- Artistes de spectacles engagés (24) contre rémunération (25) pour se produire au cours de représentations, de répétitions, d'émissions radiodiffusées ou télévisées, de prises de vue cinématographiques, d'enregistrements sur disques ou sur bandes, ainsi qu'aux personnes qui engagent ces artistes (26) ;
- Des personnes qui au titre d'intermédiaires sont mises au travail chez des tiers (27) ;
- Des personnes qui, en tout lieu choisi par elles et selon des modalités similaires (28) à celles d'un contrat de louage de travail, œuvrent à façon des matières premières ou des produits partiellement achevés qu'un ou plusieurs commerçants leur ont confiés et qui travaillent seules ou occupent habituellement quatre aides au maximum (29) ;
- Des personnes qui effectuent des transports de personnes ou de choses, au moyen de véhicules dont elles ne sont pas propriétaires ou dont l'achat est financé ou le financement garanti par l'exploitant de l'entreprise qui a confié ou commandé le transport (30) ;
- Des handicapés engagés dans les liens d'un contrat d'apprentissage spécial pour la réadaptation professionnelle des handicapés ou d'un contrat de formation ou de réadaptation professionnelle prévu par la loi du 16 avril 1963 relative au reclassement social des handicapés (31) ;
- Des personnes engagées dans les liens d'un contrat de formation professionnelle accélérée, prévu aux articles 96 et suivants de l'A.R. du 20 décembre 1963 relatif à l'emploi et au chômage (32) ;
- Des étudiants occupés dans le cadre d'un contrat d'occupation d'étudiants, visés au titre VI de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et qui fournissent des prestations de travail sans être engagés dans les liens d'un contrat de travail (33).

²⁴ La notion d'engagement a été appréciée de façon très restrictive, voy. Cass., 22 mars 1982, *Pas.*, I, 1982, 856. - Cass., 9 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I, 354.

²⁵ Sur la notion de rémunération, voy. J. CLESSE, Les faux indépendants et la sécurité sociale des travailleurs salariés, *op. cit.*, pp. 41-42.

²⁶ Article 3-2° de l'A.R. du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969. Sur cette question, voy. A. NAYER et S. CAPIAU, Le droit social et fiscal des artistes, MARDAGA, 1987, pp. 164-211. - Cass., 22 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, 856. - Cass., 30 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, 1069. - Cass., 5 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, 290.

²⁷ Art. 3-3° de l'A.R. du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969. Cette disposition avait une utilité tant que la législation sociale n'avait pas de réglementation précise du travail intérimaire. On peut s'interroger sur l'intérêt de la disposition compte tenu des présomptions irréfragables inscrites aux articles 7 et 8 de la loi du 24 juillet 1987.

²⁸ La notion de « prestation similaire » pose le problème de qualification des activités humaines qui présentent une analogie avec le travail subordonné. S'il faut suivre la Cour de cassation lorsqu'elle rejette l'argument selon lequel le terme « similaire » implique l'existence d'un lien de subordination, il reste que le juge de fond doit rechercher les éléments d'analogie qui constituent le fait à établir pour que l'extension s'applique (voy. Cass., 10 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, 146).

²⁹ Art. 3-4° de l'A.R. du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969.

³⁰ Art. 3-5° et 5°bis de l'A.R. du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969. Alors que pour le transport de choses, le mot « commandé » est utilisé, seule l'expression « confié » est reprise pour le transport de personnes. La Cour de cassation ne s'est pas attardée à cette différence de terminologie (voy. Cass., 10 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, 143. - Cass., 10 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, 806).

³¹ Art. 3-6° de l'A.R. du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969.

³² Art. 3-7° de l'A.R. du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969.

³³ Art. 3-8° de l'A.R. du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969.

15. - Comme l'écrit très justement J. CLESSE, le mécanisme d'extension du champ d'application de la sécurité sociale des travailleurs salariés est tout à fait remarquable car

« En s'engageant dans cette voie, le législateur tend à corriger l'inévitable décalage entre la dépendance économique, fondement du droit social, et la subordination juridique qui délimite la sphère d'application du droit social » (34).

Les présomptions concernent normalement l'objet du contrat, le travail subordonné, soit qu'elles déduisent l'existence d'une subordination juridique de la reconnaissance de certains indices factuels, soit qu'elles assimilent à un contrat de travail, une relation juridique exempte de tout lien de subordination.

Ces présomptions n'empêchent pas que l'existence du consentement reste requise préalablement au travail de qualification.

Toutefois, ce mécanisme rend particulièrement évanescents le processus contractuel car il est rare de voir en pareille hypothèse, un contrat contesté par défaut de consentement. La portée de ce dernier devient fort peu identifiable dans la mesure où l'objet de la volonté échappe à celle-ci au travers du jeu des présomptions.

Le mécanisme présomptif apparaît ainsi comme un révélateur de la fragilité tant du concept de subordination juridique que de l'exigence d'un échange de consentements comme condition d'existence du contrat. Il agit comme un correcteur des inégalités socio-économiques en faisant rentrer des catégories de personnes au travail dans le champ protecteur dont bénéficient les travailleurs salariés.

PAR. 2. LE RÉGIME DES NULLITÉS, L'ORDRE SOCIAL COHÉRENT

16. - La nécessité de protéger la personne au travail indépendamment des conditions de validités du contrat qu'elle a conclu a justifié la mise en place de mécanismes régulateurs des effets de la nullité des contrats de travail.

En développant de façon importante l'ensemble normatif protecteur des personnes au travail, le droit social eût manqué totalement son objectif s'il avait permis le développement des mécanismes civilistes traditionnels relatifs aux nullités des contrats et en permettant aux employeurs invoquant ce moyen, d'écarter les règles de droit social au bénéfice des techniques de droit commun aménagées en vue de régler les rapports juridiques frappés de nullité.

17. - La nullité du contrat ne peut porter préjudice aux intérêts des travailleurs.

Cette règle justifiée par un souci de cohérence évidente de la législation sociale développant les mesures protectrices de ces derniers, apparaît de façon clairesmée dans diverses législations.

³⁴ J. CLESSE, Les faux indépendants et la sécurité sociale des travailleurs salariés, *op. cit.*, pp. 49-50.

Ainsi, la loi du 16 mars 1971 prévoit-elle que la nullité du contrat ne peut être opposée au jeune travailleur (35).

D'autre part, plusieurs lois sociales contiennent un article dont le contenu est à chaque fois identique :

« La nullité du contrat ne peut être opposée aux droits du travailleur qui découlent de l'application de la présente loi, lorsque les prestations de travail sont fournies :

1) en vertu d'un contrat frappé de nullité du chef d'infraction aux dispositions ayant pour objet la réglementation des relations du travail,

2) dans les salles de jeux » (36).

L'analyse du contenu de cette disposition révèle que le mécanisme législatif permet au travailleur de résilier le contrat sans que l'employeur ne puisse se prévaloir de la nullité pour s'opposer à l'exécution des obligations qui lui incombent, en raison notamment des prestations antérieures du travailleur.

Une fois encore, l'on ne peut apprécier le mécanisme protecteur mis en œuvre en droit social sans un détour par le domaine de la sécurité sociale. L'article 4 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs exclut en effet que les employeurs puissent se prévaloir de la nullité du contrat à l'encontre de l'office national de sécurité sociale, règle reprise avec plus de vigueur encore à l'article 2, par. 5, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés (37).

En excluant toute économie de cotisation sociales pour la personne occupant quelqu'un au travail en vertu d'un contrat nul, la réglementation rend particulièrement peu attractive, voire inefficace, toute demande ou toute exception sur la nullité du contrat.

18. - Dans son ouvrage consacré au contrat de travail, M. JAMOULLE s'interroge sur les conséquences de ces règles dérogatoires sur l'analyse contractuelle de la relation de travail. Après avoir démontré que le régime de nullité du droit social comporte des caractéristiques singularisant le concept même sans pour autant le faire disparaître, l'auteur conclut :

« Le contrat de travail constitue - au stade présent de l'analyse - la seule structure apte, dans le champ envisagé, à fonder un mécanisme obligationnel. Dès lors, l'on peut encore accueillir la thèse selon laquelle les normes du droit social se bornent, en considération de l'intérêt du salarié, à aménager la nullité, sanction établie au niveau de la formation du contrat et par le même mouvement, la conception contractuelle reste plausible » (38).

³⁵ Voy. art 5, 1° de la loi.

³⁶ voy. art 14 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail. - Art. 47 de la loi du 12 avril 1965 relative à la protection de la rémunération. - Art. 2 par. 2, de la loi du 5 décembre 1968 relative aux conventions collectives de travail.

³⁷ Pour un cas d'application en ce qui concerne des serveuses de bar se livrant à la prostitution (voy. Cass., 3 février 1975, *Pas.*, 1975, I, 569).

³⁸ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail, op. cit.*, t. I, 1982, p. 87.

PAR. 3. L'AUTONOMIE DES VOLONTÉS ET LA HIÉRARCHIE DES NORMES SOCIALES

- Introduction

19. - La conclusion du contrat de travail contemporain se caractérise désormais par une forme d'adhésion réciproque des deux parties à la convention à un ensemble de droits et obligations auxquels ni l'une ni l'autre ne peuvent aisément se soustraire.

C'est la convention à laquelle le travailleur adhère et c'est la loi à laquelle l'employeur se soumet.

Dans le chef du travailleur, il s'agira d'adhérer aux conditions de travail définies par l'employeur et insérées dans le contrat de travail, devenant la convention des parties. Le rapport de force économique justifie ainsi l'adhésion du travailleur au projet de contrat établi par l'employeur (39). La marge de négociation est traditionnellement réduite même si l'on ne peut exclure théoriquement l'hypothèse où, par application de la loi de l'offre et de la demande, le travailleur acquiert une position plus forte.

Inversement, par le jeu des normes impératives, la convention conclue entre parties est soumise d'emblée à l'ensemble des normes sociales que l'employeur est tenu de respecter, le contrat ne pouvant déroger à l'essentiel d'entre elles (40).

Cette reconnaissance de la hiérarchie des normes sociales a été expressément inscrite à l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires (41).

Toutefois, les restrictions apportées à l'autonomie des volontés par les normes impératives de droit social varient selon le degré d'impérativité de celles-ci. Il n'est pas sans intérêt de relever les traits caractéristiques de l'ensemble normatif, ce qui permet de mieux préciser les limites apportées à l'autonomie des volontés.

- Les dispositions unilatéralement impératives

20. - L'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail précise que toute stipulation contraire aux dispositions de la loi et de ses arrêtés

³⁹ « Dans la plupart des cas, il s'agit d'un "contrat d'adhésion". On entend par là un contrat conclu entre deux parties dont l'une se trouve, en fait, dans une situation économique plus forte que l'autre, si bien qu'elle est à même de dicter à l'autre les clauses détaillées du contrat, la volonté du plus faible ne jouant qu'un rôle effacé (exemples : contrat de transport par chemin de fer, contrat d'assurance)... » P. HORION, *Nouveau Précis de Droit Social Belge*, Liège, 1969-1970, p. 217.

⁴⁰ Voy. à ce sujet, P. HORION, *Nouveau Précis de Droit Social Belge*, *op. cit.*, p. 33 et s.

⁴¹ Sur cette question, voy. M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit.*, t. II, 1982, p. 11 et s.

d'exécution est nulle pour autant qu'elle vise à restreindre les droits des travailleurs ou à aggraver leurs obligations.

C'est la reconnaissance du caractère unilatéralement impératif en faveur du travailleur des règles légales qui apparaissent ainsi comme un socle minimum de droits sociaux. L'autonomie de la volonté subsiste pour autant que l'on n'aggrave pas les obligations du travailleur par rapport aux dispositions de la loi (42).

21. - Cela ne signifie cependant pas que toutes les dispositions de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail soient impératives en faveur du travailleur. Un débat a été entamé en doctrine et en jurisprudence concernant le caractère exceptionnellement bilatéralement impératif de certaines normes de la loi du 3 juillet 1978.

Pour certains auteurs, quelques dispositions de la loi visent à fixer des droits et obligations en faveur de la partie patronale, également. Il en serait ainsi de l'article 17 qui fixe les obligations du travailleur, des articles 65 et 86 relatifs aux clauses de non-concurrence, de l'article 82, par. 3, concernant le nomen où les parties peuvent convenir de la durée du préavis convenable des employés supérieurs (43).

Sur ce dernier point, malgré l'opposition de la doctrine, la Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur du caractère bilatéralement impératif de la règle légale (44).

De même, la règle protectrice des intérêts des salariés n'exclut ni l'adoption de mesures légales d'ordre public dérogeant au mécanisme protecteur mis en place, par exemple en matière de modération salariale, ni de conventions collectives qui, dans le respect de normes hiérarchiquement supérieures, imposent des obligations aux travailleurs, voire limitent, par exemple en fonction des intérêts d'un secteur d'activité, la possibilité de convenir plus favorablement pour le travailleur par contrat individuel (45).

22. - La protection du salarié ainsi conçue est limitée dans le temps. La pleine autonomie des volontés et la liberté contractuelle sont retrouvées au terme de la période de mise à disposition de la force de travail.

Il est traditionnellement admis que les parties recouvrent la libre disposition de leurs droits respectifs postérieurement à la rupture des relations de travail, voire après la notification du congé (46) sans pour autant que la quittance pour

⁴² L'on notera qu'avant l'adoption de la loi du 3 juillet 1978, la Cour de cassation avait déjà jugé que les dispositions des lois relatives au contrat d'emploi ne sont pas impératives en faveur de l'employeur (Cass., 15 février 1973, *Pas.*, 1973, I, 572).

⁴³ Voy. C. WANTIEZ et M. TAQUET in *Les nouveaux visages du contrat de travail*, éd. du Jeune Barreau, 1979, pp. 25-27. Nous ne sommes pas convaincus de la pertinence de cette thèse. La réglementation des devoirs des travailleurs et des clauses de non concurrence vise, à notre estime, à éviter toute aggravation des obligations de ces parties au contrat par le mécanisme de l'autonomie des volontés. L'intérêt patronal ne nous paraît dès lors pas un critère adéquat d'appréciation de la nature de la réglementation. Celle-ci contient en revanche quelques autres dispositions d'ordre public basées sur des intérêts collectifs en jeu dans la relation de travail.

⁴⁴ Sur ce plan voy. Cass., 10 janvier 1983, *J.T.T.*, 1986, p. 141, cité par BLONDIAU, CLAEYS, MAINGAIN & SCHEYVAERTS, La rupture du contrat de travail, *Chronique de Jurisprudence*, 1982-1984, *J.T.T.*, 1986, p. 141. - M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, 1982, p. 265 et s. et tout particulièrement pp. 268-272.

⁴⁵ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit.*, t. II, 1982, p. 21.

⁴⁶ Sous réserve de la convention relative au préavis qui peut être conclue au plus tôt au moment de la notification du congé, c'est le moment de la rupture qui doit normalement être pris en considération pour apprécier l'instant où la renonciation sort valablement ses effets. - Voy. à

solde de compte ne puisse être interprétée comme une renonciation du travailleur (47).

- L'impérativité des normes contenues dans les conventions collectives de travail

23. - La convention collective de travail est un mécanisme original du droit social qui a pour ambition de restaurer entre partenaires sociaux, une forme d'égalité qui fait en principe défaut dans la relation individuelle de travail. Il n'est dès lors pas étonnant de constater tout à la fois la réelle autonomie contractuelle reconnues aux signataires des conventions collectives dans les limites de leur compétence, et le maintien d'une forme d'impérativité tempérée par rapport aux normes hiérarchiquement inférieures.

Si l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires aménage une forme de hiérarchie des sources des obligations dans les relations de travail en conférant une valeur supérieure aux diverses conventions collectives par rapport à la convention individuelle, encore faut-il nuancer la règle.

Les partenaires sociaux signataires des conventions collectives de travail peuvent d'abord préciser le degré d'impérativité des normes qu'ils adoptent. En d'autres termes, nonobstant l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 et le fait que cette disposition ne distingue pas entre normes impératives et normes supplétives des conventions collectives de travail, à l'instar de ce qui est prévu par la loi, il faut admettre que rien n'interdit aux partenaires sociaux de conclure des conventions collectives en prévoyant le caractère supplétif de tout ou partie de leur contenu, voire de fixer « *des maxima de protection du salarié, au-delà desquels toute clause contractuelle fixant des salaires ou des conditions de travail serait nulle* » (48).

24. - Une règle particulière d'application supplétive des dispositions des conventions collectives de travail est inscrite à l'article 26 de la loi du 5 décembre 1968 sur les Conventions collectives de travail et les Commissions paritaires. La disposition concerne le champ d'application *ratione personae* des conventions collectives. Celles-ci s'appliquent à titre supplétif à l'ensemble des employeurs et travailleurs qui relèvent de l'organe paritaire même si les employeurs ne sont ni signataires de la convention collective, ni membres, ni affiliés à une organisation qui a conclu la convention (49).

ce sujet M. JAMOULLE, « Les renonciations aux avantages d'ordre public résultant des lois sociales », *Ann. dr. Liège*, 1963, p. 425 et s. ; *contra* M. TAQUET et C. WANTIEZ, *Congé, Préavis, Indemnité*, t. I, p. 135.

⁴⁷ Voy. art. 12 de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération et art. 42 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail : « La quittance pour solde de compte désigne un écrit comportant un règlement financier, global et forfaitaire, destiné à constater l'extinction des obligations patronales issues du contrat de travail dissous », M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit.*, t. II, 1982, p. 406 et s.

⁴⁸ L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives du travail en Droit belge*, Bruylant, 1980, p. 310, citant notamment Avis Conseil d'État, Exp. mot., *Pasin.*, 1968, pp. 857-858.

⁴⁹ Sur cette question, voy. J. PIRON et P. DENIS, *Le droit des relations collectives du travail en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1970, pp. 78-79. - L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives du travail en Droit belge*, *op. cit.*, p. 332. - Les auteurs rappellent que ces clauses supplétives priment

Cette technique d'application supplétive des conventions collectives à l'ensemble des employeurs et travailleurs qui relèvent d'un organe paritaire cesse de produire ses effets dès lors que la convention est rendue obligatoire par le Roi, à la demande de la Commission ou d'une organisation représentée au sein de celle-ci. Dans ce cas, la « convention rendue obligatoire lie impérativement tous les employeurs et travailleurs qui relèvent de l'organe paritaire, dans la mesure où ils sont compris dans le champ d'application défini dans la convention » (50).

25. - Moyennant ces précisions, l'on comprend la portée de l'article 11 de la loi qui sanctionne de nullité les clauses du contrat de louage de travail ou d'un règlement contraires aux dispositions d'une convention collective de travail (51).

La violation des conventions collectives de travail rendues obligatoires est une infraction pénale, l'employeur, ses préposés ou mandataires coupables d'infraction étant punis d'un emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de 26 à 500 F. ou de l'une de ces peines (52).

C'est cependant à l'article 4 de la loi du 5 décembre 1968 que le mécanisme le plus innovateur est inscrit. Pour éviter la pression de l'employeur sur un membre du personnel de l'entreprise et permettre aux signataires des conventions collectives d'en garantir le respect effectif, la loi confère aux organisations syndicales le droit d'ester en justice en vue d'assurer le respect des droits conférés par les conventions collectives (53).

26. - La durée de l'application des conventions impératives a préoccupé le législateur. Il s'est agi d'abord d'être attentif à l'hypothèse du changement d'organe paritaire ou d'employeur possible en cas de cession d'entreprise. L'article 20 de la loi du 5 décembre 1968 impose au nouvel employeur le respect de la convention qui liait l'ancien employeur jusqu'à ce qu'elle cesse de produire ses effets (54).

D'autre part, pour ce qui concerne les clauses normatives individuelles des conventions collectives de travail, soit les clauses qui concernent les relations individuelles de travail, il est traditionnellement considéré qu'elles viennent s'insérer dans le contrat de travail lui-même en se substituant aux dispositions du contrat qui lui seraient contraires. Il s'agit d'un mécanisme juridique dit de substitution. Le contrat subsiste mais les clauses contraires aux normes

sur le règlement de travail et même sur les dispositions supplétives des lois. Les dérogations à ces règles supplétives doivent être établies par un écrit conclu entre l'employeur et le travailleur.

⁵⁰ Article 31 de la loi du 5 décembre 1968. - Voy. J. PIRON et P. DENIS, *Le droit des relations collectives du travail en Belgique*, *op. cit.*, pp. 84-85.

⁵¹ Article 11 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires. Selon une décision récente de la Cour de cassation, la disposition n'est pas applicable aux transactions conclues entre employeur et travailleur dans la mesure où la transaction n'est pas un contrat de louage (Cass., 22 avril 1985, *Pas.*, I, 1019).

⁵² Voy. art. 56 de la loi du 5 décembre 1968. - Sur ce plan, voy. J. PIRON et P. DENIS, *Le droit des relations collectives du travail en Belgique*, *op. cit.*, pp. 90-92. - L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives du travail en Droit belge*, *op. cit.*, p. 336, l'auteur examinant l'impact de la rétroactivité possible des conventions collectives de travail sur les droits et obligations des parties au contrat de travail en présence d'une sanction pénale.

⁵³ L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives du travail en Droit belge*, *op. cit.*, pp. 310-311.

⁵⁴ Art. 20 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires.

hiérarchiquement supérieures s'effacent au bénéfice de ces dernières qui lient les parties (55).

Le contrat de louage ainsi modifié subsiste lorsque la convention collective cesse de produire ses effets sauf clause contraire de cette dernière. Ici encore, les partenaires sociaux peuvent convenir du degré d'impérativité dans le temps des clauses individuelles de leurs conventions collectives, le législateur ayant prévu de préserver la force contraignante des clauses de la convention collective en cas de silence des signataires de celles-ci (56).

- Les dispositions légales sanctionnées pénalement

27. - L'importance attachée par le législateur à la protection des droits des travailleurs l'a amené à prévoir des sanctions pénales en cas de manquement de l'employeur, de ses préposés et ou mandataires (57).

La prolifération des sanctions pénales en matière sociale est à l'origine du droit pénal social dont l'importance ne cesse de croître. Le nombre de comportements patronaux érigés ainsi en infraction pénale est tellement considérable que l'on peut s'interroger sur la signification exacte de cette explosion de normes, sur leur effectivité et sur le sens de la répression pénale dans le domaine social (58).

Nous doutons en tout cas que l'outil de répression pénale soit un moyen efficace s'il sanctionne systématiquement les comportements patronaux illicites. En droit social, le développement hystérique des sanctions pénales altère la dimension symbolique qui devrait pourtant les caractériser.

La sanction pénale attachée à la règle de droit social a cependant des conséquences quant aux droits des parties aux contrats de travail.

Un régime particulier de prescription est applicable en cette matière.

Alors que l'article 15 de la loi prévoit que les actions naissant du contrat sont prescrites un an après la cessation de celui-ci ou cinq ans après le fait qui a donné naissance à l'action sans que ce délai ne puisse excéder un an après la cessation du contrat, en cas d'infraction pénale, la victime peut réclamer un dédommagement résultant de l'infraction, dans le délai prévu à l'article 26 du Code d'Instruction Criminelle, soit cinq ans révolus à compter du jour où l'infraction a été commise sans l'être avant l'extinction de l'action publique.

⁵⁵ Une importante discussion doctrinale a surgi concernant la nature du mécanisme ainsi décrit. S'agit-il de l'incorporation pure et simple dans les contrats de normes juridiques supérieures ou de la création d'un ordre juridique ? Sur cette question, voy. M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit.*, t. II, 1982, p. 2 et s. - Du même auteur, t. I, pp. 368-369. - L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives du travail en Droit belge*, *op. cit.*, pp. 308-309. - P. HORION, *Syndicats, Conventions collectives du travail et Organes paritaires*, *Ann. dr. Liège*, 1969, p. 112.

⁵⁶ Sur cette question, voy. J. PIRON et P. DENIS, *Le droit des relations collectives du travail en Belgique*, *op. cit.*, pp. 80-81.

⁵⁷ Pour une étude d'ensemble de cette question, voy. H. BOSLY, *Les sanctions en droit pénal belge*, Gand, Story-Scientia, 1979, 347 pp. - *Droit pénal social* (NL), Ouvrage collectif, coordination J.F. DEKEERSMAEKER et J. VAN STEENBERG, Kluwer, 1984, 182 pp.

⁵⁸ Sur cette question, voy. notamment P. HORION, *L'évolution des sanctions pénales en droit social belge*, *Rev. trav.*, 1963, pp. 1133-1159. - P. VAN DER VORST, *Les frontières de la répression en droit pénal social*, *J.T.T.*, 1972, pp. 145-148. - H. FRANCK et A. KOHL, *Réflexions sur la poursuite et la répression des infractions en droit pénal social*, *J.T.T.*, 1979, pp. 285-288.

La jurisprudence a appliqué la théorie dite de l'infraction continuée en cette matière (59), ce qui permet à la victime de certains manquements de l'employeur de réclamer réparation pour le préjudice subi au delà des délais de prescription prévus par l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978.

Le fait que le législateur ait entendu sanctionner pénalement un manquement à certaines dispositions légales ou réglementaires du droit social, n'a pas automatiquement pour conséquence de conférer un caractère d'ordre public à la disposition concernée en telle sorte que les parties au contrat de travail ne pourraient y déroger et que la sanction civile du manquement soit nécessairement la nullité absolue (60).

Il faut au contraire procéder à chaque fois à l'analyse de la portée impérative de la règle pour apprécier exactement la mesure et la limite de la protection pénale conférée par celle-ci aux éventuelles victimes des manquements commis et dégager ainsi la possibilité pour les parties de conclure des conventions et de transiger, tout particulièrement en ce qui concerne le règlement indemnitaire de leurs droits (61).

- L'ordre public économique et social

28. - Le droit social n'est pas uniquement protecteur de la personne au travail. Il peut aussi contenir des normes qui participent à l'aménagement et à l'ordonnancement de valeurs plus essentielles touchant à l'ordre politique, économique et moral dans la relation de travail.

Il s'agit par exemple des règles légales concernant l'aménagement des organes électifs de démocratie sociale que sont le conseil d'entreprise, le comité de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail et la délégation syndicale. Il peut s'agir de règles concernant la liberté du travail (62) participant à l'organisation du marché de l'emploi, concernant l'emploi des langues dans les relations sociales, relatives à la modération salariale, etc. ...

- Les lois de police et de sûreté

29. - Le contrat de travail puise, comme nous l'avons déjà développé, dans le contrat civil le cadre même dans lequel son histoire a été tracée. Il en est de même en droit international privé où la loi d'autonomie s'applique en principe à ce type de contrat comme à l'ensemble des contrats de droit civil.

⁵⁹ Il y a infraction continuée lorsque des infractions instantanées sont reliées entre elles par une même intention délictuelle persistante. Le délai de prescription est calculé à dater du dernier fait délictueux.

⁶⁰ Voy. à ce sujet LECLERCQ, Procureur général à la Cour de cassation, Conclusions précédant Cass., 7 juin 1828, *Pas.*, 1928, I, 175. - Voy. également P. HORION, Nouveau Précis de Droit Social Belge, *op. cit.*, pp. 232-233.

⁶¹ M. JAMOULLE, Le contrat de travail, *op. cit.*, t. II, p. 414.

⁶² Sur la portée de l'article 1780 du Code civil, voy. e.a. Cass., 16 octobre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 527, note M. JAMOULLE. - Cass., 31 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 278.

L'internationalisation du marché de l'emploi, la plus grande liberté de circulation des biens, services et personnes, tout particulièrement au sein des pays de la Communauté européenne, imposent une réflexion importante sur les mécanismes protecteurs mis en œuvre en pareille circonstance.

C'est à cette loi d'autonomie que notre Cour de cassation a apporté un important tempérament en interprétant très largement la notion de loi de police et de sûreté, considérant que les dispositions impératives du droit social belge constituent en principe des lois de police et de sûreté (63).

Cette conception extensive a été fortement critiquée par les plus éminents auteurs :

« C'est une démarche critiquable que celle qui voit dans l'ensemble de la législation du travail des règles de police et des dispositions d'ordre public au sens du droit international privé.

Il serait sans doute contraire à cet ordre public d'appliquer une législation étrangère qui permettrait le travail des enfants de moins de 14 ans. Le contrat conclu sous l'empire d'une loi étrangère, qui réserverait des avantages moindres que la législation belge moyennant une rémunération de loin supérieure à celle pratiquée en Belgique, ne paraît pas au contraire s'opposer à la notion d'ordre public, telle qu'elle a été définie dans l'arrêt VIGOUROUX.

La qualification in globo d'une législation déterminée et dépourvue des nuances nécessaires peut nuire au bon fonctionnement de la justice. C'est cas par cas qu'il faut procéder, la prudence étant indispensable dans une matière qui relève à la fois du droit public et du droit privé » (64).

Ce tiraillement entre loi d'autonomie et lois de police et de sûreté rend bien compte de l'état du droit social contemporain, à mi-chemin entre ses origines civilistes et le courant de règles impératives voire d'ordre public qui ont prétendu protéger le statut de la personne au travail (65), où il est de plus en plus ardu de repérer et de distinguer les techniques et les normes réellement protectrices et celles qui rencontrent moins cet objectif de protection. Il n'est pas non plus étonnant de retrouver les mêmes tendances dans les règles de droit international privé des autres États, les mêmes crises traversant les systèmes juridiques des autres pays.

30. - C'est dans ce fonds juridique commun que vient s'inscrire la convention construisant le « *nouveau droit international privé européen des contrats* » (66). Le rapprochement des normes de droit international privé

⁶³ Ainsi, pour la Cour de cassation, les dispositions applicables en matière de préavis, même au delà des minima légaux garantis, constituent des lois de police et de sûreté (voy. Cass., 3 juin 1985, *J.T.T.*, 1985, p. 309. - Cass., 10 janvier 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 1200 et conclusions Avocat général H. LENAERTS) ; il en est de même pour les dispositions de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération (Cass., 4 décembre 1989, *J.T.T.*, 1990, p. 77), et même pour les articles 65 et 86 de la loi du 3 juillet 1978 concernant les clauses de non-concurrence (Cass., 14 mai 1990, *J.T.T.*, 1990, p. 337).

⁶⁴ F. RIGAUX et G. ZORBAS, *Les grands arrêts de la jurisprudence belge*, Droit international privé, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 421-422. - F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. III, Droit positif belge, 1979, pp. 395-399. - G. VAN HECKE et F. RIGAUX, *Droit international privé - Chronique de jurisprudence 1970 à 1975*, *R.C.J.B.*, 1976, p. 264 et s.

⁶⁵ Sur le développement des lois impératives dans le domaine contractuel et son influence sur le droit des contrats, voy. H. LIENARD-LIGNY, *L'autonomie de la volonté face aux lois impératives dans les contrats internationaux*, in *Ann. Fac. Droit de Liège*, 1968, p. 6 et s.

⁶⁶ Sur cette question, voy. H. GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international privé européen des contrats*, Commentaire de la Convention C.E.E. n° 80/394 sur la loi applicable aux

constitue assurément une étape importante de convergence des outils législatifs nationaux, compte tenu notamment de la difficulté de rapprocher les règles de droit matériel entre elles.

L'entrée en vigueur de la Convention de Rome pose une série de questions intéressantes quant à la compatibilité entre les nouveaux mécanismes de rattachement mis en place et les développements jurisprudentiels analysés.

Elle révèle la difficulté d'articuler adéquatement loi d'autonomie, loi de police et de sûreté et protection du travailleur alors que le marché du travail s'internationalise.

31. - Ainsi, selon la Convention de Rome, la loi applicable au contrat peut être écartée par le juge en faveur des lois de police et de sûreté « d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit si, et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat » (67).

L'étroitesse du lien entre le lieu d'activité et le travailleur se présenterait ainsi comme une condition préalable à l'application des lois dites de police et de sûreté.

D'aucuns ont estimé qu'il fallait une occupation habituelle pour que les lois belges de police et de sûreté soient applicables.

Il est permis de s'interroger sur la pertinence du critère d'occupation habituelle ou d'étroitesse du lien comme conditions préalables à l'application des lois sociales. Ces critères ne viennent-ils pas suppléer à l'incohérence de la définition des lois de police et de sûreté dans le domaine du droit social ?

A notre estime, pour que les lois de police et de sûreté jouent parfaitement leur rôle protecteur de toute personne au travail, il faut nécessairement se rallier à une interprétation restrictive de cette dernière notion et éviter que toute réglementation impérative en droit social belge soit qualifiée de loi de police et de sûreté.

A contrario, toute prestation de travail qui se déroule sur le territoire d'un État doit respecter les lois d'application immédiate de ce dernier, indépendamment de la durée et du mode d'occupation.

Peut-on imaginer que le respect du règlement général sur la protection du travail soit réservé aux seuls travailleurs prestant « habituellement » en Belgique ? Est-il acceptable que la législation en vigueur en matière de repos du dimanche ou de jours fériés puisse être contournée à la faveur de prestations fugaces sur le territoire de l'État belge ? Peut-on violer impunément une législation aussi essentielle que celle relative au travail des enfants parce que l'occupation inhabituelle n'aurait pas un lien suffisamment étroit avec l'État concerné ?

32. - Le paradoxe actuel du droit international privé en matière sociale est de présenter le risque d'aboutir à une impasse quant à l'effectivité du régime protecteur dont les personnes détachées d'un pays à l'autre pourraient être les

obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome, le 19 juin 1980, *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1981, pp. 215-285. - M. DE LOS ANGELES BENITZ-SALAS, La loi applicable au contrat de travail et la libre circulation des travailleurs dans la Communauté, *rev. Marché Commun*, n° 283, janvier 1985, pp. 33-34.

⁶⁷ Art. 7 de la loi du 14 juillet 1987. - Voy. H. GAUDEMET-TALLON, Le nouveau droit international privé européen des contrats, Commentaire de la Convention C.E.E. n° 80/394 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome, le 19 juin 1980, *op. cit.*, pp. 260-264.

victimes et ce, à la faveur d'occupations inhabituelles. Par delà les intérêts particuliers, ce sont les équilibres fondateurs du marché de l'emploi de chaque Etat qui sont concernés.

Les lois de police et de sûreté doivent protéger des intérêts essentiels pris en charge par l'organisation étatique. C'est préserver la cohérence du fonctionnement du marché du travail que de définir adéquatement la notion de loi de police et de sûreté (68).

Dans ce contexte, nous suggérons une initiative au niveau des Communautés européennes. Un comité d'experts pourrait être réuni à ce niveau en vue d'évaluer et de recenser les lois impératives qui doivent être qualifiées de lois de police et de sûreté dans les divers Etats membres. L'aptitude à organiser une convergence des systèmes juridiques des Etats européens sur ce plan précis constitue un enjeu important de la construction de l'Europe sociale afin de permettre précisément d'assurer une protection efficace des travailleurs quel que soit leur lieu d'occupation dans des matières telles que le travail de nuit, le repos du dimanche, les jours fériés, l'hygiène, la sécurité, ...

CHAPITRE II. DE QUELQUES MÉCANISMES PROTECTEURS CARACTÉRISTIQUES DU DROIT DU TRAVAIL

PAR. 1. LE DROIT DU LICENCIEMENT

- Le Code civil de 1804

33. - Le contrat de travail est censé conclu pour une durée indéterminée, en l'absence de convention particulière sur ce point. Ce principe est affirmé clairement par les premiers commentateurs du chapitre du Code civil relatif au louage de services.

⁶⁸ Pour une définition plus générale des « lois de police et de sûreté », voy. PH. FRANCESCAKIS, Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de loi, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1966, pp. 12-13. - PH. FRANCESCAKIS, Lois d'application immédiate et droit du travail, L'affaire du comité d'entreprise de la « Compagnie des Wagons-Lits », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1974, pp. 273-296. - M. ISSAD, *Droit international privé*, Publisud, 1986, pp. 109-121. - P. GOTHOT et L. FRANÇOIS, note sub. Cass., 1ère ch., 27 mars 1968, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 106-107.

Le contrat conclu pour une durée indéterminée peut être rompu à tout moment par la notification d'un congé (69), moyennant respect d'un délai de prévenance (70).

La durée de ce délai de prévenance est fonction de l'usage des lieux qui apparaît progressivement comme le critère d'appréciation du délai pour retrouver un nouvel emploi (71).

En cas de rupture unilatérale sans respect du délai de congé, les cours et tribunaux vont écarter l'application de l'article 1184 du Code civil et confiner leur pouvoir d'appréciation à l'examen des motifs invoqués pour ne pas respecter le délai de prévenance que commande l'usage (72). La rupture du contrat de travail pour motif grave sans congé ni préavis apparaît ainsi comme une dérogation aux mécanismes civilistes traditionnels, construite par la jurisprudence au siècle passé.

Ces quelques principes posés au cours du XIXe siècle ne seront pas modifiés par l'ensemble des initiatives légales visant à créer un droit du licenciement.

Celui-ci s'est développé de façon importante tout au long de ce siècle. Il exprime l'état contemporain de l'équilibre construit par la législation sociale entre les nécessités économiques de l'entreprise et le besoin de stabilité individuelle d'emploi du travailleur.

- Le droit au préavis

34. - La première caractéristique du droit contemporain du licenciement est le maintien des équilibres juridiques traditionnels.

⁶⁹ Sur l'origine du congé, voy. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil - Du contrat de louage*, 3ème éd., t. II, 1907, p. 594.

⁷⁰ Une controverse surgit dans les années 1870 concernant le point de savoir si le droit de donner congé à l'autre partie pouvait être exercé de façon discrétionnaire ou non, en l'absence de convention particulière sur ce plan (voy. à cet égard, Cass. fr., 8 février 1859, *Dall.*, 1859, I, 57. - Cass. fr., 5 février 1872, *Dall.*, 1873, I, 63. - Cass. fr., 21 juillet 1873, *Dall.*, 1874, 5, 322. - Cass. fr., 5 août 1873, *Dall.*, 1873, I, 65. - Cass. fr., 28 avril 1874, *Dall.*, 1874, I, 304. - Cass. fr., 10 mai 1875, *Dall.*, 1875, I, 84-85. - Pour un commentaire très pénétrant de la question en Belgique, voy. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXV, p. 572).

⁷¹ Sur cette question, voy. L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, p. 246. - N.V. MARCADE, *Opinion de jurisconsultes sur le cours élémentaire du Droit civil français*, 2ème éd., *op. cit.*, pp. 525-526. - BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, 1ère partie, t. V, p. 509. - BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil - Du contrat de louage*, *op. cit.*, p. 589. - J. THOUMSIN, *Manuel du louage de services des employés*, 1913, p. 89. - Au XXe siècle, la Cour de cassation a encore rappelé ce principe pour certains contrats de louage de services échappant à la législation sociale :

« Attendu que, sous le régime antérieur à la loi du 11 mars 1954, lorsqu'un contrat de louage de services d'un employé, échappant à l'application de la loi du 7 août 1922, avait été conclu sans durée déterminée et qu'il n'en avait pas été disposé autrement par la convention, il pouvait être mis fin par l'employeur au dit contrat, même sans motif grave de rupture, mais à charge pour lui de donner à l'employé un préavis de la durée normalement nécessaire pour lui permettre de trouver un emploi équivalent, et, à défaut d'avoir donné le préavis, de payer à l'employé les appointements qu'il eût acquis pendant sa durée ;

Attendu que le droit de l'employé congédié ne s'analysait pas en un droit à des dommages et intérêts qui eussent été calculés d'après l'importance du préjudice par lui effectivement subi ».

Cass. (1ère ch.), 5 juillet 1956, *Pas.*, I, 1248-1249.

⁷² BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil - Du contrat de louage*, *op. cit.*, pp. 580-581.

Le pouvoir de licencier reste d'ordre public au point que l'engagement éventuel de l'employeur de ne pas rompre le contrat de travail des personnes qu'il engage est en principe nul.

A l'inverse du développement du droit de licenciement dans d'autres pays européens, l'employeur peut toujours et à tout moment rompre le contrat de travail qui le lie à son collaborateur (73).

Ce faisant, notre législation sociale respecte l'un des principes essentiels de développement de l'économie de marché, celui de la nécessaire liberté d'acheter ou de revendre la force de travail sur le marché de l'emploi.

35. - En cas de notification de congé, l'employeur est tenu au respect d'un délai de préavis et, à défaut, au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis.

Tant les législations sociales qui ont développé le droit du licenciement au cours de ce siècle (74) que le travail jurisprudentiel d'évaluation des délais de préavis convenables pour retrouver un emploi similaire (75) ont amélioré la durée du délai de préavis de l'ensemble des employés de l'entreprise et tout particulièrement des employés supérieurs, c'est-à-dire ceux dont la rémunération annuelle dépasse un plafond fixé par la loi.

Le mécanisme du préavis et la protection qu'il entend conférer au travailleur victime d'une perte d'emploi semble ainsi accompagner le développement généralisé du bien-être en Belgique, sans pour autant porter atteinte aux mécanismes traditionnels mis en place avant le développement du droit social.

La crise de l'emploi semble cependant avoir interrompu ce mouvement. Plusieurs auteurs ont ainsi observé que durant ces dernières années, marquées par une crise sans précédent de l'emploi, les juridictions de fond ont eu tendance à diminuer légèrement la durée des préavis octroyés aux travailleurs licenciés alors que l'application du critère de la durée pour retrouver un emploi similaire eût dû produire l'effet inverse (76).

⁷³ Voy; à ce sujet Cass., 16 octobre 1969, *Pas.*, 1970, I, 147 ; *R.C.J.B.*, 1970, p. 527 et note M. PAPIER-JAMOULLE, « Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services ». - J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, éd. Coll. Scient. Fac. Droit de Liège, 1992, pp. 16-23.

L'adoption de la récente loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail ainsi que pour les candidats délégués du personnel (M.B. du 29 mars 1991, p. 6412) ne vient pas modifier ces considérations, nonobstant la reconnaissance d'un droit à la réintégration en faveur de ces catégories de travailleurs irrégulièrement licenciés. Ce droit à réintégration est sanctionné par l'allocation d'une indemnité d'un montant exceptionnellement élevé mais si l'employeur refuse la réintégration, seul le paiement d'une indemnité est légalement prévu ...

Voy. à ce sujet, R.C. GOFFIN et B. MAINGAIN, *Le nouveau statut des travailleurs protégés*, éd. Story, 1991, p. 35. - J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, *op. cit.*, pp. 17-19.

⁷⁴ Il s'agit des lois des 10 mars 1900, 7 août 1922, 4 et 11 mars 1954, 21 novembre 1969, 3 juillet 1978.

C'est la loi du 11 mars 1954 qui a confirmé, en la sacralisant, la pratique jurisprudentielle antérieure concernant l'évaluation des préavis des employés supérieurs. La loi du 7 août 1922 prévoyait un régime protecteur des employés dits « inférieurs ». Les autres ont en réalité bénéficié de l'activité des cours et tribunaux qui ont accordé des préavis plus importants que ceux prévus par la loi de 1922 pour les employés « inférieurs ».

⁷⁵ Telle est l'expression utilisée par la Cour de cassation pour définir le critère d'évaluation des préavis.

Voy. Cass., 17 septembre 1975, *Pas.*, 1976, I, 716. - Cass., 22 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 457. - Cass., 8 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 21. - Voy. également M. TAQUET et C. WANTIEZ, *Congé, Préavis, Indemnité*, *op. cit.*, t. II, pp. 123-124.

⁷⁶ Voy. TH. CLAEYS, Des préavis de crise ?, *J.T.T.*, 1981, p. 269. - M.A. TRINE, Paradoxe sur les préavis des employés, *R.D.S.*, 1984, p. 1 et s. - L. MORGENTHAU, Quelques aspects de

D'autre part, l'article 136 de la récente loi du 30 mars 1994 portant sur les dispositions sociales a modifié l'article 82 de la loi du 3 juillet 1978. Lorsque la rémunération du travailleur est élevée - soit au delà de 1.777.000 francs brut par an -, les parties peuvent convenir de la durée du préavis, sans que celui-ci ne puisse toutefois être inférieur au minimum légal dont bénéficient les employés dits inférieurs, soit 3 mois par période de cinq années d'ancienneté dans l'entreprise. Il s'agit de la première initiative légale qui vise expressément à limiter le coût patronal de la mesure de licenciement. Elle résulte du mouvement d'opinion qui estime que les rigidités du droit social pénalisent la promotion de l'emploi et qu'en accroissant la flexibilité et en limitant le coût du travail ou, à tout le moins, certains coûts jugés excessifs, l'on facilitera la démarche d'embauche et la croissance de l'emploi. Cette évolution législative est également basée sur l'idée que les employés dits « supérieurs » sont en position moins faible qu'il n'y paraîtrait à première analyse. A ce jour, aucune étude sérieuse n'a permis de vérifier la validité de ces positions.

Si le délai de prévenance des employés supérieurs a ainsi augmenté au cours de ce siècle pour connaître ensuite un tassement à la faveur du développement du chômage, force est de reconnaître que notre législation a aussi accru la segmentation des diverses formes d'emploi et favorisé dans le domaine du droit social, le développement d'une forme de néo-corporatisme.

Ainsi si les délais des employés supérieurs sont particulièrement importants, pour les employés inférieurs, le préavis est fixé forfaitairement à trois mois par période de cinq années d'ancienneté dans l'entreprise tandis que pour les ouvriers, la durée des délais de préavis reste fixée à 28 ou à 56 jours selon que leur ancienneté est ou non inférieure à vingt ans (77).

Actuellement, la distinction maintenue entre ouvriers et employés est contestée, certains tribunaux ayant même soumis à l'appréciation de la Cour belge d'Arbitrage la validité de cette distinction au regard du principe constitutionnel d'égalité des Belges devant la loi (78).

A l'inverse de la plupart des réglementations du licenciement adoptées dans les divers États européens, le droit belge en cette matière a été construit sur la liberté de licencier moyennant préavis ou indemnité plus ou moins généreux selon la catégorie de travailleurs concernée. Une place très limitée a été accordée au contrôle de l'exercice du pouvoir de rupture et de sa motivation.

l'influence de la crise sur le droit du travail et sur la dérégulation de la sécurité sociale sensu lato, *J.T.T.*, 1985, pp. 126-127. - Pour un examen des pratiques des cours et tribunaux ces dernières années, voy. TH. CLAEYS, Préavis : légère hausse pour les travailleurs âgés, *J.T.T.*, 1993, pp. 73-75.

⁷⁷ Art. 59 de la loi du 3 juillet 1978.

⁷⁸ Sur cette question, voy. X. HEYDEN, Le critère de distinction entre employés et ouvriers dans la loi du 3 juillet 1978 - Réflexion - Essai de lecture interprétative des articles 2 et 3 de la loi du 3 juillet 1978 - Examen de l'aspect constitutionnel de la distinction - Perspectives, *J.T.T.*, 1993, pp. 17-24. - ENGELS, La distinction ouvrier/employé, une discrimination inconstitutionnelle en violation des articles 6 et 6 bis de la Constitution belge », (NL), *R.W.*, 1991-1992, pp. 729-742.

- Le droit de licencier, un droit fonction

36. - La place reconnue à la théorie de l'abus de droit qui était traditionnellement très limitée (79) a cependant été significativement développée.

Pour les ouvriers, en 1978, le législateur a prévu l'octroi d'une indemnité forfaitaire correspondant à six mois de rémunération en cas de licenciement abusif, la charge de la preuve de l'existence de motifs valables de licenciement incombant à l'employeur (80).

Pour les employés, un mouvement jurisprudentiel contrasté selon les écoles sociales auxquelles les magistrats croient devoir se rallier, a implanté de plus en plus l'idée que le contrôle marginal par le magistrat des conditions, motivations et circonstances de la rupture doit être plus étendu en raison des intérêts collectifs sous-jacents à l'exercice des prérogatives patronales (81).

Même si la théorie du droit fonction s'impose de plus en plus quant à l'analyse de la nature même du droit de licencier, tant la difficulté de contrôle par le magistrat de l'exercice de ce pouvoir de rupture que les règles de droit commun relatives aux modalités d'indemnisation des travailleurs, posent le problème délicat de l'effectivité préventive de la norme.

La théorie de l'abus de droit reste cependant, à notre estime, un outil essentiel de contrôle démocratique des prérogatives patronales.

Comme le rappelle avec justesse F. EWALD, « *La sanction de l'abus de droit était l'instrument qui devait permettre à la société de contrôler l'usage des prérogatives qu'elle estimait, pour son propre bien, de conférer aux individus.* »

⁷⁹ Ceci bien que la théorie de l'abus de droit a été appliquée en droit belge du travail dès le début du siècle. - Voy. à cet égard P. HORION, Examen de jurisprudence - Droit social (1948 à 1951), *R.C.J.B.*, 1952, p. 136 ; (1955 à 1959), *R.C.J.B.*, 1960, p. 71 ; (1960 à 1963), *R.C.J.B.*, 1964, p. 161. - P. HORION et M. PAPIER-JAMOULLE, (1964 à 1967), *R.C.J.B.*, 1968, pp. 497-498. - M. JAMOULLE, (1975 à 1977), *R.C.J.B.*, 1968, pp. 647-652.

⁸⁰ A ce sujet, voy. M. JAMOULLE, Le contrat de travail, *op. cit.*, t. II, p. 314. - Rapport fait au nom de la Commission de l'emploi, du travail et de la prévoyance sociale, par M. VAN NIEUWENHUIZE, *Pasin.*, 1978, pp. 876-877.

⁸¹ Sur cette question, en droit social, voy. C. STORCK, Rappel des principes généraux, in *Permanence du droit civil en droit du travail*, éd. de l'U.L.B., 1983, p. 272 et s. - A. WILLEMS, L'abus de droit de licenciement dans le contrat de travail de l'ouvrier, in *Permanence du droit civil en droit du travail*, *op. cit.*, p. 292 et s. - V. VANNES et M. LECLERCQ, L'abus de droit de licenciement dans le contrat de travail de l'employé, in *Permanence du droit civil en droit du travail*, *op. cit.*, p. 309 et s. - A. DE BERSAQUES, La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail, Note sub. Appel Bruxelles, 23 novembre 1971, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 213-243. - R. SOREL et TH. CLAEYS, De l'abus de droit, Note sub. App. Preud'h. Mons, 12 juin 1970, *J.T.T.*, 1971, pp. 58-59. - M. TAQUET et R.C. GOFFIN, Le licenciement abusif, *J.T.*, 1970, pp. 391-392. - M. TAQUET et C. WANTIEZ, L'abus du droit de rupture, *J.T.*, 1972, pp. 1-8. - R. VERHEYDEN, Le licenciement abusif (NL), *R.W.*, 1976-1977, col. 897-922. - M. JAMOULLE et CLESSE, Examen de jurisprudence, *R.C.J.B.*, 1983, p. 667 et s. - BLONDIAU, CLAEYS, MAINGAIN & SCHEYVAERTS, La rupture du contrat de travail, Chronique de Jurisprudence, 1982-1984, *op. cit.*, p. 19 et s. - D. PAROTTE, Concours de responsabilité et le licenciement abusif des employés, *J.L.*, 1985, p. 320 et s. - CORNELIS, Examen des principes fondamentaux de l'abus du droit de licencier dans le cadre du contrat de travail pour employés (NL), in *Problèmes actuels du droit du travail*, p. 97 et s. - R. BLANPAIN, Abus de droit et licenciement de travailleurs (NL), in *Problèmes actuels du droit du travail*, p. 66 et s. - M. TAQUET et C. WANTIEZ, Congé, Préavis, Indemnité, *op. cit.*, t. IV, pp. 149-180. - J. CLESSE, Congé et contrat de travail, *op. cit.*, pp. 143-203.

C'était ce grâce à quoi le social pouvait primer l'individuel, et la société toujours coïncider avec elle-même » (82).

- La stabilité exceptionnelle d'emploi imposée par l'autorité publique

37. - Parallèlement au développement du droit commun du licenciement, un nombre très important de règles particulières ont été adoptées en vue d'accroître la stabilité individuelle d'emploi de certains travailleurs, ce qui a inévitablement aggravé les inégalités au sein du marché du travail (83).

38. - Deux soucis sont à l'origine des mécanismes de protection renforcée de l'emploi imposés par le législateur :

- assurer le bon fonctionnement des organes de relations collectives, conseil d'entreprise et comité de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux du travail (84) ;
- préserver certaines catégories de travailleurs que le législateur a estimé en position de faiblesse particulière à l'égard de l'employeur : travailleur appelé sous les drapeaux, femmes enceintes, travailleur exerçant certains mandats politiques, médecin du travail, travailleur en interruption de carrière, travailleur bénéficiant d'un congé éducation, ...

Il ne s'est jamais agi d'interdire l'exercice du pouvoir de rupture mais de le modaliser.

L'exercice du pouvoir de rupture n'est autorisé que dans certaines circonstances et moyennant le respect de certaines formalités, la charge de la preuve du respect des conditions et formalités légales est en général imposée à l'employeur et en cas de manquement de l'employeur, des dommages et intérêts plus ou moins importants sont calculés forfaitairement et sont accordés au travailleur.

- La stabilité exceptionnelle d'emploi organisée par convention collective

39. - Dans les divers secteurs d'économie nationale, au gré des rapports de force existant entre organisations syndicales et patronales, des conventions collectives de travail ont été conclues en vue de limiter l'exercice du pouvoir de rupture.

⁸² F. EWALD, *L'Etat providence*, pp. 474-482.

⁸³ Sur cette question, voy. B. MAINGAIN, *Stabilité négociée, Puissance privée et particulier. Autonomie et impérativité, Orientations*, 1984, n° 12, pp. 265-266. - M. RIGAUX et P. HUMBLET, *Pouvoir de licencier, Droit de licencier et Stabilité d'emploi : un système (NL)*, *R.W.*, 1988-1989, pp. 729-743.

⁸⁴ Sur les mécanismes protecteurs mis en place, voy. R.C. GOFFIN et B. MAINGAIN, *Le nouveau statut des travailleurs protégés, op. cit.*, p. 234.

Il n'est pas possible de procéder à l'inventaire systématique des obligations souscrites par les organisations représentatives des employeurs, de leur nature et de leur degré d'impérativité.

Un nombre important de conventions collectives de travail a prévu l'accroissement de la protection de certaines catégories de travailleurs en cas de licenciement : délégués syndicaux, travailleurs âgés, victimes de discriminations entre hommes et femmes, travailleurs affectés par un transfert d'entreprise ou par l'introduction de nouvelles technologies dans celle-ci, travailleurs victimes de licenciement collectif, ...

Ces conventions collectives de travail peuvent aussi concerner le maintien du niveau global de l'emploi dans une entreprise ou un secteur, l'aménagement de procédures de concertation en cas de licenciement, la définition des circonstances autorisant le licenciement, la mise en place de procédures peu ou prou rigoureuses en cas de rupture de contrat pour motif grave.

40. - Le mécanisme de dédommagement le plus fréquemment utilisé en cas de violation des engagements souscrits consiste à allouer au travailleur une indemnité forfaitaire en sus de ce que le droit commun prévoit.

En l'absence de mécanisme d'indemnisation forfaitaire, se pose inévitablement la question des conditions de réparation du manquement commis. Doctrine et jurisprudence majoritaire estiment, à bon droit selon nous, que la violation d'un engagement renforçant la stabilité d'emploi d'un travailleur engage la responsabilité contractuelle de l'auteur de la faute (85). Encore faut-il distinguer le préjudice résultant d'engagements retardant l'exercice du droit de rompre, le soumettant au préalable à divers entretiens et consultations et celui résultant de la violation de véritables interdictions de licenciement et résoudre le problème délicat posé par le cumul entre le préavis légal ou l'indemnité compensant son absence et les dommages et intérêts qui peuvent être alloués en cas de violation d'une cause de stabilité d'emploi (86). La mise en œuvre des règles de droit civil relatives à la réparation du préjudice particulier subi par le travailleur n'est pas aisée. Elle a abouti fréquemment à l'allocation de dommages et intérêts appréciés *ex aequo et bono*.

- La stabilité exceptionnelle d'emploi convenue entre l'employeur et le travailleur

41. - Enfin là n'est pas le moindre des paradoxes de l'architecture contemporaine du droit social, la position de force de certaines personnes sur le marché de l'emploi leur permet aujourd'hui d'imposer à l'employeur qui les recrute, certaines clauses spécifiques garantissant une stabilité accrue d'emploi. Il

⁸⁵ Sur cette question, voy. BLONDIAU, CLAEYS, MAINGAIN & SCHEYVAERTS, La rupture du contrat de travail, *J.T.T.*, 1989, p. 223. - P. FLAMEY, Est-ce que la violation d'un engagement de stabilité d'emploi prévu par convention collective de travail donne droit à une indemnité particulière ? (NL), *J.T.T.*, 1991, pp. 57-69.

⁸⁶ Sur cette question, voy. P. FLAMEY, La violation d'une clause de stabilité d'emploi prévue par Convention collective de travail ouvre-t-elle un droit à une indemnité spécifique ? (NL), *J.T.T.*, 1991, pp. 57-68. Aux termes d'un essai de démonstration qui ne nous convainc pas, l'auteur répond par la négative.

en est ainsi d'engagements de ne pas licencier pendant une certaine durée à dater de l'entrée en service, de la garantie d'une indemnité minimale en cas de licenciement, de la prise en compte d'une ancienneté conventionnelle en sus de l'ancienneté légale, ...

Malgré la jurisprudence de notre Cour suprême interdisant de conclure avant le congé une convention fixant la durée du délai de préavis, nous pensons que la plupart des mécanismes conventionnels renforçant la stabilité individuelle d'emploi et notamment celui consistant à attribuer une ancienneté conventionnelle en sus de l'ancienneté légale, sont tout à fait licites (87).

En fait, ces mécanismes révèlent la position de force de certains travailleurs sur le marché de l'emploi.

- Conclusions

42. - A l'examen des mécanismes contemporains du droit belge du licenciement, quelques réflexions critiques doivent être formulées.

Il faut reconnaître que le droit social a créé un véritable réseau inégalitaire entre les personnes mettant leur travail à disposition d'autrui. Le travail est devenu un bien rare tandis que le marché de l'emploi s'est organisé et structuré. Une hiérarchie dans les positions individuelles de stabilité d'emploi en est progressivement résultée.

Ainsi, l'insertion sur le marché du travail donne accès à des réseaux plus ou moins protégés où le travailleur bénéficie d'une plus ou moins grande sécurité d'existence. Les niveaux de protection que nous avons décrits ne prennent pas en considération le niveau de faiblesse plus ou moins importante des personnes sur le marché de l'emploi mais révèle le rapport de force entre salariés et employeurs ainsi qu'un certain état du marché, de la rencontre entre offre et demande dans le domaine du travail humain. Le droit belge du licenciement n'échappe pas à une forme de néo-corporatisme générateur d'inégalités entre les salariés :

« Ainsi, le monde de la marchandise ou de l'échange se trouve-t-il strictement hiérarchisé, depuis les métiers les plus humbles - crocheteurs, débardeurs, colporteurs, voituriers, matelots - jusqu'aux caissiers, boutiquiers, courtiers aux noms divers, usuriers, jusqu'aux négociants enfin. La chose à première vue surprenante c'est que la spécialisation, la division du travail qui ne fait que s'accroître rapidement au fur et à mesure du progrès de l'économie de marché, affecte toute cette société marchande, sauf à son sommet, celui des négociants-capitalistes » (88).

Ensuite, le droit belge du licenciement, comme d'ailleurs la plupart des législations sociales européennes, ne prend en compte que la protection du travailleur à l'égard des actes posés par l'employeur sans aucune attention pour les règles de fonctionnement du marché de l'emploi.

⁸⁷ Cass., (3ème ch.), 1er juin 1992, *Chron. D.S.*, 1992, p. 405.

⁸⁸ BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, Flammarion, Paris, 1985, p. 62. - D. VRANCKEN, De la profession au marché du travail, in *Traité de Sociologie du Travail*, De Boeck Université, 1994, p. 253 et S.

Or il est permis de s'interroger sur la pertinence et l'actualité de ce point de vue et sur la relative fiction sous-jacente à cette position. Comment en effet ne pas être conscient qu'au delà de la stabilité individuelle d'emploi, il y a intérêt à assurer à chaque personne une insertion durable sur le marché de l'emploi ? Comment croire que les mécanismes du droit du licenciement, si intéressants soient-ils, puissent résoudre les problèmes posés par le fonctionnement déficient du marché de l'emploi et les inégalités qu'il génère. N'est-ce pas à ce niveau qu'il y a lieu à développement d'un nouvel ensemble de règles dans le domaine du droit social, un droit social de l'emploi qui organise les conditions d'accès au marché du travail et de partage de ce qui constitue désormais une denrée rare, le travail humain salarié (89).

PAR. 2. LA RÉGLEMENTATION DES EMPLOIS ATYPIQUES

- Introduction

43. - Le droit social belge est ordonné à quelques vecteurs fondamentaux.

Ainsi il entend assurer une protection adéquate contre le licenciement du travailleur engagé à temps plein sous contrat à durée indéterminée.

L'idée que la sécurité d'existence de l'individu et de son groupe familial est dépendante de l'emploi, des revenus qu'il procure et de la stabilité qu'il assure, n'est pas étrangère aux modalités du développement réglementaire de cette matière. C'est la même source qui a d'ailleurs été à la base de la réglementation belge du droit de la sécurité sociale, les revenus de remplacement garantis au travailleur et à certains ayants droit étant calculés par rapport au montant du revenu du travail (90).

Il n'est dès lors pas étonnant que le législateur ait veillé à réglementer tout particulièrement les contrats qui dérogent au modèle traditionnel protégé par les règles du droit du licenciement.

La caractéristique de ces formes d'emploi est la position précaire de ceux qui les occupent.

Pour limiter les possibilités offertes par le biais de l'autonomie de la volonté, le droit social belge va aménager des mécanismes protecteurs présentant quatre caractéristiques principales.

⁸⁹ « Les douze études ne laissent guère de doute quant au fait que la montée rapide du chômage depuis les années 1970, alliée à la transformation du marché du travail, a été le principal facteur de restructuration de la pauvreté. Elles font apparaître davantage de lacunes et de limites dans les garanties de ressources et la couverture sociale offertes aux chômeurs qu'on ne le pense généralement » (Graham ROOM, La nouvelle pauvreté dans la Communauté européenne - Synthèse de douze études nationales élaborées à la demande de la Commission européenne, p. 20).

⁹⁰ Voy. B. MAINGAIN, Paupérisation familiale et sécurité sociale, *J.T.T.*, 1991, pp. 99 et s.

- Information préalable

44. - Il s'agira d'abord d'imposer une obligation d'information du travailleur préalablement à l'entrée en service ou au début de l'exécution du contrat. Cette obligation concernera les modalités spéciales, dérogatoires au droit commun, qui sont convenues entre les parties (91).

- Objet et durée du contrat

45. - Il s'agira ensuite de réglementer avec plus ou moins de rigueur l'objet et la durée des contrats.

Ainsi, la succession des contrats à durée déterminée est-elle prohibée sauf si l'employeur « *prouve que ces contrats étaient justifiés par la nature du travail ou par d'autres raisons légitimes* » (92).

Seul le remplacement d'un travailleur dont l'exécution du contrat est légalement suspendue autorise la conclusion du contrat de remplacement (93).

La clause d'essai est limitée dans le temps (94) et le contrat de remplacement ne peut excéder deux ans (95).

⁹¹ - Le contrat conclu pour une durée déterminée, le contrat conclu pour un travail nettement défini et la clause d'essai doivent être constatés par écrit avant l'entrée en service (sur cette notion, voy. Cass., 5 novembre 1979 et 22 novembre 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 75; Cass., 18 février 1980, *R.D.S.*, 1980, p. 247).

- L'article 4 de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs (M.B., 20 août 1987, p. 12.405) impose que ce type de contrat soit constaté par écrit au plus tard au moment de l'entrée en service.

- L'article 8 de la même loi exige de constater par écrit l'intention de conclure un contrat intérimaire, le contrat lui-même devant être établi dans les deux jours ouvrables de l'entrée en service.

- Pour le contrat de remplacement, le motif, l'identité du travailleur remplacé et les conditions de l'engagement doivent être constatés par écrit au plus tard au moment de l'entrée en service (art. 11ter de la loi du 3 juillet 1978. Voy. G. BEAUTHIER et C. WANTIEZ, *Le contrat de remplacement*, *J.T.T.*, 1987, pp. 261-265).

- Le travailleur à temps partiel doit être informé de son régime et de son horaire de travail lors de sa conclusion (voy. art. 11 bis de la loi du 3 juillet 1978 tel que modifié par la loi du 23 juin 1981).

⁹² Art. 10 de la loi du 3 juillet 1978. - Cass., 5 et 22 novembre 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 77. - Cass., 18 février 1980, *R.D.S.*, 1980, p. 247. - Dans le cadre de la lutte pour la promotion de l'emploi en cette période de crise, le gouvernement belge a apporté des aménagements aux mécanismes protecteurs en assouplissant les conditions dans lesquelles les contrats à durée déterminée successifs peuvent être conclus (art. 135 et 136 de la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales. - V. VANNES, « Examen de deux dispositions de la loi du 30 mars 1994 : les contrats à durée déterminée successifs et les conventions relatives au préavis de licenciement de certains employés », *J.T.T.*, 1994, pp. 277-281).

⁹³ Voy. art. 68 de la loi du 3 juillet 1978.

⁹⁴ Art. 48 et 67 de la loi du 3 juillet 1978. - Pour les employés, l'article 67, par. 2, de la loi a été modifié au début des années quatre-vingt, le délai ayant été doublé. Sur cette question, voy. Cass., 10 juin 1967, *R.W.*, 1967-1968, col. 189.

⁹⁵ Art. 68 de la loi du 3 juillet 1978. - En 1985, le législateur a autorisé la conclusion des contrats de travail de remplacement d'une durée supérieure à deux ans en cas d'interruption de carrière ou de réduction d'activité sollicitée par un travailleur de l'entreprise en application des mesures légales concernant l'interruption de carrière.

- Egalité entre travailleurs : le principe de proportionnalité

46. - A plusieurs reprises, le législateur a exprimé son souci de voir l'égalité en matière de rémunérations, préservée entre les formes diverses de travail.

Le travailleur intérimaire ne peut percevoir une rémunération inférieure à celle à laquelle il aurait eu droit s'il avait été engagé comme travailleur permanent par l'utilisateur. Un travailleur mis à disposition d'un utilisateur ne peut percevoir une rémunération moindre que celle des travailleurs exerçant les mêmes fonctions dans l'entreprise (96).

Pour les travailleurs à temps partiel, l'article 9 de la Convention collective de travail n° 35, conclue au sein du Conseil national du travail le 27 février 1981, précise :

« Le travailleur occupé à temps partiel doit, pour un même travail ou un travail de valeur égale, bénéficier d'une rémunération proportionnelle à celle du travailleur occupé à temps plein quelles que soient les modalités de paiement de cette rémunération.

Tous les éléments qui constituent la rémunération du travailleur à temps plein doivent être appliqués suivant les mêmes normes, barèmes et critères d'octroi, proportionnellement à la durée de son travail dans l'entreprise, pour autant qu'il soit occupé dans des conditions similaires et relève de la même catégorie de travailleurs. »

Ce principe de proportionnalité posé ponctuellement dans la matière du travail à temps partiel exprime, à notre avis, un principe général d'interprétation en droit du travail, voire un principe d'ordre public gouvernant désormais cette matière. Quelle que soit la forme de contrat, le juge doit rechercher une application qui vise à préserver une égalité entre les travailleurs (97).

- Sanctions en cas de violation de la loi

47. - Enfin, le régime des sanctions va révéler la volonté du législateur, à savoir sa préférence pour le modèle du contrat à temps plein et à durée

⁹⁶ Art. 10 et 32, par. 4, de la loi du 24 juillet 1987. - La notion de rémunération doit être entendue au sens large, tous les avantages accordés au travailleur devant l'être également à l'intérimaire. - Voy. intervention M. HANSENNE in Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales par M. VANNIEUWENHUYZE, *Doc. Parl.*, Sénat, Sess., 1986-1987, n° 558/2, p. 9.

⁹⁷ Sur ce plan, voy. J.P. FALCINELLI, Temps partiel et principe de proportionnalité en droit du travail, *J.T.T.*, 1984, pp. 33 et s. - Voy. le très intéressant arrêt rendu le 16 février 1989 par la 3^{ème} chambre de la Cour du Travail de Mons :

« Attendu que, si le principe fondamental qui soutend l'ensemble des règles relatives à ces travailleurs est celui de l'égalité des droits légaux et conventionnels entre eux et les travailleurs à temps plein, le seul critère objectif susceptible d'assurer cette égalité consiste en la proportionnalité des droits liés à la durée du travail; qu'il doit en être ainsi en ce qui concerne le calcul de la rémunération; qu'il suffit pour ce faire d'appliquer une règle mathématique, sans qu'il soit besoin de recourir à une convention collective qui n'est pas spécifique au secteur commercial considéré » (J.T.T., 1989, p. 458).

indéterminée. Faute de respecter le prescrit légal ou réglementaire, l'employeur va perdre le bénéfice de l'avantage concédé par la loi.

Ainsi, en matière de clause d'essai, faute d'écrit, le contrat est censé conclu à durée indéterminée. Il en est de même en cas de succession irrégulière de contrats à durée déterminée ou en cas d'occupation irrégulière d'un travailleur intérimaire ... (98).

Le contrat de remplacement ne peut être rompu que dans le respect des règles applicables en matière de licenciement en cas de prestation au-delà du délai de deux ans (99) et l'employeur qui met fin au contrat de remplacement avant la reprise de fonction du travailleur remplacé doit respecter les règles de droit commun en matière de licenciement (100).

Pour les travailleurs à temps partiel, à défaut d'écrit conforme aux exigences légales, le travailleur peut choisir le régime de travail et l'horaire de travail qui lui sont les plus favorables, parmi ceux en vigueur légalement dans l'entreprise (101). De même, si la durée hebdomadaire de travail convenue est inférieure au minimum légal, la rémunération est due sur base de la limite minimale (102).

PAR. 3. LA PROTECTION DE LA RÉMUNÉRATION

48. - La créance rémunératoire est la cause du contrat dans le chef du travailleur. Elle constitue la contrepartie due par l'employeur en cas d'exécution de la convention par les parties (103).

Le contrat de travail a deux obligations principales pour objet : la prestation de travail subordonnée d'une part, le paiement de sommes d'argent d'autre part. Les mécanismes civilistes du droit des obligations structurent et encadrent le statut des obligations.

Mais ici encore, des aménagements protecteurs ont été progressivement adoptés afin de préserver les droits de la personne au travail dont le revenu est bien souvent la seule source de sécurité d'existence.

- La créance rémunératoire négociée collectivement

49. - La fixation du montant de la rémunération est traditionnellement abandonnée à l'autonomie contractuelle. Toutefois, c'est sans doute dans ce

⁹⁸ Pour les clauses d'essai, voy. art., par. 1er, de la loi du 3 juillet 1978. - Pour les contrats à durée déterminée, voy. art. 9, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978. - Pour le travail temporaire et intérimaire, voy. art. 4 de la loi du 24 juillet 1987.

⁹⁹ Art. 10 et 11 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. - Voy. cependant les règles particulières applicables en matière d'interruption de carrière.

¹⁰⁰ Cass., 3^{ème} chambre, 19 juin 1989, *R.D.S.*, 1989, p. 347.

¹⁰¹ Voy. art. 11 bis, al. 4, de la loi du 3 juillet 1978.

¹⁰² Voy. art. 11 bis, dernier al., de la loi du 3 juillet 1978.

¹⁰³ HORION, Nouveau précis de droit social belge, Faculté de Droit, Liège, 1969-1970, p. 249.

domaine, que le mécanisme de négociations et d'accords collectifs a pris le plus d'ampleur.

Tant au niveau national et interprofessionnel (104) qu'au niveau de chaque secteur (105), les partenaires sociaux concluent des conventions collectives fixant les montants minima barémiques, les modalités d'indexation des revenus (106), les conditions de remboursement de certains frais, ...

Ces mécanismes de protection du travailleur limitent la possibilité de négocier librement, aucun accord individuel ne pouvant prévoir des solutions dérogeant à la baisse, au détriment du travailleur, à la teneur des conventions collectives. D'autre part, la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires prévoit en son article 23 une disposition protectrice des droits du travailleur au terme de la période d'application de la Convention. Le texte exact de la loi dit que « le contrat de louage de travail individuel implicitement modifié par une convention collective de travail subsiste tel quel lorsque la convention cesse de produire ses effets, sauf clause contraire dans le convention même ». Il y a modification implicite du contrat chaque fois que la clause de la convention collective peut être qualifiée de « clause normative individuelle » en ce qu'elle vient régler les droits et obligations des parties au contrat, ce qui est notamment le cas de la plupart des dispositions des conventions collectives en matière de rémunération. Le mécanisme est particulièrement original. Il a pour effet de modifier le contenu du contrat sans l'affecter de nullité et de préserver la modification au-delà de la période de validité de la norme supérieure qui était la source de cette modification (107).

- La libre disposition de la rémunération

50. - Une loi complète, particulièrement soignée dans sa rédaction, a été adoptée en avril 1965 en vue d'éviter que l'employeur ne puisse restreindre la liberté de disposition de la rémunération (108).

Cette loi dont le relevé détaillé n'est pas disponible pour le présent rapport précise notamment l'obligation de paiement en monnaie ayant cours légal (art. 4), les conditions de dérogation à la règle du paiement en espèces (art. 5), les limites à l'octroi d'avantages en nature (art. 6), la périodicité de paiement de la rémunération (art. 9), la garantie de paiement en cas de prestation selon un horaire flexible (art. 9bis à 9quinquies), le statut des intérêts sur la créance (art. 10), le sort des rémunérations restant dues lors de la rupture (art. 11), le statut de la quittance pour solde de tout compte (art. 12), l'obligation de remise

¹⁰⁴ Voy. à cet égard, la C.C.T. n° 43 du 2 mai 1988 conclue au sein du Conseil National du Travail garantissant un revenu minimum mensuel moyen aux travailleurs âgés d'au moins 21 ans. - C.C.T. n° 50 du 29 octobre 1991 conclue au sein du Conseil National du Travail garantissant un revenu minimum mensuel moyen aux travailleurs âgés de moins de 21 ans.

¹⁰⁵ Voy. l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les Commissions paritaires.

¹⁰⁶ La technique de l'indexation automatique des rémunérations est le fruit d'accords collectifs négociés entre partenaires sociaux et non d'un texte légal.

¹⁰⁷ Voy. *supra* n° 26.

¹⁰⁸ Pour un commentaire de cette loi, voy. P. DENIS, *Droit du Travail*, Larcier, 1992, pp. 22 et s. - COLENS, *Le contrat d'emploi*, Larcier, 1980, pp. 263 et s. - M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. II, 1986, pp. 82-106. - J. STEYAERT, C. DE GANCK, L. DE SCHRIJVER, *Contrats de travail* (NL), *APR*, 1990, n° 240-363.

d'un décompte (art. 15), le régime des mandats de représentation du travailleur pour la perception de la rémunération (art. 16 et 17), la limitation des retenues sur rémunération (art. 23).

La plupart des manquements aux obligations sont constitutifs d'infraction pénale.

La caractéristique fondamentale de cet ensemble d'obligations d'ordre public est d'éviter tout mécanisme contractuel qui aurait pour résultat de rendre plus difficile voire aléatoire la perception par le travailleur des sommes lui revenant en exécution du contrat conclu entre les parties.

- Autres dispositions protectrices

51. - Sans que ces mécanismes n'affectent directement la relation contractuelle, relevons encore deux techniques importantes visant à protéger la créance rémunératoire tantôt en cas d'action des tiers tantôt en cas de défaillance de l'employeur.

Pour maintenir au bénéfice du travailleur et de sa famille, un minimum de ressources, des règles précises ont été mises en place en matière de saisie et en matière de cession de créance de rémunération.

Par ailleurs, les lois des 27 juin 1960 (M.B. 30 juin 1960) et 28 juin 1966 (M.B. 2 juillet 1966) relatives à l'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise, ont été fortement amendées par la loi du 30 juin 1967 portant extension de la mission des Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise (M.B. 13 juillet 1969).

Il s'agit d'imposer à tous les employeurs le versement d'une cotisation spéciale à un Fonds d'indemnisation qui est notamment chargé d'intervenir dans des limites précises en cas de défaillance de l'employeur pour le paiement des sommes dues au travailleur, le Fonds bénéficiant dans ce cas d'une subrogation dans les droits du travailleur à l'égard de son cocontractant.

L'insertion d'un mécanisme de prévoyance pour couvrir les risques de défaillance patronale en ce qui concerne la créance rémunératoire est un phénomène remarquable révélant l'utilité d'une approche extraciviliste – en l'espèce, un mécanisme d'assurance obligatoire – des techniques de protection des parties faibles dans la relation contractuelle.

PAR. 4 - LES CAUSES LÉGALES DE SUSPENSION DES CONTRATS DE TRAVAIL

- Introduction

52. - Le lien étroit entre l'activité déployée dans le cadre du contrat de travail et la sécurité d'existence individuelle du travailleur liée à la perception de sa rémunération, apparaît clairement à l'examen des obligations principales de l'employeur et du travailleur. A l'un incombe l'obligation principale de travailler et, en contrepartie, à l'autre l'obligation principale de rémunérer le travail fourni.

Les deux créances sont à ce point indissociables qu'en principe aucune rémunération n'est due en l'absence d'exécution de la prestation de travail convenue et vice versa (109).

Le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée implique des prestations successives dans le chef des deux parties à la convention.

Or, à peine de transformer le travail humain en une forme d'activité mécanisée et répétitive, il faut accepter que l'activité humaine se déploie dans un environnement de contraintes sociales, de risques et d'aléas. L'ensemble de l'ordre protecteur élaboré par le droit social veillera précisément à développer des techniques originales de suspension des conventions qui prennent en compte certaines de ces facteurs qui affectent l'obligation de fournir le travail convenu.

Notre propos n'est pas de décrire de façon exhaustive ces mécanismes mais de montrer tout à la fois leurs caractéristiques principales et l'impossibilité pour les mécanismes de droit civil traditionnels telles la théorie de la force majeure, l'exceptio non adimpleti contractus, la théorie des risques, ... de résoudre l'ensemble des problèmes posés par la suspension temporaire des relations contractuelles en droit du travail.

- Le droit à la suspension du contrat

53. - Afin d'éviter toute discussion concernant le fondement du droit à la suspension, le législateur va ériger certains événements en causes de suspension de l'exécution du contrat de travail (110) :

- Vacances annuelles,

¹⁰⁹ L'employeur peut d'ailleurs invoquer l'exceptio non adimpleti contractus et s'opposer au paiement de la rémunération due s'il prouve que le travail convenu n'a pas été exécuté.

¹¹⁰ Pour une analyse des difficultés d'application des mécanismes de droit commun de suspension des relations contractuelles en droit du travail, voy. Toshio YAMAGUCHI, La théorie de la suspension du contrat de travail, Paris, *L.G.D.J.*, 1963, pp. 70 et svts.

- Congé de maternité,
- Temps nécessaire pour siéger comme conseiller ou juge social,
- Interruption de carrière,
- Congé pour l'exercice d'un mandat politique,
- Détention préventive,
- Service militaire,
- Service civil,
- Service d'objecteur de conscience, ...
- Evénements familiaux, accomplissement d'obligations civiques ou missions civiles,
- Congé pour raisons impérieuses,
- Maladie et accident (111).

La caractéristique principale des événements précités est qu'ils ouvrent un droit dans le chef du travailleur voire une obligation pour ceux-ci de suspendre l'exécution du contrat.

L'absence de prestation du travailleur satisfaisant aux conditions fixées par la loi, ne constitue pas un manquement autorisant une initiative patronale telle une rupture de contrat pour motif grave, la mise en œuvre de la technique de l'acte équipollent à rupture de contrat de travail, l'action en résolution judiciaire du contrat de travail, voire l'*exceptio non adimpleti contractus*.

Les causes légales de suspension des relations de travail évitent également la rupture du contrat par application de théories civilistes telle la force majeure (112).

54. - Inévitablement, le besoin de circonscrire avec précision les causes légales de suspension des relations de travail et les conditions pour lesquelles le travailleur peut s'en prévaloir induit un débat important concernant les conditions dans lesquelles le travailleur peut s'en prévaloir.

L'incapacité de travail impose un devoir d'avertissement au travailleur, la production éventuelle d'un certificat d'incapacité de travail ayant une valeur probante particulière et un devoir de se soumettre au contrôle médical.

Des règles particulières, d'ordre public, sont d'application pour l'organisation des vacances annuelles, tant en ce qui concerne les mesures collectives que les accords individuels (113).

A l'occasion de la maternité, la date présumée de l'accouchement sert de point de départ pour la durée du congé prénatal, tandis que le contrat est suspendu d'office à dater de l'accouchement jusqu'à l'expiration de la 8^{ième} semaine suivant celui-ci, voir au-delà, à concurrence de la période de sept semaines précédant

¹¹¹ Voy. art. 28 à 31 de la loi du 3 juillet 1978.

¹¹² Ainsi, en matière de vacances annuelles, il y a un régime d'ordre public mis en place. - En cas d'incapacité du travailleur, celui-ci peut suspendre l'exécution du contrat à certaines conditions réglementées (production ou non d'un certificat médical, contrôle de la capacité ou non de travailler par un tiers). Quant à l'employeur, il peut se prévaloir de cette incapacité pour imposer la suspension du contrat. - Voy. J. CLESSE, Examen de jurisprudence, Le contrat de travail (1982 à 1986), *R.C.J.B.*, 1988, p. 278. - Voy. cependant *infra* n° 54, la jurisprudence de la Cour de cassation autorisant la rupture du contrat pour force majeure en cas d'incapacité définitive d'exercer les fonctions convenues.

¹¹³ Voy. l'article 64 de l'A.R. du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés.

l'accouchement durant laquelle la travailleuse avait poursuivi ses prestations (114).

Le travailleur ne bénéficie des petits chômages que dans la mesure où il en avertit au préalable l'employeur et, pour autant, qu'il utilise les jours de congé qui lui sont octroyés aux fins pour lesquels ces congés ont été accordés (115).

Quant aux raisons impérieuses ouvrant le droit au congé conformément à la convention collective de travail n° 45 du 19 décembre 1989 instaurant un congé pour raisons impérieuses (116), le droit de s'absenter n'est reconnu au travailleur que dans la mesure où un événement imprévisible, indépendant du travail, requiert une intervention urgente et indispensable, alors que l'exécution du contrat de travail lui rend impossible cette intervention (117).

- Maintien du droit à la rémunération

55. - Un certain nombre de dispositions légales maintiennent une créance rémunératoire au bénéfice du travailleur nonobstant l'absence de travail.

Il en va ainsi en ce qui concerne le travailleur qui ne parvient qu'avec retard ou n'arrive pas au lieu de travail dès lors que le retard ou l'absence sont dus à une cause survenue sur le chemin du travail et indépendante de la volonté du travailleur ou s'il ne peut pour une cause indépendante de sa volonté, soit entamer le travail, soit poursuivre ce dernier (118).

Il en est de même lorsque le travailleur s'absente à l'occasion d'événements familiaux (119).

Les règles relatives au salaire hebdomadaire et/ou mensuel garanti en faveur du travailleur en incapacité de travail par suite de maladie ou d'accident, procèdent du même mécanisme (120).

L'on notera qu'en cette matière, l'on se situe à un point d'intersection privilégié entre le droit du travail et le droit de la sécurité sociale. La sécurité sociale qui, sur bien des plans, lie l'ouverture du droit aux prestations, voire calcule le montant de ces dernières en fonction de la période de travail et de la rémunération perçue à cette occasion, va assimiler certaines périodes d'interruption de travail à des périodes de travail effectif pour l'appréciation du droit aux prestations sociales. De même, à l'occasion de certaines périodes de suspension de l'exécution du contrat, le travailleur salarié va pouvoir émarger à

¹¹⁴ Sur cette question, voy. B. MAINGAIN, *Vie familiale et Vie professionnelle, Etat du droit, enjeux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 1993, pp. 22-23.

¹¹⁵ Voy. art. 30 de la loi du 3 juillet 1978.

¹¹⁶ Voy. A.R. du 6 mars 1990 rendant obligatoire la Convention collective de travail n° 45, M.B. du 6 mars 1990, p. 5119.

¹¹⁷ Sur cette question, voy. B. MAINGAIN, *Vie familiale et Vie professionnelle, op. cit.*, pp. 68-69.

¹¹⁸ Voy. art. 27 de la loi du 3 juillet 1978.

¹¹⁹ Voy. art. 2 de l'Arrêté Royal du 28 août 1963 relatif au maintien de la rémunération normale des ouvriers, des travailleurs domestiques, des employés et des travailleurs engagés pour le service des bâtiments de navigation intérieure pour les jours d'absence à l'occasion d'événements familiaux ou en vue de l'accomplissement d'obligations civiles ou de missions civiles (M.B., 11 septembre ...).

¹²⁰ Voy. art. 52 et 71 et s. de la loi du 3 juillet 1978.

l'un des régimes de sécurité sociale mis en place en vue de lui garantir une sécurité minimale d'existence nonobstant la perte d'emploi.

PAR. 5 - FORCE MAJEURE, CONDITIONS RÉSOLUTOIRES, ET STABILITÉ DE L'EMPLOI

56. - Si le droit social a progressivement mis en œuvre un cadre nouveau concernant la rupture du contrat à l'initiative de l'employeur, les modes d'extinction des contrats hérités du droit civil restent applicables en droit du travail : conditions résolutoires, force majeure, ... (121).

Toutefois, il ne faudrait pas que l'application rigoureuse des règles de droit civil porte atteinte au régime protecteur mis en place au bénéfice de la personne au travail, tout particulièrement les règles de droit du licenciement.

- Conditions résolutoires

57. - Ainsi, en ce qui concerne la condition résolutoire dont la validité n'a jamais été contestée dans son principe (122), le législateur a-t-il expressément interdit les clauses concernant le mariage ou la maternité (123).

Le problème est plus délicat lorsqu'il s'agit pour les cours et tribunaux d'apprécier la validité des clauses érigeant en condition opérant la rupture des relations de travail, un événement dont la réalisation peut entre autres dépendre de la volonté de l'employeur. Les conditions simplement potestatives sont-elles valables en droit social ?

Un très intéressant arrêt avait été rendu à cet égard par la Cour de cassation le 16 mai 1983. Le problème posé était celui de la validité des conditions mixtes dépendant à la fois de la survenance d'un événement futur et incertain et de la volonté de l'employeur. Pour certains auteurs, dans cet arrêt, la Cour confirmait le principe de l'illicéité des conditions résolutoires dépendant notamment de la volonté de l'employeur (124). Ainsi, si un élément patronal volontaire interfère à

¹²¹ Sur cette question, voy. la thèse en langue néerlandaise de W. RAUWS, Les modalités de droit civil de rupture des contrats de travail : nullité, conditions résolutoires et force majeure (NL), Série Droit social, n° 30, Kluwer, 1987.

¹²² Cass., 16 décembre 1979, J.T., 1980, p. 189. - Cass., 16 septembre 1969 et avis de M. l'Avocat général DUMONT, R.W., 1969-1970, kol. 893, J.T.T., p. 19. - Cass., 17 janvier 1963, R.D.S., 1963, p. 81. - Cass., 14 juin 1963, Pas., 1963, I, p. 1083. - Cass., 2 mai 1969, Pas., 1969, I, p. 781. - Cass., 16 septembre 1969, Pas., 1970, I, 47. - Cass., 15 février 1973, Pas., 1973, I, 570.

¹²³ Voy. art. 36 de la loi du 3 juillet 1978. Un débat important est né suite à l'adoption de cette disposition quant à l'interprétation à donner au texte. La Cour de cassation a tranché en faveur d'une conception extensive de l'interdiction des clauses de célibat : « *Que cette prescription constitue une disposition impérative et ne distingue pas suivant les différentes clauses qui directement ou indirectement stipulent que le mariage de l'employé met fin à la Convention* ». - Cass. (3ième ch.), 25 juin 1979, J.T.T., 1980, p. 72. - Cass. (3ième ch.), 26 novembre 1979, Pas., 1982, I, 382.

¹²⁴ Cass. (3ième ch.), 16 mai 1983, Chron. Dr. Soc., 1983, p. 370. - Pour une analyse de cet arrêt, voy. P. BLONDIAU, Th. CLAEYS, B. MAINGAIN, H. SCHEYVAERTS, La rupture du contrat de travail, 1982-1984, J.T.T., 1986, pp. 15-16.

l'occasion de la réalisation de la condition, il faudrait écarter la clause convenue qui peut avoir pour effet de priver atteinte au droit au préavis reconnu par la loi au bénéfice du destinataire du congé. Il en serait de même lorsque l'application de la condition convenue a pour effet d'écarter un mécanisme de protection spéciale du travailleur en cas de licenciement (125).

Cette règle jurisprudentielle d'interprétation des normes aux confins du droit civil et du droit social, semble partiellement remise en question par un arrêt récent de la Cour de cassation cassant, pour violation de l'article 32 de la loi du 3 juillet 1978 et de l'article 1174 du Code civil, un arrêt de la Cour du Travail de Bruxelles qui frappait de nullité la condition résolutoire inscrite dans un contrat de travail dans la mesure où il s'agissait d'une condition simplement potestative ou mixte (126). Ainsi, en droit social, la question de la méthode d'interprétation des mécanismes de droit civil pouvant remettre en question les techniques protectrices du droit social, a-t-elle toujours été posée. Faut-il défendre une lecture des textes qui prône un ordre cohérent, plus autonome des solutions classiques du droit civil ou au contraire s'en tenir aux solutions traditionnelles d'interprétation des mécanismes de droit civil, au risque d'une perte d'efficacité du mécanisme protecteur du droit social. Manifestement, ces dernières années, dans un contexte de dénonciation des rigidités du droit social, la Cour de cassation a à plusieurs reprises opté pour la seconde méthode d'interprétation.

- Force majeure

58. - L'événement de force majeure peut aussi être une cause de rupture du contrat de travail. Le recours au concept de force majeure pour justifier la rupture du contrat de travail est particulièrement rare (127).

Au début des années quatre-vingt, la Cour de cassation estima que l'incapacité définitive du travailleur d'exercer les fonctions convenues constitue un cas de force majeure entraînant automatiquement la rupture du contrat de travail sans préavis ni indemnité (128).

¹²⁵ Pour un cas d'application en matière de service militaire, voy. C.T. Mons, 15 novembre 1984, *J.T.T.*, 1985, p. 189. - F. HUISMAN, La condition résolutoire expresse, in *Perm. Dr. Civil en Droit du travail*, U.L.B., p. 231.

¹²⁶ Cass. (3ième ch.), 18 janvier 1993, *J.T.T.*, 1993, pp. 141-142; *Chron. dr. soc.*, 1993, p. 232, *R.C.J.B.*, 1995, p. 53 et note J. CLESSE, « La dissolution du contrat de travail par le jeu de la condition résolutoire ».

¹²⁷ Sur cette question, en jurisprudence, voy. Cass., 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 782. - Cass., 10 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 285. - Cass., 5 janvier 1981, *J.T.T.*, 1981, p. 184. - W. RAUWS, Modalités de droit civil de rupture des contrats de travail : nullité, résolution, force majeure (NL), pp. 591-830. - W. VEROUGSTRAETE, La force majeure - Mode de rupture du contrat de travail (NL) in *Problèmes actuels du droit du travail (NL)*, p. 33. - M. JOURDAN, La force majeure et le contrat de travail, in *Permanence du droit civil en droit du travail*, U.L.B., 1983, p. 19. - M. Th. CUVELIEZ, Inexécution du contrat pour cause étrangère (notamment force majeure), in *Permanence du droit civil en droit du travail*, U.L.B., p. 66. - L. PETIT, L'extinction du contrat de travail par force majeure, in *Chroniques de droit à l'usage du Palais*, Le contrat de travail, p. 57. - H. FUNCK, L'Etat de nécessité en droit du travail, note sous Charleroi, 10 février 1986, *Chron. Dr. Soc.*, 1987, pp. 156-158.

¹²⁸ Cass., 10 février 1981, *Pas.*, 1981, I, 474. - Cass., 15 février 1982, *Pas.*, 1982, I, 743. - L'enseignement de ces arrêts a été confirmé ultérieurement malgré les nombreuses critiques formulées en doctrine et par les juridictions de fond, voy. notamment Cass., 3ième ch., 26 septembre 1988, *J.T.T.*, 1988, p. 476. - Cass., 3ième ch., 13 février 1989, *R.D.S.*, 1989, p. 277; *Chron. Dr. Soc.*, 1989, pp. 9-10. - Cass., 3ième ch., 13 mars 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 331.

Cet arrêt fit couler beaucoup d'encre compte tenu des termes de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail prévoyant que l'incapacité de travail est une cause de suspension des relations de travail, sans que le texte ne distingue entre incapacité temporaire et incapacité définitive. La doctrine et la jurisprudence hostiles à la position de la Cour suprême ont fait observer que si la disposition légale n'empêchait pas l'employeur de notifier un licenciement au travailleur, l'application de la théorie de la force majeure en pareille hypothèse était contraire tant aux termes de la loi qu'à la tradition jurisprudentielle (129).

Malgré cet important courant d'opposition, rien n'y fit et l'on a pu observer en cette matière un modèle d'interprétation civiliste des normes de droit social dont les effets pervers sont similaires à ceux dénoncés il y a un siècle, à l'aube de la législation sociale.

C'est une fois encore au détour des difficultés d'application des mécanismes protecteurs adéquats sur base de la seule interprétation des règles de droit commun que l'on apprécie l'intérêt, en matière sociale, de règles législatives claires apportant aux mécanismes traditionnels du droit civil, des limites indiscutables, au titre de la protection de la partie faible au contrat.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

59. - Loin de nous l'idée de contester l'importance et la qualité du travail accompli au cours de ce siècle. La personne qui n'a d'autres ressources que son travail, se trouve en position de faiblesse essentielle dès lors que ses revenus, sa protection sociale, son identité sociale même, dépendent d'une personne tierce qui, selon son gré, pourrait donner ou retirer le bénéfice du contrat de travail. La stabilité individuelle d'emploi promue par un ensemble réglementaire affiné, constitue une valeur essentielle de la collectivité. La préservation de cette valeur justifie amplement le travail législatif accompli.

Et pourtant, le développement considérable du chômage depuis le premier choc pétrolier jusqu'à ce jour prouve que la question de la sécurité individuelle et familiale d'existence des personnes qui n'ont d'autres ressources que leur travail reste un thème d'une brûlante actualité. Il faut constater que face à l'ampleur du chômage structurel qui s'est développé comme un raz de marée depuis la fin des années septante sur l'ensemble des pays du continent européen, l'armada réglementaire mise en place pendant près d'un siècle paraît bien démunie voire quelque peu dérisoire.

L'on doit s'interroger sur les raisons actuelles de cette crise du droit social.

¹²⁹ En doctrine, voy. l'exposé très complet de W. RAUWS in *Modalités de droit civil de rupture des contrats de travail : nullité, résolution, force majeure* (NL), pp. 748-759. - Voy. également P. PALSTERMAN, *Incapacité de travail et force majeure* (de l'intérêt de rester en bonne santé jusqu'à l'âge de la pension), obs. sub. C.T. Anvers, 16 février 1981, *Chron. Dr. Soc.*, 1981, p. 112. - DE RUYSSCHER, *L'incapacité définitive de travailler mène-t-elle à la rupture du contrat de travail ?* (NL), *Orientations*, 1988, n° 6, p. 158. - L. LAMBRECHT et R.C. GOFFIN, *Force majeure, incapacité définitive. Un tournant important dans la jurisprudence*, *Orientations*, 1981, n° 8-9, p. 156. - M. RIGAUX, *Incapacité définitive de travail du travailleur comme mode de rupture du contrat de travail : un risque financier à charge de l'employeur*, *Chron. Dr. Soc.*, 1990, pp. 1-9.

Les équilibres sociaux des Etats-Providence étaient structurés sur trois axes, le contrat, l'assurance et le marché. Si les deux premiers ont fait l'objet de réglementations multiples, le troisième est resté étonnamment sans surveillance, sans régulation. Tant le droit du travail que le droit de la sécurité sociale, sont tout entiers construits sur l'idée optimiste et naïve que le marché du travail est en mesure d'absorber l'ensemble de la demande de travail. Dans cette perspective, le chômage et l'inactivité restent théoriquement marginaux.

Malheureusement, le marché du travail, tel qu'il est conçu et existe actuellement, ne parvient pas à assurer une rencontre adéquate de l'ensemble de l'offre et de la demande de travail. Bien plus, la rareté progressive du travail rémunéré disponible a généré des inégalités importantes au sein même du monde du travail et le droit social n'est pas resté inactif dans ce processus de segmentation des marchés de travail plus ou moins protégés, reflet surprenant des égoïsmes des groupes, classes, métiers ... Comme l'écrivait récemment Albert Jacquard, si l'économisme triomphant a produit l'exploitation au XIXe siècle, c'est peut-être l'exclusion qui caractérise le mieux les aléas du fonctionnement de l'économie de marché au XXe siècle.

En fait, le droit social découvre tout à coup l'ampleur du chemin qui reste à accomplir non seulement pour assurer une protection juridique adéquate de la partie faible dans le cadre du contrat de travail, mais plus largement, une sécurité d'existence notamment par un droit effectif au travail en faveur de tous les membres de la collectivité nationale ou résidente.

Pour ce faire, une réflexion transdisciplinaire sur les modalités d'organisation du marché de l'emploi est nécessaire. Tel est le sens de l'apparition et du développement d'un droit nouveau que l'on peut appeler droit de l'emploi dans le domaine du droit social. Il vise précisément à tenter de juguler les comportements sauvages et les errances des marchés de l'emploi afin de permettre à chacun de pouvoir, un jour ou l'autre, participer à l'échange de consentements nécessaire à la conclusion du contrat. L'on est désormais conscient que cette rencontre entre l'offre et la demande de travail passe par une réflexion judicieuse sur l'état de l'offre et de la demande, le coût du travail, les âges d'entrée et de sortie sur le marché du travail, le partage de ce dernier. C'est à ce prix que le contrat peut exister.

Plus radicalement, une réflexion devra intervenir, dans le domaine du droit social également, en ce qui concerne le travail humain et sa signification. C'est qu'en construisant la sécurité d'existence et l'identité même de chaque personne au travail sur l'emploi à tout prix, l'on finit par oublier ce qu'est l'emploi et ce qu'est le travail. L'emploi n'est jamais qu'une forme d'activité humaine, celle dont on peut se payer le prix, par la rémunération du travail. En développant un droit du contrat de travail ordonné à l'échange d'une rémunération contre un travail et un droit du marché de l'emploi concentré sur la rencontre entre l'offre et la demande d'emploi, l'on finit par oublier le sens du travail humain, le rapport de chaque personne à la nature et au monde.

Au-delà de l'emploi et du chômage, la crise du droit social est peut-être d'abord celle de notre communauté interpellée sur le sens du travail humain, sur sa capacité de produire des richesses et de les répartir justement entre ses membres. Sur ce plan, la faille que la crise traduit est plus profonde qu'elle n'y paraît à première lecture. Elle annonce sans doute la fin de l'éthos du travail telle que la révolution industrielle l'avait voulue pour la main d'œuvre au travail. Un autre paradigme prend forme qui puisera ses axiomes de base peut-être plus

profondément aux sources anthropologiques du travail pour l'aventure humaine réconciliant nature et culture, renouvelant le rapport de l'homme au monde. Et le droit social contribuera peut-être à cette démarche là, en une nouvelle avancée pour l'être humain, sa contingence et sa fragilité ...

INDEX

Abus de droit de licencier : 36
Agents commerciaux : 13
Autonomie des volontés : 7

Conditions résolutoire : 57
Congé pour raisons impérieuses : 54
Consentement : 6
Conventions collectives : 23, 26, 49

Droit pénal social : 27

Egalité : 46
Emplois atypiques : 43, 44, 45, 46, 47
Exceptio non adimpleti contractus : 53

Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés : 51
Force majeure : 58

Impérativité des normes : 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32
Incapacité de travail : 54, 55, 56, 57, 58
Information : 44

Licenciement : 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42
Lois de police : 29, 30, 31
Louage : 4

Maternité : 54

Nullité : 16, 17, 18

Ordre public : 28
Objet : 45

petit chômage : 54
Préavis : 34, 35
Présomptions : 12, 13, 14, 15
Proportionnalité : 46

Qualification : 7, 8, 9

Rémunération : 48, 49, 50, 51

Salaire garanti : 55

Sanctions : 47

Stabilité d'emploi : 37, 38, 39, 40, 41

Subordination : 7, 8, 9

Suspension du contrat de travail : 52, 53, 54, 55