

***Covid et droit social : nouveaux chantiers ouverts par une crise.  
Propos intermédiaires***

Monsieur le Premier Président,  
Monsieur le Procureur général,  
Messieurs les Bâtonniers,  
Mesdames les présidentes et messieurs les présidents de chambre,  
Mesdames les conseillères et messieurs les conseillers,  
Mesdames les conseillères sociales et messieurs les conseillers sociaux,  
Mesdames les avocates générales et messieurs les avocats généraux,  
Cher(e)s collègues,  
Cher(e)s confrères,

J'ai intitulé mon intervention : « *Covid-19 et droit social : nouveaux chantiers ouverts par une crise. Propos intermédiaires* », propos intermédiaires parce que lorsque j'ai accepté votre invitation en juin, je pensais qu'à la rentrée nous en serions à l'heure de l'inventaire et du bilan. Nous devons déchanter. L'un et l'autre sont pour plus tard.

L'une des paroles les plus sages que l'on ait pu entendre à la sortie du confinement, au mois de juin 2020, a sans doute été celle du chanteur français Benjamin BIOLAY. Une journaliste lui demandait si, en tant qu'artiste, il s'était senti abandonné par l'Etat français. Sans hésiter, il a répondu : « *abandonné par l'Etat, non ; par le gouvernement oui* »<sup>1</sup>.

BIOLAY a raison. Que ce soit en France ou en Belgique, les institutions étatiques ont été solides et résilientes. Je cite mes collègues de l'ULB, Daniel DUMONT et Elise DERMINE, pour qui « les circonstances ont mis en lumière, sur le plan administratif, la force de frappe des institutions publiques de sécurité sociale, des organismes assureurs, des organismes de paiement (des allocations de chômage) et des caisses d'assurances sociales pour travailleurs indépendants, bien davantage que l'inertie de bureaucraties qui seraient en bout de course »<sup>2</sup>. Ainsi, « le moment que nous vivons conduit (...) à nous rappeler en actes à quel point l'État social et ses différents piliers — (...) — assurent collectivement notre sécurité d'existence »<sup>3</sup>. Bref, la crise a montré que l'Etat social n'est pas mort !

On sera plus réservé sur la communication du Gouvernement et surtout sur les initiatives législatives qui ont été prises par les différents niveaux de pouvoirs. Dès le début de la crise COVID, on a en effet beaucoup légiféré (plus de 600 textes, semble-t-il) que ce soit dans le cadre ou en-dehors des pouvoirs spéciaux. La qualité des normes, toutefois, n'a pas toujours été au rendez-vous. On n'a pas évité l'improvisation, les lacunes, voire les incohérences, y compris dans le champ du droit social.

---

<sup>1</sup> *C'est à vous*, France 5, 24 juin 2020.

<sup>2</sup> E. DERMINE, D. DUMONT, « Notre droit social à l'heure de la pandémie : présentation du numéro spécial », *Numéro spécial du Journal des Tribunaux du travail. Le droit social face à la crise du Covid-19 : panser le présent et penser l'après*, JTT, 2020, p. 156.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 153.

Même si la thématique des insuffisances (et parfois des errances) législatives va, en quelque sorte, me servir de fil rouge, je vais structurer mon intervention en 3 parties :

- Un constat tout d'abord sur la nouvelle stratification de l'organisation du travail qui s'est mise place depuis le début de la crise ;
- Quelques réflexions ensuite sur la manière dont on a appliqué la législation sur le bien-être au travail ;
- Je terminerai en évoquant les nouveaux contentieux que la crise pourrait alimenter devant les juridictions du travail.

### **I. Crise du COVID-19 et nouvelle stratification de l'organisation du travail**

De manière très empirique, on peut dire qu'à la suite du confinement décrété à la mi-mars, la population active s'est divisée en trois tiers d'importance variable<sup>4</sup> :

- Les personnes occupées dans les secteurs cruciaux ;
- Les personnes en télétravail ;
- Les chômeurs temporaires.

Arrêtons-nous un instant sur chacune de ces catégories, pour tenter d'en faire le portrait en quelques images, tout en sachant qu'à côté de ces catégories (globalement restées proches du marché du travail), les personnes qui étaient déjà précarisées avant la crise mériteraient aussi que j'évoque spécifiquement leur situation<sup>5</sup>. Ces personnes ont, en effet, largement disparu des préoccupations de nos gouvernants, en particulier au début de la crise<sup>6</sup>. On peut suggérer, en effet, que lorsque le sentiment de vulnérabilité s'empare de toute la société, les personnes qui avant la crise se trouvaient déjà en situation particulière de vulnérabilité deviennent plus invisibles encore<sup>7</sup>. C'est donc avec le regret de manquer de temps pour analyser ces invisibilités particulières que je m'en tiendrai à l'évocation des catégories concernées par la nouvelle stratification de l'organisation du travail.

---

<sup>4</sup> Pour des données plus précises, voy. Conseil supérieur de l'emploi, « Etat des lieux du marché du travail en Belgique et dans les régions dans le contexte du Covid-19 ». Selon ce rapport, le télétravail a plutôt concerné des travailleurs qualifiés, occupés dans des secteurs offrant des niveaux de salaires élevés (comme l'informatique, le secteur financier, l'énergie...), tandis que « les jeunes, mais surtout les personnes peu qualifiées ou en bas de l'échelle des salaires étaient surreprésentées » parmi les travailleurs en chômage temporaire. La crise a donc impacté plus sévèrement les bas salaires, ce qui permettrait en partie d'expliquer « l'augmentation des demandes de soutien auprès des CPAS notamment pour des aides alimentaires et des avances financières », relevée par le Conseil supérieur de l'emploi.

<sup>5</sup> Voy. toutefois, A. MECHELYNCK, J.-Fr. NEVEN, « Un renforcement du chômage temporaire pour tous les travailleurs ? Certains travailleurs atypiques privés à la fois de travail et de chômage temporaire », *JTT*, 2020, p. 157-167, ainsi que « Chômage temporaire: mettre fin à la discrimination à l'égard des contrats de courte durée », *La Libre*, 11 juin 2020, <https://www.lalibre.be/economie/decideurs-chroniqueurs/chomage-temporaire-mettre-fin-a-la-discrimination-a-l-egard-des-contrats-de-courte-duree-5ee214a37b50a66a59520cb5>.

<sup>6</sup> C'est ainsi qu'il a fallu plusieurs semaines pour que le Gouvernement fédéral décide de geler la dégressivité des allocations de chômage, voy. arrêté royal du 23 avril 2020 assouplissant temporairement les conditions dans lesquelles les chômeurs, avec ou sans complément d'entreprise, peuvent être occupés dans des secteurs vitaux et gelant temporairement la dégressivité des allocations de chômage complet, *M.B.*, 30 avril 2020.

<sup>7</sup> Voy. L. TRIAILLE, « Handicaps et mesures sanitaires : comment couvrir des besoins invisibles ? », *Carta Academica, Le Soir*, 30 mai 2020, disponible via <http://www.circ.usaintlouis.be/article-de-louis-traille-dans-le-soir-handicaps-et-mesures-sanitaires-comment-couvrir-des-besoins-invisibles/>.

Pour les travailleurs des secteurs cruciaux et vitaux (c'est-à-dire sans exhaustivité, les établissements de soins, les transports publics, les pharmacies, les commerces alimentaires, le secteur de l'énergie, les secteurs horticole et agricole... )<sup>8</sup>, l'image qui vient à l'esprit est celle de la mobilisation, du départ pour le front où on va se trouver en confrontation directe avec l'ennemi. Cette image, comme la rhétorique guerrière qui a parfois été entendue, notamment dans la bouche du Président Macron<sup>9</sup>, est probablement excessive, voire trompeuse. Nous ne sommes pas en guerre. Nous n'avons pas subi et nous ne subissons pas les rationnements et les atteintes aux libertés que l'on subit dans un pays en guerre. Ceci étant, l'image de la mobilisation a servi de justification à une importante dérégulation du droit du travail dans les secteurs critiques, qu'il fallait à tout prix rendre attractifs et préserver de la pénurie de main d'œuvre (provoquée, notamment, par la fermeture des frontières ne permettant pas aux saisonniers venus d'Europe de l'Est de participer à la cueillette des fruits et légumes).

Les assouplissements temporaires du droit du travail prévus, pour ces secteurs, par l'arrêté de pouvoirs spéciaux n°14 du 27 avril 2020 ont, en effet, été inédits<sup>10</sup>. Le catalogue est impressionnant : succession sans limite de contrats à durée déterminée (de minimum 7 jours)<sup>11</sup> ; mise à disposition de travailleurs permanents sans aucune autorisation préalable<sup>12</sup> ; majoration du quota d'heures supplémentaires sans repos compensatoire, ni sursalaire<sup>13</sup>, mais avec dispense de cotisations sociales et d'impôts sur le revenu<sup>14</sup> ; facilitation de la mise au travail des demandeurs d'asile<sup>15</sup>, des étudiants<sup>16</sup>, des chômeurs temporaires (qui ont pu travailler tout en conservant leurs allocations de chômage à concurrence de 75 %...). J'ajouterai que dans l'esprit de mobilisation (et de sacrifice) du moment, les mesures de distanciation sociale n'ont été - et ne sont toujours d'application dans ces secteurs - que « dans la mesure du possible »<sup>17</sup>. Il n'y a pas d'autres mots : la santé de certains travailleurs essentiels a été négligée<sup>18</sup>. J'imagine qu'un jour on fera le bilan de cela et on se posera la question de savoir si la poursuite de l'activité dans les secteurs critiques justifiait bien une telle mobilisation. A moins, c'est une autre hypothèse, que la crise ait servi de laboratoire, de test

<sup>8</sup> La liste des secteurs cruciaux et des services essentiels figure en annexe à l'arrêté ministériel du Ministre de l'Intérieur du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, *M.B.*, 23 mars 2020. Cet arrêté, modifié à différentes reprises, a été remplacé par un arrêté ministériel du 30 juin 2020 ayant le même intitulé.

<sup>9</sup> Discours télévisé du 16 mars 2020.

<sup>10</sup> Arrêté de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1, 5°, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) visant à garantir la bonne organisation du travail dans les secteurs critiques, *M.B.*, 28 avril 2020 (2ème édition).

<sup>11</sup> Arrêté de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020, art. 4.

<sup>12</sup> Arrêté de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020, art. 5.

<sup>13</sup> Arrêté de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020, art. 2.

<sup>14</sup> Loi du 29 mai 2020 portant des dispositions diverses fiscales urgentes suite à la pandémie COVID-19, *M.B.*, 11 juin 2020, art. 16, § 1<sup>er</sup> ; arrêté royal du 5 juin 2020 portant modification de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, *M.B.*, 24 juin 2020.

<sup>15</sup> Arrêté de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020, art. 3.

<sup>16</sup> Arrêté de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020, art. 6.

<sup>17</sup> Voy. les versions successives de l'article 3 de l'arrêté ministériel portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19.

<sup>18</sup> Pour se faire une idée de la question, voy. FEDRIS, « Covid-19 – statistiques concernant les déclarations et les demandes de reconnaissance en maladies professionnelles - état des lieux au 14 juillet 2020 » ; voy. spéc. en page 5, les déclarations de maladies professionnelles effectuées par les médecins du travail pour des travailleurs du secteur des soins de santé ; 84 % des déclarations concernent des femmes.

grandeur nature, afin de démontrer la *faisabilité* et la *maniabilité* d'une forme radicale de dérégulation du droit du travail que certains verraient bien s'instaurer après la crise.

L'image qui colle au télétravail pourrait être celle d'une certaine sérénité, sérénité des utilisateurs du télétravail qui, à suivre les enquêtes d'opinion, l'ont largement plébiscité<sup>19</sup>.

On parle de plus de 80 % de travailleurs satisfaits et/ou désireux de poursuivre l'expérience. En forçant à peine, le télétravail incarnerait l'harmonie parfaite entre vie privée et vie professionnelle, avec de surcroît un évident bénéfice écologique généré par une diminution des déplacements domicile/lieu de travail. Un nouveau pacte social serait en train de s'écrire autour du télétravail. Dégagés du contrôle patronal direct, les télétravailleurs bénéficieraient de l'autonomie qui va de pair avec une plus grande responsabilité.

Mais n'allons pas trop vite. La sociologue du travail Danièle LINHART nous met en garde<sup>20</sup> : en matière de télétravail, il est difficile de tirer des enseignements de la période exceptionnelle que nous venons de vivre. Le télétravail n'avait pas son vrai visage. Parce qu'il offrait la protection la plus efficace contre les dangers de contamination en évitant l'angoisse des contacts sociaux, il ne pouvait que plaire et rassurer. Qu'en sera-t-il lorsque la situation sera redevenue complètement normale ?

Si on réfléchit lucidement à l'après-crise, on peut douter que le télétravail fasse réellement « projet de société ». Il renforce les inégalités : toutes les fonctions ne se prêtent pas au télétravail ; tous les travailleurs ne disposent pas chez eux d'un lieu isolé et correctement équipé pour travailler. Le télétravail est porteur de nouveaux risques psychosociaux liés à l'isolement des télétravailleurs, à l'intériorisation d'une pression hiérarchique moins visible, aux dangers de l'hyper-connectivité, à la perte de repères pour la gestion du temps. Il pourrait même être porteur de régression sociale, pour les femmes, en particulier, comme l'écrit Véronique BEDAGUE-HAMILIUS<sup>21</sup>, pour qui : « le télétravail c'est aussi le grand retour de la femme au foyer, qui n'aura plus besoin de sortir de chez elle pour s'occuper de la maison, de ses enfants et de son boulot. Tout sauf un progrès. L'émancipation des femmes s'est bâtie dans les années 1960 et 1970 par le travail « hors domicile » et l'accès pour des millions d'entre elles à la vie au bureau. Les études sur le confinement montrent que les arbitrages se sont faits au détriment des femmes : ce sont elles qui majoritairement se sont arrêtées de travailler pour s'occuper des enfants ». Enfin, le télétravail ne va-t-il pas accroître notre vulnérabilité face à la mondialisation : en élargissant les activités *télé-travaillables* ne va-t-on pas apporter la preuve que de nouvelles activités pourraient en réalité être réalisées *offshore* ? Bref, attention danger.

<sup>19</sup> Voy. en France, l'enquête relayée par BFM-TV, 25 juin 2020, [https://www.bfmtv.com/economie/teletravail-84-des-salaries-le-pratiquant-veulent-continuer-apres-le-confinement\\_AN-202006250088.html#:~:text=T%C3%A9l%C3%A9travail%3A%2084%25%20des%20salari%C3%A9s%20le%20pratiquant%20](https://www.bfmtv.com/economie/teletravail-84-des-salaries-le-pratiquant-veulent-continuer-apres-le-confinement_AN-202006250088.html#:~:text=T%C3%A9l%C3%A9travail%3A%2084%25%20des%20salari%C3%A9s%20le%20pratiquant%20).

<sup>20</sup> France Culture, « Le télétravail pour le meilleur ou pour le pire ? », *Le temps du débat*, 21 août 2020.

<sup>21</sup> V. BEDAGUE-HAMILIUS, « Opinion. Le tout télétravail n'est pas un projet de société », *Les Echos*, 7 juillet 2020, accessible via <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-le-tout-teletravail-nest-pas-un-projet-de-societe-1221929>.

C'est donc l'occasion de rappeler qu'en 2002<sup>22</sup>, les partenaires sociaux européens avaient adopté un accord-cadre définissant un certain nombre de principes à propos du télétravail : il doit être volontaire, réversible, ne doit concerner qu'un nombre limité de jours par semaine, ses modalités pratiques doivent être négociées en détail, de préférence collectivement.... Cet accord-cadre, dont s'inspire la CCT n° 85, doit sans doute être mis à jour pour tenir compte des changements technologiques (qui rendent possibles de nouvelles formes de contrôle des télétravailleurs) et de l'évolution des risques psycho-sociaux, observés depuis 2002. Il n'en reste pas moins que ce nouvel accord pourrait servir à tempérer et à canaliser l'engouement un peu débridé qu'on sent poindre actuellement à propos du télétravail.

La troisième strate dans la nouvelle organisation du travail est celle du chômage temporaire et du droit passerelle des indépendants<sup>23</sup>. L'image à retenir ici est sans doute celle de la générosité ! On n'a pas trop regardé aux conditions d'octroi. Ici, y compris pour le droit passerelle, on a joué « porte ouverte ». On n'a probablement pas évité certains effets d'aubaine, pour ne pas dire quelques abus. On a en tout cas assisté à un certain dévoiement des principes.

Au prix d'un assouplissement considérable de la notion de force majeure, on a érigé en « chômage force majeure » ce qui n'était bien souvent que du chômage économique. Les statistiques de l'ONEm tendent en effet à montrer qu'un nombre important d'entreprises n'ont pas été entièrement à l'arrêt et que le travail s'y est poursuivi, de manière partielle ou réduite. Le nombre de chômeurs temporaires a été considérable et a, pendant les premières semaines du confinement, dépassé largement le million de bénéficiaires. Mais peu l'ont été de manière prolongée et permanente. C'est ainsi qu'en avril, la durée moyenne du chômage temporaire était de 14 jours (un peu plus de 1 jour sur 2) et que seuls 20 % des chômeurs temporaires ont été au chômage pendant tout le mois<sup>24</sup>. Il semble donc qu'en pratique, beaucoup d'entreprises étaient confrontées à une baisse conjoncturelle d'activités, et donc à une situation de chômage économique<sup>25</sup>, plus qu'à une réelle force majeure.

Le fait que les pouvoirs publics aient délibérément favorisé la figure assez mal définie du chômage force majeure, j'y reviendrai, s'explique sans doute par le fait que le chômage économique est administrativement plus lourd, contrôlé de manière plus stricte et surtout est plus exigeant en termes de concertation sociale. Dans l'urgence, le choix a été fait de

---

<sup>22</sup> Accord-cadre européen sur le télétravail du 16 juillet 2002. L'accord est consultable dans la base de données du dialogue social européen, gérée par la DG Emploi, affaires sociales et inclusion de la Commission : <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=fr>.

<sup>23</sup> Voy. D. DUMONT, « Quelle couverture sociale pour les indépendants au « chômage » ? - Tirer les leçons de l'échec du droit passerelle », *JTT*, 2020, p. 168-179 ; A. MECHELYNCK, J.-Fr. NEVEN, *op. cit.*, *JTT*, 2020, p. 157-167.

<sup>24</sup> Communiqué de la Ministre de l'Emploi, <https://www.onem.be/fr/chomage-temporaire-en-chiffres-communique-de-presse-de-la-ministre-de-lemploi> ; en mai 2020, on a recensé 834.000 chômeurs temporaires avec une durée moyenne d'indemnisation de 10 jours.

<sup>25</sup> Chômage économique que les partenaires sociaux avaient, au tout début de la crise, pris soin de rendre accessible à tous les secteurs d'activités, avec l'adoption de la CCT n° 147 du 18 mars établissant un régime de suspension totale de l'exécution du contrat de travail et/ou un régime de travail à temps réduit en cas de manque de travail résultant de causes économiques pour les employés en raison de la crise du coronavirus

favoriser l'option la moins exigeante en termes de concertation sociale<sup>26</sup>. Là aussi, formulons le vœu que ce n'était pas un test grandeur nature pour préparer l'après-crise.

## II. L'émergence d'une version *édulcorée* du droit du bien-être au travail ?

En Belgique, le nombre de contaminations sur le lieu de travail n'est pas officiellement recensé. Sur la base d'une étude de l'Université d'Anvers, il a été suggéré qu'une personne sur 2 avait été contaminée au travail<sup>27</sup>. Mais l'échantillon ayant servi à cette étude ne concernait qu'un nombre restreint de contaminations. En France, des chiffres ont été émis sur base d'échantillons plus larges : on estime ainsi que 24 % des clusters (des « foyers de contamination ») sont des lieux de travail. Difficile donc de se faire une idée précise, même si la réalité d'une exposition au risque liée à l'activité professionnelle paraît évidente<sup>28</sup>. Lorsque la majeure partie de la population est confinée chez elle pour des raisons sanitaires, aller au travail, où sont présents des collègues, des clients, des fournisseurs, des sous-traitants..., constitue un risque manifeste de contracter le virus.

L'absence de données fiables sur les contaminations d'origine professionnelle a toutefois un double impact :

- elle pose la question de savoir si le peu qui a été récemment fait afin de faciliter la reconnaissance de l'infection au COVID-19 comme maladie professionnelle est suffisant<sup>29</sup> ;
- plus fondamentalement, elle pose la question de savoir si les exigences du droit du bien-être au travail ont été suffisamment prises en compte et si ce droit n'aurait pas dû être utilisé de manière plus effective.

A mon sens, ces deux questions mériteraient une recherche approfondie et devraient être évoquées par la Commission parlementaire qui actuellement se penche sur la gestion de la crise COVID. Ces questions sont essentielles pour mieux savoir comment une pandémie doit être gérée sur les lieux de travail. Dans la mesure où je manque de temps pour les aborder toutes les deux, je vais me cantonner à quelques observations sur la seconde question et ainsi voir avec vous si on a fait bon usage du droit du bien-être au travail depuis le début de la crise.

---

<sup>26</sup> Une interrogation comparable peut être faite à propos du télétravail. Dans la mesure où il a, dans un premier temps, été rendu obligatoire par le Ministre de l'Intérieur, il n'est pas certain que toutes les entreprises concernées ont procédé à la concertation requise par l'article 4, alinéa 3, de la CCT n° 9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclus au sein du Conseil national du travail (rendue obligatoire par un arrêté royal du 12 septembre 1972), qui précise que « le conseil d'entreprise sera également informé et consulté préalablement par le chef d'entreprise sur les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail (...) ». Il est évident que si au lieu d'imposer le télétravail sans en avoir vraiment le pouvoir, le ministre de l'Intérieur avait laissé aux entreprises le soin de choisir les mesures d'organisation du travail les plus adaptées, la concertation aurait dû avoir lieu avant l'instauration du télétravail.

<sup>27</sup> [https://www.rtb.be/info/societe/detail\\_plus-de-la-moitie-des-belges-ayant-contracte-le-covid-19-ont-vraisemblablement-ete-contaminees-au-travail?id=10504965](https://www.rtb.be/info/societe/detail_plus-de-la-moitie-des-belges-ayant-contracte-le-covid-19-ont-vraisemblablement-ete-contaminees-au-travail?id=10504965).

<sup>28</sup> Voy. ci-dessus note 18 et statistiques FEDRIS sur les maladies professionnelles liées au COVID-19 déclarées dans le secteur des soins de santé.

<sup>29</sup> Arrêté royal n° 39 du 26 juin 2020 modifiant l'arrêté royal du 28 mars 1969 dressant la liste des maladies professionnelles donnant lieu à réparation et fixant les critères auxquels doit répondre l'exposition au risque professionnel pour certaines d'entre elles en raison de COVID-19, *M.B.*, 8 juillet 2020.

Je vais tenter de répondre à cette question en trois temps :

- en resituant la question de l'impact du COVID-19 sur la santé des travailleurs dans son cadre juridique de base ;
- en rappelant quelques principes généraux du droit du bien-être au travail ;
- en portant une appréciation sur ce qui a été fait depuis le début de la crise, dans une large mesure, à l'initiative du Ministre de l'Intérieur....

### ***Le cadre juridique***

En droit social, le virus n'est pas un objet non identifié.

Le Code du bien-être au travail (ci-après le Code) consacre son livre VII à la question des "agents biologiques", c'est-à-dire les micro-organismes qui sont susceptibles de provoquer une infection, une allergie ou une intoxication. En fonction du risque de maladie infectieuse qu'ils présentent, les agents biologiques sont classés en quatre groupes. Le COVID-19 est incontestablement un agent biologique qui, tant qu'on ne disposera pas d'un vaccin efficace, représentera un danger sérieux pour les travailleurs, notamment les plus âgés et ceux qui ont une santé fragile. En présence d'« agents biologiques », le livre VII prévoit une série d'obligations renforcées, dont l'adaptation des processus de travail à la lumière du résultat des analyses de risques et le renouvellement de ces analyses, notamment, s'il s'avère qu'un travailleur a contracté une maladie liée au virus.

### ***Rappel de quelques principes de base du droit du bien-être au travail***

Pour comprendre ce que le Code impose, il ne paraît pas inutile de rappeler quelques notions de base de la loi du 4 août 1996.

Cette loi impose à l'employeur de développer une politique de prévention en adoptant des mesures concrètes sur base d'une série de principes et de priorités fixés par la loi<sup>30</sup>. Il est ainsi prévu, parmi d'autres principes, que l'objectif prioritaire doit être d'éviter les risques et qu'il faut combattre les risques à la source, évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités, prendre des mesures de protection collective (organisationnelles, par exemple) par priorité sur les mesures de protection individuelle, planifier la prévention (et ainsi disposer d'un plan de prévention à 5 ans qui doit être actualisé au moins une fois par an), informer les travailleurs chaque fois que cela s'avère nécessaire à leur protection, donner des instructions appropriées aux travailleurs...

La loi n'impose pas de mesures déterminées et ne contient pas un catalogue de mesures à respecter. Elle impose une méthode de gestion des risques. Elle prévoit une méthodologie qui doit être suivie en continu de façon à déboucher sur des mesures concrètes adaptées à la situation particulière de l'entreprise. Le but est de faire du *sur mesure*. Au cœur de cette démarche, on trouve l'obligation de mettre en œuvre un « système dynamique de gestion des risques » qui implique de mener des « analyses de risques », de les actualiser si nécessaire et de planifier la prévention, le tout avec l'aide du service de prévention et en consultant le

---

<sup>30</sup> Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, art.5, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2.

Comité pour la prévention et la protection au travail (CPPT), qui doit être invité à remettre des avis préalables sur une série de mesures<sup>31</sup>.

Ce droit d'apparence assez conceptuelle et principielle, n'est pas un droit *mou* ou *flou* : la loi est assortie, dans le Code pénal social, de sanctions de niveau 3, portées au niveau 4, si la méconnaissance des obligations légales est à l'origine d'une difficulté de santé dans le chef d'un ou plusieurs travailleurs<sup>32</sup>. C'est dire que notamment, en cas d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur, l'employeur doit pouvoir expliquer la manière dont il a conçu sa politique de prévention, a évalué les risques, a respecté les ordres de priorité fixés par la loi, etc.

Ceci étant le droit du bien-être souffre d'un manque cruel de visibilité et d'effectivité. Un indice de cette carence est sa très faible judiciarisation. Peu de poursuites pénales et, en-dehors de la question des risques psychosociaux (harcèlement), les questions de bien-être ne sont quasiment jamais portées devant les juridictions du travail.

De ce point de vue, la situation n'est pas la même en Belgique qu'en France, où il y a un contentieux du bien-être au travail. Il n'est pas rare que les travailleurs ou les organisations syndicales saisissent les tribunaux lorsqu'ils constatent que l'analyse de risques n'a pas été faite ou a été bâclée ou encore lorsque les mesures de prévention sont insuffisantes. A l'occasion de la pandémie, la Cour d'appel de Versailles a ainsi ordonné à la société Amazon France de « procéder, en y associant les représentants du personnel, à l'évaluation des risques professionnels inhérents à l'épidémie de Covid-19 sur l'ensemble de ses entrepôts ainsi qu'à la mise en oeuvre des mesures [qui] en découlent »<sup>33</sup>. Dans l'attente, Amazon a été contrainte de réduire ses activités, sous peine d'astreintes conséquentes. La judiciarisation n'est pas une fin en soi, mais elle contribue à l'appropriation du droit par les praticiens, elle permet un affinement des concepts et renforce l'effectivité du droit<sup>34</sup>.

### ***La mise en œuvre du droit du bien-être au travail depuis le début de la crise***

Mais revenons en Belgique et à la manière dont le droit du bien-être a été appliqué depuis le début de la crise. On peut suggérer que le déficit de notoriété de ce droit explique sans doute que lorsque le COVID-19 nous a saisis, les autorités belges, relayant une crainte des employeurs, ont eu le sentiment que les entreprises essentielles qui devaient continuer à travailler et, par la suite, celles qui reprendraient leurs activités ne seraient pas en mesure de faire fonctionner la « machine du droit du bien-être au travail » dans toute sa complétude et qu'il fallait leur apporter une aide.

---

<sup>31</sup> I. FISHER, « Forces et faiblesses du système dynamique de gestion des risques en matière de bien-être au travail : à la rencontre d'un instrument original et méconnu », in *Actualités en matière de bien-être au travail*, D. DUMONT, P.-P. van GEHUCHTEN (coord.), Bruylant, UB<sup>3</sup>, 2015, p. 81-122.

<sup>32</sup> Code pénal social, art. 127.

<sup>33</sup> Cour d'Appel de Versailles, 14e chambre, 24 avril 2020, RG n°20/01993, *Amazon France Logistique SA contre Union Syndicale Solidaires et contre Fédération nationale des transports et de la logistique Force Ouvrière et autres*.

<sup>34</sup> E. DERMINE, S. REMOUCHAMPS, L. VOGEL, « Le droit de retrait face à un danger grave et immédiat pour la santé : esquisse d'un régime juridique », *JTT*, 2020, p. 211-212.



Voilà pourquoi, une sorte d'outil juridique parallèle a été mis en place et que le « Guide générique en vue de lutter contre la propagation du COVID-19 au travail » a été rédigé.

Ce guide générique est le fruit de la collaboration entre le SPF Emploi, le Conseil supérieur pour la prévention et la protection au travail dans lequel se retrouvent les partenaires sociaux et l'*Economic Risk Management Group* (groupe d'experts créé en mars 2020 pour « mesurer l'incidence de la pandémie sur les entreprises, les secteurs et les marchés financiers »)<sup>35</sup>.

Ce guide contient une série de recommandations et des conseils pratiques concernant les gestes barrières et la distanciation sociale... On est, au départ du moins, clairement dans le *soft law*, puisque ni le Conseil supérieur, ni le *Economic Risk Management Group*, ni le SPF n'ont de compétences réglementaires. Ce guide a été décliné au niveau des secteurs par les commissions paritaires (CP), qui ont élaboré une série de recommandations, parfois très simples, parfois plus élaborées. Cependant, les CP n'ont pas fait usage de leur compétence normative ordinaire puisque tout a été fait *via* des déclarations, des recommandations, des mémorandums,... mais pas par conventions collectives de travail.

Ce guide et les déclinaisons sectorielles ont un grand mérite. Ils ont mis le focus, dans un contexte très exceptionnel, sur la nécessité de prendre des mesures organisationnelles de prévention et de protection. Ils ont néanmoins un énorme défaut : ils ne font pas le lien avec la loi et le système de gestion des risques qui fonctionnait, ou était censé fonctionner, dans les entreprises avant la crise et qui aurait dû continuer à fonctionner pendant celle-ci.

Concrètement,

- le Guide générique passe largement sous silence les analyses de risques à effectuer en vertu de la loi ;
- il ne fait pas le lien avec les dispositions spécifiques du Livre VII du Code du bien-être sur les agents biologiques, ni avec la nécessité d'adapter la surveillance médicale des travailleurs ;
- il n'évoque pas la nécessité d'inscrire les mesures COVID dans le cadre des plans de prévention existants, de manière à prendre en compte la spécificité de chaque entreprise ;
- il n'évoque pas les avis à recueillir auprès du CPPT ;
- il n'insiste guère sur la circonstance que dans un contexte très anxiogène, la concertation sociale est la meilleure manière de rassurer les travailleurs ;
- enfin, ce guide n'a pas été adapté à l'évolution de la situation (la version disponible aujourd'hui sur le site du SPF date du 4 mai et évoque toujours avec un certain scepticisme l'utilité de porter un masque, ce qui ne correspond pas aux recommandations actuelles).

Bref, le Guide générique se présente comme une espèce de « tool box » (boîte à outils) qui donne des conseils pratiques, en insistant sur les gestes barrières et la distanciation sociale et

---

<sup>35</sup> D'après la mention figurant dans le Guide générique, sa version finale a été rédigée par une fonctionnaire du SPF Emploi, une fonctionnaire détachée au Cabinet de la Ministre de l'Emploi et un juriste de la FEB.

surtout donne l'impression inexacte que les mécanismes ordinaires et les obligations découlant de la loi de 1996 et du Code du bien-être sont entre parenthèses.

Cette impression a été renforcée avec l'inscription d'une référence au Guide générique dans l'arrêté ministériel du Ministre de l'Intérieur portant des « mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 ». Cet arrêté, dont l'existence a déjà été signalée, est, depuis le début de la crise, l'instrument dans lequel sont inscrites, en termes juridiques, les principales décisions du Conseil national de sécurité. Il est donc régulièrement modifié.

Dans la version de cet arrêté ministériel entrée en vigueur le 4 mai 2020<sup>36</sup>, il a été précisé en substance que :

- les entreprises qui ne peuvent pas organiser le télétravail doivent adopter des mesures de prévention appropriées, en vue de garantir la distanciation sociale ou, si cela n'est pas possible, afin d'offrir un niveau de protection au moins équivalent ;
- les mesures de prévention à envisager sont les mesures « définies dans le guide générique (...), mis à disposition sur le site web du SPF Emploi » complétées par les directives sectorielles ;
- les entreprises peuvent toutefois adopter « d'autres mesures appropriées qui offrent un niveau de protection au moins équivalent ».

Cet arrêté ministériel fait depuis lors, en quelque sorte, office de « nouveau Code du bien-être version COVID-19 », une version assez édulcorée qui se résume comme suit : si vous ne pouvez pas appliquer le télétravail et la distanciation sociale, vous appliquez le Guide générique, les recommandations sectorielles ou vous imaginez des mesures donnant une protection équivalente.

Il est clair que les règles de distanciation sociale ou offrant une protection équivalente sont importantes, mais la manière dont elles ont été rendues obligatoires dans les relations de travail interpelle :

- il est étrange de passer par un arrêté ministériel alors qu'un ministre fédéral n'a constitutionnellement pas un véritable pouvoir réglementaire même, semble-t-il, lorsque la loi le prévoit<sup>37</sup> ; un arrêté ministériel ne sert, en principe, qu'à régler les détails nécessaires à la mise en œuvre d'une réglementation ;
- pourquoi le ministre de l'Intérieur a-t-il été le seul à la manœuvre alors qu'il n'est, en principe, pas compétent pour le bien-être au travail ?
- le Guide générique est devenu une norme contraignante, mais néanmoins supplétive, puisque que l'employeur a la possibilité d'adopter « d'autres mesures appropriées qui offrent un niveau de protection au moins équivalent » ;
- le Guide générique est devenu une norme sans avoir été publié au Moniteur belge : on a apparemment considéré que son accessibilité sur le site du SPF Emploi pouvait suffire !

---

<sup>36</sup> Voy. arrêté ministériel du 30 avril 2020 modifiant l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, *M.B.*, 2<sup>ème</sup> éd.

<sup>37</sup> Voy. M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, 3<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2005, p. 532.

- pour faire bonne figure l'arrêté ministériel ajoute, sans autre précision, qu'il faut respecter les règles de la concertation sociale et *se concerter* avec le conseiller en prévention ; on peut peut-être rappeler que le conseiller en prévention n'est pas là pour se concerter avec l'employeur mais pour l'assister ;
- ce nouveau « mini-code du bien-être au travail » ne remplace évidemment pas la législation existante, mais on a l'air d'avoir fait *comme si* c'était le cas...

On a tellement voulu faire *comme si* qu'on a modifié le Code pénal social (CPS) pour prévoir une sanction spécifique<sup>38</sup>.

Selon le nouvel article 238 du CPS, « est puni d'une sanction de niveau 2, l'employeur, son préposé ou mandataire, ou quiconque qui, dans les entreprises, n'a pas respecté les obligations prévues à l'article 15 de l'arrêté de pouvoirs spéciaux n° 37 » c'est-à-dire « les obligations imposées dans le cadre des mesures d'urgence prises par le Ministre de l'Intérieur (...) comme mesures de prévention pour assurer la protection de la santé et la sécurité des travailleurs ».

Avec cette disposition, on ne sort pas des incertitudes, loin s'en faut.

L'objet de la disposition est particulièrement ambigu. On ne sait pas exactement ce qui est sanctionné :

- vise-t-on uniquement à sanctionner la personne (un travailleur par exemple) qui ne respecte pas les mesures de distanciation sociale ou les mesures alternatives édictées par l'employeur ? Dans ce cas, on ne comprend pas pourquoi le texte vise spécifiquement « l'employeur, son préposé ou mandataire... » et pas seulement la personne qui ne respecte pas les mesures de prévention.
- vise-t-on aussi, ce qui paraîtrait logique, à sanctionner l'employeur qui a négligé de prendre des mesures de prévention ? Dans ce cas, cette sanction, plus douce, ferait double emploi avec les sanctions prévues par le CPS en cas de violation de la loi du 4 août 1996 : l'impact de la modification du CPS ne serait-il dès lors pas d'affaiblir les sanctions dont les employeurs seraient passibles puisqu'ils ne seraient plus passibles d'une sanction de niveau 3 ou 4 mais de la nouvelle sanction, plus douce, de niveau 2 ?

Je ne vous étonnerai sans doute pas en vous disant que le Conseil d'Etat s'est montré critique et a émis de sérieux doutes sur le respect du principe de légalité<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Arrêté de pouvoirs spéciaux n° 37 du 24 juin 2020 pris en exécution des articles 2 et 5 de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) visant à soutenir les travailleurs, *M.B.*, 3 juillet 2020, art. 14-18.

<sup>39</sup> C.E., section de législation avis n° 67.527/1 du 9 juin 2020 et n° 67.610/1 du 19 juin 2020 sur un projet d'arrêté de pouvoirs spéciaux n°37 pris en exécution des articles 2 et 5 de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) visant à soutenir les travailleurs. Sur le caractère imprécis des obligations, le Rapport au Roi répond : « vu le caractère très évolutif de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020, le choix a été fait de ne pas reprendre *expressis verbis* toutes les obligations de l'arrêté ministériel... ».

Je me tourne donc vers les membres du Ministère public. Je crains que ce ne sera pas facile pour vous de poursuivre dans un tel contexte les entreprises, les membres de la ligne hiérarchique, voire les travailleurs, qui n'ont pas sérieusement joué le jeu de la prévention sur les lieux de travail. Si on avait voulu vous compliquer la vie, on n'aurait pas agi autrement.

Pour conclure sur la manière dont on a mis en œuvre la législation sur le bien-être au travail, je retiendrai trois choses:

- Il me semble assez clair que les autorités n'ont pas fait confiance aux employeurs, aux acteurs de la prévention et aux représentants des travailleurs pour relever les défis selon le cadre légal ordinaire. Ces autorités ont donc, de manière un peu aventureuse, mis en place des « chemins de traverse », des voies parallèles, pour garantir un *minimum* de mesures organisationnelles ; ce faisant, on a pris le risque de tout embrouiller, comme le montre en particulier ce qui a été fait avec la sanction pénale.
- De manière plus générale, on a sans doute raté l'occasion de montrer que même s'il est complexe, le droit du bien-être au travail peut avoir une véritable effectivité et contribuer à éviter que des gens perdent leur vie à la gagner, en particulier en cas de crise !
- Enfin, on reste avec le sentiment d'avoir affaire à un paradoxe : n'est-il pas paradoxal de ne pas faire confiance aux instruments légaux ordinaires dans une situation de crise sanitaire, alors que c'est précisément pour faire face à ce genre de situations que ces instruments sont prévus ? N'a-t-on pas perdu de vue que même si elle poursuit un objectif de prévention, la loi n'est pas faite pour « quand tout va bien », mais précisément « lorsqu'on doit faire face à une crise »... ?

### III. Contentieux à venir pour les juridictions du travail en lien avec le COVID-19 ?

Après ce détour par le droit du bien-être au travail, je souhaiterais évoquer brièvement le fait que la crise COVID 19 va sans doute vous apporter de nouvelles questions contentieuses.

A première vue, j'en voyais au moins deux. La question du droit de retrait qui a, à un moment donné, fait fortement parler de lui et puis la question des pécules de vacances et de la suspension des préavis pendant le chômage force majeure. Peut-être que les nouveaux développements sur les « codes couleurs » et les retours de vacances vont susciter des litiges à propos des certificats de quarantaine et l'accès au chômage temporaire. Difficile de savoir. Quoi qu'il en soit, pour ne pas être trop long, je vais me concentrer sur la question des répercussions du chômage force majeure sur les pécules de vacances et surtout sur les préavis. Je vais évoquer cette question en me demandant :

- D'où vient le problème ?
- Comment le législateur a-t-il estimé devoir le résoudre ?
- Est-ce que le problème est pour autant résolu ?

#### ***D'où vient le problème ?***

Les régimes de chômage temporaire ne sont pas toujours bien connus des praticiens. Pour rappel, il y a chômage temporaire lorsque des allocations de chômage sont dues alors que le chômeur reste lié par un contrat de travail qui est seulement suspendu. Il y a en fait 6 ou 7 hypothèses de chômage temporaire, parmi lesquelles le chômage pour cause de « manque de

travail résultant de causes économiques » (ce qu'on appelle le chômage économique) et le chômage temporaire pour force majeure. On sait que depuis le 18 mars 2020, l'accès au chômage force majeure a été facilité et que jusqu'au 31 août (les choses ont un peu changé depuis début septembre), tous les travailleurs en chômage temporaire étaient, en fait, en chômage force majeure et non en chômage économique.

Le régime juridique de ces deux formes de chômage temporaire n'est pourtant pas identique.

Cela s'explique principalement par le fait que le chômage force majeure était jusqu'il y a peu une construction essentiellement administrative, élaborée par l'ONEm, pour répondre à certaines situations particulières de suspension, notamment, lorsque l'entreprise, elle-même, est confrontée à un cas de force majeure (ainsi, par exemple, si elle doit interrompre temporairement ses activités pour une raison administrative). En principe, l'ONEm apprécie restrictivement ces cas de force majeure, exigeant que l'exécution du contrat de travail soit suspendue par suite d'un événement indépendant de la volonté des parties et dont l'origine est exempte de toute faute de leur part.

Une des caractéristiques du chômage force majeure est son incomplétude : comme le législateur ne l'a jamais organisé, plusieurs questions ne sont pas résolues. La crise COVID a été l'occasion de mettre en lumière deux lacunes qui ont ainsi été plus ou moins corrigées.

La première concerne les pécules de vacances. A la différence de ce qui est prévu pour le chômage économique, la réglementation ne prévoit pas l'assimilation des périodes de chômage force majeure à des périodes de travail pour le calcul des vacances annuelles et le calcul des pécules de vacances. En principe, les périodes de chômage temporaire de 2020 ne devraient pas compter pour le calcul des vacances et des pécules 2021. On a voulu toutefois partiellement éviter cette conséquence. La réglementation a donc été adaptée de sorte que les journées d'interruption de travail résultant du chômage force majeure soient assimilées à des journées de travail effectif, mais on a limité cette assimilation aux périodes de chômage force majeure intervenues entre le 1<sup>er</sup> février 2020 et le 30 juin 2020<sup>40</sup>. La correction est prudente : elle ne concerne que le début de la pandémie, lorsque le chômage temporaire était le plus massif. Le Conseil d'Etat a évoqué le risque de violation du principe d'égalité. Il lui a été répondu qu'il s'agissait de faire face à une situation exceptionnelle<sup>41</sup>. Les juridictions du travail auront peut-être à se pencher l'année prochaine, à la suite du calcul des vacances et des pécules 2021, sur cette justification qui, à première vue, semble un peu légère.

La seconde lacune concerne la suspension des préavis en cours de chômage force majeure. La question est plus délicate. Elle peut être présentée syllogistiquement comme suit :

- bien qu'elle avait d'abord statué en sens contraire, la Cour de cassation considère que toutes les suspensions du contrat de travail n'entraînent pas la suspension du

---

<sup>40</sup> Arrêté royal du 4 juin 2020 visant à assimiler les journées d'interruption de travail résultant du chômage temporaire pour cause de force majeure suite à la pandémie due au virus corona, dans le régime des vacances annuelles des travailleurs salariés, pour la période du 1<sup>er</sup> février 2020 jusqu'au 30 juin 2020 inclus, *M.B.*, 5 juin 2020.

<sup>41</sup> Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 4 juin 2020 : « Cette mesure d'assimilation est compatible avec le principe constitutionnel d'égalité compte tenu de l'ampleur, de la gravité et du caractère exceptionnel de cette pandémie, qui touche de nombreuses entreprises en réduisant fortement leur activité ».

préavis<sup>42</sup> ; pour qu'il y ait suspension du préavis, il faut donc qu'elle résulte d'un texte spécifique ;

- la suspension des préavis en cas de chômage économique est prévue par la loi du 3 juillet 1978; il n'en est pas de même en cas de chômage force majeure ;
- la loi établit donc clairement une différence de traitement entre les deux formes de chômage temporaire.

Cette différence de traitement est-elle pour autant injustifiée ? Pour répondre à cette question, il faut se demander quelle est la raison d'être de la suspension des préavis en cas de suspension du contrat.

Comme souvent, Madame JAMOULLE nous donne une explication claire et nuancée qui tient compte de l'évolution de la loi. Elle relevait dans son ouvrage sur le contrat de travail : « primitivement, l'on considérait que le délai-congé ne peut courir là où une cause de suspension du contrat atteste l'impossibilité de rechercher un nouvel emploi ; mais les ajouts récents (elle s'exprimait en 1986) témoignent d'autres finalités, telles (que) le souci de retarder le moment où le travailleur licencié relèvera de l'indemnisation du chômage »<sup>43</sup> .

La suspension du préavis a donc une double raison d'être :

- l'idée, tout d'abord que pendant la suspension du contrat, le travailleur n'est pas en mesure de rechercher du travail ;
- le souci d'éviter que l'employeur puisse transférer la charge d'une partie du préavis vers la sécurité sociale, l'idée sous-jacente étant que le préavis doit normalement être supporté intégralement par l'employeur soit dans le cadre de l'exécution des prestations, soit *via* le paiement d'une indemnité compensatoire.

Tenant compte de cette double justification, il me semble qu'on n'échappera pas à la conclusion que sur la question de la suspension des préavis, il n'y a aucune raison de traiter différemment le chômage force majeure et le chômage économique. Au regard des motifs pour lesquels le législateur prévoit la suspension du préavis, la différence de traitement ne paraît pas justifiable.

### ***L'intervention du législateur***

Le législateur est intervenu par une loi du 15 juin 2020 qui précise que « en cas de congé donné par l'employeur avant ou pendant la suspension » (pour cause de force majeure temporaire résultant des mesures prises par le gouvernement pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19) « le délai de préavis ne court pas (...) ». La loi valide ainsi l'idée qu'il faut corriger la différence de traitement entre les personnes en préavis qui connaissent du chômage force majeure et celles qui en cours de préavis sont en chômage économique.

La loi, dont le processus d'adoption semble avoir été particulièrement chahuté<sup>44</sup>, étonne à certains égards. Elle étonne, tout d'abord, parce qu'elle « entre en vigueur le jour de sa

<sup>42</sup> Cass. 7 janvier 1985, *JTT*, 1985, p. 219.

<sup>43</sup> M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, T. II, n° 252, p. 288

<sup>44</sup> En ce qui concerne la question de l'entrée en vigueur, il était suggéré, dans la proposition de loi initiale, que la loi produise « effets le 1<sup>er</sup> mars 2020 » (*Doc. parl.*, Ch., 55-1212/001). En première lecture, la Commission des affaires sociales a retenu la formule suivante : « La présente loi entre en vigueur le jour de sa publication au

publication au Moniteur belge » (soit le 22 juin 2020) et n'a donc pas d'effet rétroactif et, ensuite, parce qu'elle précise que si le délai de préavis était déjà entamé avant le 1er mars 2020, il ne donne lieu à aucune suspension (même après l'entrée en vigueur de la loi).

Donc, en pratique, il faut distinguer deux situations.

#### *1° Lorsque le préavis a pris cours avant le 1<sup>er</sup> mars*

Dans ce cas, le chômage force majeure n'entraînera jamais la suspension du préavis. La différence de traitement avec le chômage économique subsistera entièrement.

Il semble que le législateur ait estimé que si le préavis a pris cours avant le 1<sup>er</sup> mars, il a été notifié « *in tempore non suspecto* », à un moment où l'employeur ne pouvait pas savoir qu'il y aurait du chômage temporaire pour force majeure de sorte qu'il ne serait pas justifié de le priver de l'avantage lié à ce type de chômage temporaire, à savoir l'absence de suspension du préavis. Cette motivation est curieuse. Elle sous-entend, *a contrario*, que les préavis notifiés pendant le confinement étaient suspects et visaient à tirer avantage de la lacune figurant dans la loi. Par ailleurs, lorsque le législateur intervient pour corriger une discrimination, il le fait parce qu'il existe une différence de traitement qui n'est pas justifiée au regard de l'objectif de la loi. Si la différence de traitement est injustifiée, il n'y a pas lieu de se demander en plus si les personnes qui ont tiré avantage de cette discrimination l'ont fait de manière volontaire ou involontaire, de manière consciente ou inconsciente, de manière suspecte ou non... C'est une question qui au regard du principe d'égalité n'est pas pertinente.

Quand on lit les discussions en Commission et en séance plénière, on relève une autre préoccupation. Il semble que la date du 1<sup>er</sup> mars ait été choisie pour éviter qu'en cas de préavis venu à échéance entre le 1<sup>er</sup> mars et l'entrée en vigueur de la loi, l'employeur doive rétroactivement payer une indemnité compensatoire pour la partie du préavis qui aurait dû être suspendue et ne l'a pas été. La Commission des affaires sociales avait aperçu ce problème et avait proposé une solution ; le texte adopté par la Commission suggérait, en effet, de limiter l'obligation rétroactive de l'employeur à la différence entre les allocations de chômage temporaire et la rémunération nette<sup>45</sup>. Comme en séance plénière, on en est revenu à un texte sans aucune rétroactivité, cette solution qui aurait pu constituer un compromis acceptable, est également passée à la trappe.

---

Moniteur belge, à l'exception des travailleurs dont le préavis est encore en cours à cette date, pour lesquels elle produit ses effets le 1<sup>er</sup> mars 2020 » (Doc. parl., Ch., 55-1212/003, p. 3). Le débat a été relancé par un amendement soulevant la question des travailleurs dont le contrat aurait pris fin entre le 1<sup>er</sup> mars 2020 et la date d'entrée en vigueur de la loi (Doc. parl., Ch., 55-1212/005). Le texte adopté en seconde lecture (voy. *infra*) a justifié le dépôt de divers amendements en séance plénière. La proposition et les différents amendements ont été soumis au Conseil d'Etat qui a conclu qu'il fallait « renoncer à tout effet rétroactif du régime proposé ».

<sup>45</sup> En seconde lecture, la Commission des affaires sociales avait adopté un texte précisant que « en cas de congé donné par l'employeur avant ou pendant la suspension (...), le délai de préavis ne court pas pendant la suspension », mais que « par dérogation à l'alinéa précédent, le délai de préavis continue à courir s'il était déjà entamé avant le 1er mars 2020. Le cas échéant, l'employeur paie, pour la période durant laquelle le délai de préavis coïncide avec une période de suspension, un complément à l'allocation correspondant à la différence entre l'allocation de chômage temporaire et le salaire net auquel le travailleur aurait eu droit si l'exécution de son contrat de travail n'avait pas été suspendue... » et que « la présente loi entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge, à l'exception des travailleurs dont le préavis était encore en cours le 5 mai 2020, pour lesquels elle produit ses effets le 1<sup>er</sup> mars 2020 » (Doc. parl., Ch., 55-1212/008).

## *2° Deuxième situation : les préavis ayant pris cours le 1<sup>er</sup> mars ou après*

Pour ces préavis, le chômage force majeure entraîne la suspension du préavis mais uniquement à partir de la publication de la loi au Moniteur belge. Donc dans ce cas, le chômage force majeure antérieur au 22 juin ne suspend pas le préavis ; par contre, il y a suspension du préavis pour les périodes de chômage force majeure à partir du 22 juin.

Pourquoi le législateur a-t-il finalement exclu toute rétroactivité ? Tout s'est joué en séance plénière de la Chambre après que le renvoi au Conseil d'Etat a été obtenu par un nombre suffisant de parlementaires. Dans son avis, le Conseil d'Etat a recommandé de ne pas prévoir de rétroactivité<sup>46</sup>.

Il a considéré qu'il n'y avait pas de motif d'intérêt général pouvant justifier une quelconque rétroactivité. De manière assez curieuse, le Conseil d'Etat a indiqué qu'il ne voyait pas en quoi le souci d'éviter que les préavis soient supportés par la sécurité sociale plutôt que par l'employeur constituait un motif d'intérêt général. Avec tout le respect dû au Haut Conseil, j'ai quelques difficultés à envisager qu'une question qui a un impact direct sur le budget de la sécurité sociale puisse ne pas constituer un motif d'intérêt général.

J'ajoute que par le passé, la Cour constitutionnelle a admis que dans certains cas la loi visant à corriger une discrimination puisse avoir un effet rétroactif. Vous vous souviendrez sans doute du célèbre arrêt *Marckx* dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) avait constaté des discriminations dans la législation belge au détriment des enfants naturels<sup>47</sup>. A la suite de cet arrêt, le législateur belge est intervenu pour supprimer ces discriminations. Il lui a toutefois fallu 8 ans pour s'accorder sur une modification législative. La Cour constitutionnelle lui a reproché de ne pas avoir donné un effet rétroactif à la loi corrigeant les discriminations<sup>48</sup>. En pratique, la Cour cherche, en pareilles circonstances, à vérifier concrètement si la rétroactivité porterait réellement atteinte à la sécurité juridique.

Ici, il n'est pas certain que la rétroactivité aurait réellement porté atteinte à la sécurité juridique dans la mesure où lorsqu'il notifie un préavis l'employeur doit, en principe, savoir qu'il devra, sauf motif grave, payer ce préavis sous une forme ou une autre. Or, même en cas de rétroactivité de la loi, les obligations de l'employeur seraient restées dans cette limite.

### ***Est-ce que le problème est pour autant résolu ?***

Ce n'est pas certain. Même si le législateur a refusé de donner un effet rétroactif à la loi du 15 juin 2020, il n'en reste pas moins que pour la période antérieure à son entrée en vigueur, la discrimination subsiste.

---

<sup>46</sup> Proposition de loi visant à suspendre les délais de préavis des congés donnés avant ou durant la période de suspension temporaire de l'exécution du contrat de travail pour cause de force majeure en raison de la crise du COVID-19, avis du Conseil d'Etat, n°67.486/1 et n°67.487/1 du 5 juin 2020, point 7.2.

<sup>47</sup> Cour eur. D.H., 13 juin 1979, *Marckx*, série A, n° 31.

<sup>48</sup> Voy. Cour const., arrêt n° 18/91, 4 juillet 1991, B.12 ; Cour const., arrêt n° 83/93, 1<sup>er</sup> décembre 1993, B.9 ; voy. toutefois Cour const., arrêt n° 86/2016, B.8.2.



Vous serez donc probablement saisis de demandes de travailleurs portant sur le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis pour les périodes de chômage « force majeure » pendant lesquelles il n'y a pas eu de suspension du préavis.

On vous plaidera, sans doute, la persistance d'une discrimination dans la loi du 3 juillet 1978. Vous n'aurez probablement pas d'autre solution que d'interroger la Cour constitutionnelle, à moins qu'il vous soit plaidé, avec plus d'audace, que la décision de l'ONEm ayant considéré la période de chômage temporaire comme une période de chômage force majeure est entachée d'une erreur de droit et qu'en réalité, l'entreprise ayant continué à fonctionner partiellement, elle se trouvait en chômage économique, erronément qualifiée par l'ONEm de chômage force majeure. Cela devrait évidemment être documenté, dans chaque cas, sur la base des données du dossier. S'il rapporte cette preuve, le travailleur pourrait alors vous inviter à incidemment requalifier la décision de l'ONEm et ainsi vous demander de tirer les conséquences de la suspension du préavis prévue par la loi en cas de chômage économique<sup>49</sup>.

Voilà, Mesdames et Messieurs de la Cour, un exemple qui permet de suggérer que vous n'en aurez pas de sitôt fini avec les retombées de la période si particulière que nous vivons depuis près de 6 mois maintenant.

\* \* \*

Je vous remercie de votre attention et vous souhaite une excellente année judiciaire.

Jean-François Neven\*

Avocat,

Maître de conférences à l'ULB,

Juge au tribunal d'appel des Nations Unies.

*\* Je remercie Me Mireille JOURDAN pour sa relecture attentive et ses observations.*

---

<sup>49</sup> L'employeur pourrait-il faire valoir qu'il ne peut s'agir d'une période de chômage économique dans la mesure où les notifications (électroniques) prévues dans ce cas, notamment à l'intention de l'ONEm, n'ont pas été effectuées ? Il faudrait sans doute alors avoir égard au fait que la loi précise qu'en l'absence des notifications électroniques, l'employeur doit payer la rémunération (voy. loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, art. 51, § 7, alinéa 3, et 77/4, § 6, alinéa 3), ce qui, d'un autre côté, pourrait justifier une action de l'ONEm en remboursement des allocations de chômage.