

COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE DU CHARBON ET DE L'ACIER  
HAUTE AUTORITÉ

---

*COLLECTION DU DROIT DU TRAVAIL*

LE CONTRAT DE TRAVAIL  
DANS LE DROIT  
DES PAYS MEMBRES  
DE LA C. E. C. A.

par

G. BOLDT - G. CAMERLYNCK  
P. HORION - A. KAYSER  
M. G. LEVENBACH - L. MENGONI



---

LUXEMBOURG — 1965



**LE CONTRAT DE TRAVAIL  
DANS LE DROIT  
DES PAYS MEMBRES DE LA C.E.C.A.**

COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE DU CHARBON ET DE L'ACIER  
HAUTE AUTORITÉ

---

*COLLECTION DU DROIT DU TRAVAIL*

LE CONTRAT DE TRAVAIL  
DANS LE DROIT  
DES PAYS MEMBRES  
DE LA C. E. C. A.

par

G. BOLDT - G. CAMERLYNCK  
P. HORION - A. KAYSER  
M. G. LEVENBACH - L. MENGONI



---

LUXEMBOURG — 1965





## SOMMAIRE GÉNÉRAL

1. *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. (rapport de synthèse)*  
par le professeur G. H. CAMERLYNCK 9
2. *Le contrat de travail en droit belge,*  
par Paul HORION, professeur à l'université de Liège 155
3. *Le contrat de travail dans le droit de la république fédérale d'Allemagne,*  
par le Prof. Dr. Gerhard BOLDT, président de chambre au tribunal fédéral du travail de Kassel 225
4. *Le contrat de travail en droit français,*  
par Guillaume CAMERLYNCK, professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris 311
5. *Le contrat de travail en droit italien,*  
par Luigi MENGONI, professeur de droit du travail à l'université catholique de Milan 415
6. *Le contrat de travail en droit luxembourgeois,*  
par Armand KAYSER, président de l'Office des Assurances Sociales de Luxembourg 523
7. *Le contrat de travail en droit néerlandais,*  
par Marius G. LEVENBACH, professeur à l'université d'Amsterdam 583





# RAPPORT DE SYNTHÈSE

par

G. H. CAMERLINCK

*Professeur à la faculté de droit de l'université de Paris*



## TABLE DES MATIÈRES

<i>Introduction</i> . . . . .	13
§ 1. <i>Traditions et facteurs historiques</i> . . . . .	13
§ 2. <i>Généralité de l'intervention du législateur</i> . . . . .	16
§ 3. <i>Louage de services ou contrat de travail</i> . . . . .	18
§ 4. <i>Contrat de travail ou relation de travail</i> . . . . .	21
<b>CHAPITRE I — LE MÉCANISME JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL</b> . . . . .	<b>22</b>
Section I - <i>Définition du contrat de travail</i> . . . . .	22
§ 1. <i>Recherche d'un critère</i> . . . . .	24
§ 2. <i>Distinction du contrat de travail des contrats voisins</i> . . . . .	32
§ 3. <i>Unité ou pluralité de contrats de travail</i> . . . . .	41
Section II - <i>Conclusion du contrat de travail</i> . . . . .	46
§ 1. <i>L'embauchage en droit public</i> . . . . .	47
§ 2. <i>Conditions de fond</i> . . . . .	50
§ 3. <i>Conditions de forme et preuve</i> . . . . .	58
§ 4. <i>Modalités</i> . . . . .	61
Section III - <i>Effets du contrat de travail</i> . . . . .	64
§ 1. <i>La prestation de travail</i> . . . . .	65
§ 2. <i>Le paiement de la rémunération</i> . . . . .	67
§ 3. <i>Obligations accessoires</i> . . . . .	70
§ 4. <i>Conséquences de l'inexécution des obligations</i> . . . . .	77
§ 5. <i>Modification des obligations nées du contrat</i> . . . . .	80
Section IV - <i>La cessation du contrat de travail</i> . . . . .	81
§ 1. <i>Différentes causes de cessation</i> . . . . .	82
§ 2. <i>La résiliation du contrat de travail par volonté unilatérale</i> . . . . .	85
§ 3. <i>L'impossibilité d'exécution</i> . . . . .	93
§ 4. <i>Le transfert de l'entreprise</i> . . . . .	101
§ 5. <i>Effets de la cessation du contrat et obligations postérieures</i> . . . . .	103

CHAPITRE II — L'ÉVOLUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL COMME SOURCE DE LA RELATION INDIVIDUELLE 108

Section I - Déclin de l'autonomie de la volonté comme source du rapport individuel de travail . . . . .	109
§ 1. <i>Législation et réglementation du travail</i> . . . . .	110
Annexe - <i>Libre circulation et marché du travail dans l'Europe des Six</i> . . . . .	114
§ 2. <i>Conventions collectives et accords d'entreprise</i> . . . . .	116
Section II - Application du droit du travail indépendamment du contrat de travail . . . . .	120
§ 1. <i>Assimilation au contrat de travail d'autres conventions et de situations non contractuelles</i> . . . . .	120
§ 2. <i>Le critère de l'assujettissement aux lois du travail et aux lois d'assurance sociale</i> . . . . .	134
Section III - L'entreprise comme source du rapport individuel de travail . . . . .	139
§ 1. <i>La doctrine de la relation de travail</i> . . . . .	139
§ 2. <i>Tentatives de mise en oeuvre de la doctrine de la relation de travail</i> . . . . .	143
§ 3. <i>Critiques de la doctrine de la relation de travail</i> . . . . .	147

## INTRODUCTION

### § 1. TRADITIONS ET FACTEURS HISTORIQUES

1. L'histoire comparée du droit des rapports individuels de travail dans les pays de la Communauté européenne, suggère que — depuis deux siècles — l'évolution de ces rapports n'a pas suivi un processus linéaire; tout au contraire, cette évolution témoigne d'incessants conflits de doctrines, de brusques ruptures dans la réglementation juridique, de profondes indécisions relativement à la nature même de l'institution en cause.

En outre, le rôle plus ou moins grand attribué aux traditions romaines ou corporatistes ou aux principes de la révolution de 1789, a déterminé des divergences d'une nation à l'autre dans les principes et dans leur interprétation.

2. Si l'on schématise quelque peu, on caractérisera la période antérieure à la Révolution française, comme ayant été dominée par le heurt de deux courants, *le courant romain et le courant germanique ou féodal*, le second ayant momentanément éclipsé le premier. Dans les coutumes de la féodalité européenne, telles que les résume le rapport allemand, on connaissait le contrat de vassalité, qui unissait dans une relation originale le seigneur au vassal et comportait une obligation de fidélité en échange d'un droit à protection. C'est, dit-on, de ce rapport de vassalité que dérivent les formes médiévales utilisées pour la fourniture d'un travail: rapport de compagnonnage ou rapport de domesticité. Il ne fait pas de doute qu'aujourd'hui encore le rapport de maître à serviteur, dans le cas du travail domestique, demeure imprégné de telles survivances.

D'autre part, l'influence du *régime corporatif* caractérise évidemment cette période: la prestation de travail faisait naître un rapport d'ordre personnel, mais résultait moins d'un contrat que d'une collaboration au sein d'un groupement hiérarchisé. Pour le rapport allemand, l'idée que le contrat de travail en général est dominé par une obligation de fidélité réciproque, s'est perpétué jusqu'à l'heure présente. Il est signalé que le droit général prussien, dans sa codification de 1794, définissait encore le contrat de travail dans des termes très voisins de ceux qui viennent d'être indiqués et indépendamment de toute référence au contrat de louage romain.

3. La tradition romaine est en effet fort différente. Ainsi qu'il est souligné de façon pertinente dans le rapport italien, la *locatio operarum* romaine n'était rien d'autre qu'une extension ou déformation de la location d'un esclave par un maître à un autre, elle-même apparentée à un louage de chose. Le contrat de travail des hommes libres, qui était rare, comportait une sorte d'avilissement de celui qui se mettait au service d'autrui; d'où l'emprunt de la technique juridique du louage jusque-là réservé à l'usage d'une chose ou d'un esclave. Comme le maître louait son esclave, l'homme libre louait ses propres services, contre une rémunération. Le contrat était donc fondé sur un rapport d'échange et l'appellation de louage n'était nullement métaphorique, mais correspondait à la réalité.

4. Un phénomène d'une extrême importance se produisit à l'époque de la Révolution française: le triomphe de l'individualisme libéral, dans l'ordre juridique, politique et économique. Les documents législatifs les plus marquants sont mentionnés et cités dans le rapport français: spécialement le *décret dit d'Allarde*, acte de naissance de la liberté d'entreprise et de la liberté du travail — et la *loi Le Chapelier* qui, les corporations une fois supprimées, interdit la reconstitution des corps intermédiaires et groupements professionnels. Dans la société qui prend forme dans l'Europe entière à partir de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, le travail est fourni en conséquence d'un accord de volontés conclu entre individus isolés, juridiquement libres et égaux, accord dont l'objet est un échange de la force de travail considérée comme un bien, contre un prix fixé selon la loi de l'offre et de la demande. Cette coupure brutale a marqué tous les droits européens, sauf peut-être le droit allemand dont il est souligné qu'il a recueilli l'essentiel de la tradition médiévale.

5. Le code Napoléon, qui s'est appliqué non seulement en France, mais en Belgique, au Luxembourg, en Hollande, en Italie, dans une partie de l'Allemagne — comme ensuite le code civil néerlandais de 1838, le code civil italien de 1865, et même encore le B.G.B. (1896), redécouvrent le louage de services du droit romain, dont la tradition avait été conservée par les juristes. Mais comme l'observe le rapport italien, les rédacteurs de codes font subir au louage de services une radicale «substitution de contenu»: d'un contrat conçu sur le modèle de la location d'esclave, ils font un instrument de libération du travailleur. Le triomphe des idées romaines sur les idées féodales et corporatistes s'explique moins par des raisons d'engouement intellectuel ou de supériorité technique, que par le désir de trouver une alternative au système féodal et corporatiste: le louage de services apparaît comme compatible avec le nouveau dogme de la liberté du travail, comme un moule approprié pour réaliser un échange entre deux personnes libres et égales en droit. L'objection selon laquelle le travail n'est pas une marchandise et fait corps avec la personne qui travaille, a conduit à écarter la vente et a fait préférer le louage, contrat essentiellement temporaire. C'est cette préoccupation aussi qui explique la seule règle de fond inscrite dans les codes, l'interdiction des engagements à vie (art. 1780 code Napoléon) destinée à protéger la liberté individuelle. Sous cet éclairage, le nouveau contrat de louage de services, héritier direct des lois révolutionnaires est un contrat civil ordinaire, justiciable de l'autonomie de la volonté comme toutes les conventions, dominé par les deux principes constitutionnels fondamentaux de la liberté de travail et de l'égalité civile. Le rapport belge insiste avec vigueur sur la persistance jusqu'à l'époque actuelle de cet ensemble de principes: ils constituent encore aujourd'hui la base de tout le système juridique belge. Il semble bien, encore qu'avec des nuances, que la même affirmation soit valable pour les cinq autres pays (avec des réserves pour l'Allemagne).

6. C'est en tout cas ce qui explique la brièveté des textes que le code Napoléon et les codes rédigés sur son modèle (code néerlandais de 1838 — ou italien de 1865) consacrent au louage de services. Rien ne doit venir contraindre la volonté souveraine des parties. Seul — dans tous les pays où il a été en vigueur — l'article 1781 — faisant foi à l'affirmation du maître pour le montant et le paiement du salaire — a été abrogé comme heurtant le principe de l'égalité civile. Quant à l'article 1780, qui vise à l'origine à protéger la liberté individuelle du tra-

vailleux contre une reconstitution conventionnelle du servage, il demeurera une règle fondamentale.

Ce laconisme de la codification du XIX<sup>e</sup> siècle s'explique aussi, comme l'indique à juste titre le rapport belge, par ce motif que les questions intéressant les ouvriers sont abandonnées à des lois de police (loi du 22 germinal an XI, restée en vigueur en Belgique pendant un siècle). On y ajoutera la survivance d'usages corporatifs ou de particularités propres au louage des domestiques.

## § 2. GÉNÉRALITÉ DE L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR (1)

7. Dans les divers pays européens ainsi soumis aux nouvelles doctrines libérales, les faits devaient assez rapidement démontrer le caractère théorique du double principe de la liberté contractuelle et de l'égalité des parties. La discussion n'intervient pas en effet entre deux contractants abstraitement considérés et discutant sur un pied d'égalité, mais entre un travailleur que sa condition économique et sociale inférieure livre à l'exploitation d'un employeur et cet employeur lui-même tenu d'imposer de bas salaires afin d'assurer la survie de son entreprise dans le contexte d'une économie libérale. Les historiens et les sociologues ont décrit la misère de la classe ouvrière au XIX<sup>e</sup> siècle, aggravée par l'avènement de la grande industrie, la concentration dans les villes, et la dépersonnalisation des rapports de travail dans la grande entreprise.

Grâce à une action politique que favorisaient la démocratisation des régimes, l'influence idéologique du christianisme social et du marxisme, le fait syndical et la pression par lui exercée, devait se produire, à un rythme et suivant des modalités variant selon les pays, un phénomène majeur: l'interventionnisme législatif. Par des réformes successives la loi et le règlement se sont attaqués au principe de l'autonomie de la volonté, donnant progressivement naissance à une discipline nouvelle, le droit du travail.

Son premier objectif a consisté à mettre en place une réglementation détaillée des conditions dans lesquelles le travail sera effectué, en réduisant ainsi considérablement, dans cette mesure même, le rôle jusque là dévolu au contrat de travail comme source des rapports individuels.

Distinct de cette réglementation du travail, apparaît le *statut légal donné au contrat lui-même*. Cette seconde réaction contre le

(1) Voir: *Les sources du droit du travail*, C.E.C.A., 2<sup>e</sup> édition. Luxembourg, 1962.



libéralisme intégral, s'exprime notamment en Belgique par la loi sur le contrat d'emploi (loi du 7 août 1922); aux Pays-Bas par la loi du 13 juillet 1907 sur le contrat de travail, insérée dans le code civil révisée par la loi du 17 décembre 1953; au Luxembourg par les lois du 31 octobre 1919 et 7 juin 1937 portant statut légal du louage de services des employés privés; en France par la promulgation en 1910 du code du travail dont le livre 1<sup>er</sup> titre II traite du contrat de travail et fit l'objet de nombreux remaniements législatifs ainsi que d'une interprétation jurisprudentielle très riche. Il s'agit alors d'une législation de droit privé venant limiter la souveraineté des parties.

8. La situation de l'Allemagne et de l'Italie est à cet égard particulière. Ni dans l'un ni dans l'autre de ces pays ne furent élaborés jusqu'à présent de codes du travail (en Allemagne malgré les divers projets qui ont été élaborés et discutés au cours des dernières décennies). Ni l'un ni l'autre ne connaissent de réglementation législative autonome du contrat de travail. En Italie, c'est le code civil de 1942 qui constitue la source législative de la réglementation du contrat. En Allemagne, la situation est plus complexe car, d'une part plusieurs codes distincts s'appliquent concurremment (code civil — code de commerce et surtout code industriel, lois minières), d'autre part la réglementation émanant des Länder interfère avec la réglementation fédérale: il n'existe donc pas de réglementation unifiée ni uniforme du contrat de travail.

9. Quoiqu'il en soit de ces différences, le fait demeure, dans les six pays, de la soumission du louage de services à des normes légales nombreuses sinon complètes.

Quelle qu'ait été la technique utilisée le résultat de cette réglementation fût de libérer en définitive le contrat de travail des normes de pur droit civil qui le régissaient au départ et de lui conférer une originalité plus complète.

Envisagées parfois à l'origine comme *supplétives* de la volonté des parties ou des usages (loi belge de 1900), ces règles ont tendance à devenir *impératives* (loi belge de 1922) ou semi-impératives (concept propre au droit néerlandais signifiant qu'une dérogation n'est admise qu'à certaines conditions et selon certaines formes). Protectrices du salarié, elles ont le plus souvent rompu avec les préjugés d'*égalité* formelle, en renonçant à traiter les deux parties au contrat sur un pied de stricte réciprocité (par exemple en matière de préavis de congédiement).

A vrai dire, l'écllosion concomitante et presque générale de cette réglementation législative du contrat n'a rien en soi de spécifique. Non seulement les codes civils de l'époque classique réglementaient en détail certains contrats (vente), mais il est signalé que dans la plupart des pays, une réglementation législative d'autres contrats (baux à usage d'habitation par exemple) est devenue usuelle.

10. Une autre constante de la période moderne permettant de mesurer l'altération des principes de 1804, consiste dans l'apparition de rapports collectifs du travail. Au déclin du libéralisme, correspond donc un déclin parallèle de l'individualisme. Comme le souligne le rapport français, le « personnel » en tant que collectivité des travailleurs, fait son apparition dans les lois et dans les institutions (délégués du personnel — intéressement du personnel); — le syndicat, comme organe représentatif d'une profession, revendique et négocie aux lieux et places du travailleur isolé. On demeure donc fort éloigné des conceptions révolutionnaires prohibant toute organisation collective. Le contrat individuel a perdu son monopole. Le rapport hollandais fait état de la même façon de ce droit « collectif », distinct du droit étatique.

C'est un phénomène voisin sur lequel le rapport belge met l'accent: l'importance en droit belge du règlement d'atelier à l'échelon collectif de l'entreprise, en tant que document précisant le détail concret des conditions de travail, et vidant le contrat individuel d'une large part de son contenu.

### § 3. LOUAGE DE SERVICES OU CONTRAT DE TRAVAIL

11. Les tentatives initiales de mise en accusation du louage de services datent des premières années du XX<sup>e</sup> siècle. La nature juridique réelle du contrat d'où dérive le rapport de travail, son inclusion dans le louage et, indirectement, sa dénomination, vont se trouver contestés; et une ère d'incertitudes idéologiques va s'ouvrir.

Le rapport juridique entre employeur et travailleur salarié, a-t-on fait tout d'abord observer, est distinct des autres rapports d'échange. Certes le droit civil classique n'avait pas inséré le rapport de travail dans le contrat de vente, précisément parce que la force de travail ne peut être abstraite de la personne du travailleur, mais dans celui de louage, dont le trait caractéristique est d'être temporaire. Il n'en reste pas moins que le louage de services demeure un contrat générateur d'obligations de type traditionnel et repose sur un échange de presta-

tions. C'est contre quoi s'élève la thèse nouvelle: «le travail n'existe pas, il y a des hommes qui travaillent» (rapport italien); par le travail, le salarié n'engage pas son patrimoine, mais sa personne. D'où une première critique adressée à la conception classique: le lien contractuel revêt ici un *caractère personnel*; le contrat doit échapper au droit du patrimoine et relever du seul droit des personnes. On se trouve en présence d'un contrat d'un type radicalement distinct du louage. Le travail n'est pas un bien d'échange, mais l'émanation d'une personnalité. Il suit de là que le contrat mérite d'être qualifié autrement. L'expression «*contrat de travail*» doit se substituer au «*louage de services*», le changement de terminologie ne faisant que refléter une analyse juridique différente au fond.

12. L'introduction du rapport allemand traduit cette même orientation de pensée: l'élément personnel du contrat est à ses yeux prédominant et l'obligation de fidélité réciproque s'explique ainsi.

Le rapport italien s'y attarde plus longuement encore, faisant au demeurant hommage de la paternité de ces réflexions critiques à la doctrine allemande, particulièrement à Lotmar. Il explique par le caractère personnel du lien contractuel, la substitution du terme contrat de travail à celui de louage de services, et justifie cette attitude par des nécessités d'ordre éthique. Pour condamner le louage de services, il ajoute ailleurs que la notion même d'une jouissance temporaire par l'employeur de l'énergie ou de la force du travailleur apparaît illogique, l'énergie ne pouvant pas être restituée, la jouissance (caractéristique du louage) impliquant ici consommation et impossibilité de restitution. En réalité, le louage n'est concevable que si son objet est le corps du travailleur et non son énergie (conception romaine). Or admettre que l'employeur ait ainsi un droit sur la personne du salarié heurte nos conceptions modernes.

En Belgique, une raison particulière oblige à utiliser l'expression traditionnelle de louage de services, raison qui ne touche pas au fond: c'est qu'il existe en droit belge deux contrats que le législateur a réglementé distinctement: le contrat de travail (ouvrier) et le contrat d'emploi (employés). Il est donc indispensable de conserver l'appellation générique de louage de services pour les inclure tous les deux. A vrai dire l'attachement au principe de la liberté du travail qui semble encore prédominer dans le droit belge, s'harmonise fort bien avec cette fidélité au contrat du code civil. En France, et au Luxembourg l'utilisation des deux expressions indifféremment s'explique par un certain flottement dans les conceptions doctrinales.

13. La critique du contrat de louage de services envisagé comme contrat d'échange portant sur des biens — et son remplacement par le contrat de travail, considéré comme créant un lien personnel entre les parties, — ne paraissent donc pas avoir eu d'écho profond en dehors de l'Allemagne et de l'Italie. Même dans ces pays, ils ne vont pas sans se heurter à certaines objections.

Sur le plan de la terminologie d'abord, le rapport italien concède que l'expression contrat de travail n'est pas sans inconvénient: elle indique l'objet du contrat et non sa nature, ce qui constitue un vice grave sous le rapport de l'exactitude du vocabulaire juridique. En Italie même, comme en Belgique ou au Luxembourg, on utilise l'expression «contrat d'emploi» pour les prestations intellectuelles et non manuelles. Surtout l'expression litigieuse apparaît si vague qu'elle semble devoir s'appliquer aux contrats ayant pour objet une activité rémunérée même autonome (*locatio operis* par opposition à *locatio operarum*), la compréhension attribuée au concept étant alors trop large, et comme le dit le rapport italien, l'espèce étant confondue avec le genre.

Imprécise sur le plan de la terminologie, l'expression contrat de travail s'est cependant imposée et il est permis de conclure — comme le souligne le rapport luxembourgeois — que les deux formules sont actuellement à peu près synonymes. Il faut seulement sous-entendre que la prestation — quelle qu'elle soit — est fournie par le travailleur sous la direction et conformément aux directives de l'autre partie.

14. Sur le fond, sur l'irréductibilité du contrat de travail au concept de louage, la critique doctrinale a eu une influence limitée mais certaine. Il est difficile d'apprécier son influence actuelle sur le droit positif allemand; (elle s'est exercée au cours de la période 1933-1945). Elle se traduit, nous le verrons, par des nuances dans l'exposé des effets du contrat *inter partes*. Il est plus aisé de mesurer son influence sur le droit italien et le rapport italien est, sur ce point, très mesuré et du plus grand intérêt: le code civil de 1942 a retranché le contrat de travail de la famille des contrats de louage. Abandonne-t-il pour autant l'identification de ce contrat à un contrat d'échange? Pas entièrement, semble-t-il. Le caractère personnel imprimé au rapport de travail, l'accent mis sur la personne du travailleur, conservent une allure assez théorique et quant au fond, le code s'en tient au contrat de travail conçu comme un contrat d'échange; le travail reste un bien ayant un prix; la séparation complète du droit du travail du droit des choses n'a pas dépassé le domaine des articles d'un programme. Tout

au plus existe-t-il une série de règles limitant les conséquences de la notion d'échange lorsque la dignité, la liberté, la sécurité du travailleur sont en jeu, et qui constitue autant de dérogations au droit des contrats et des obligations (ainsi en matière de salaire, le droit à une rémunération minimum, assimilé au droit d'une personne plutôt qu'au droit d'un créancier). Mais il est permis de se demander si l'on n'est pas simplement en présence d'une application de la notion d'ordre public.

Une dernière remarque est formulée par le rapport italien et mérite d'être retenue: l'évolution technique contemporaine incline de nouveau à dépersonnaliser le rapport de travail. Dans la grande entreprise de production où est le lien personnel entre l'employeur, une société en général, et le salarié?

Finalement, le rapport italien conclut au caractère mixte, à la fois patrimonial et personnel, du lien contractuel.

#### § 4. CONTRAT DE TRAVAIL OU RELATION DE TRAVAIL

15. La transposition sur le plan collectif de rapports demeurés jusque là strictement individuels constitue un phénomène majeur de l'évolution contemporaine du droit du travail.

L'entreprise, unité économique de production suppose certes à l'origine la formation d'un réseau de rapports individuels distincts unissant l'entrepreneur à chaque membre de son personnel. Mais, suivant des techniques et avec une audace variable, diverses législations européennes se sont efforcées, en structurant juridiquement l'entreprise, de la transformer en une communauté professionnelle organisée; le personnel soumis à un statut collectif, bénéficiant d'une représentation élue, participe à la gestion sinon même parfois au profit de l'entreprise, placée sous la direction légitime et quasi fonctionnelle de son chef.

Parallèlement à cette évolution profonde et très loin d'être parvenue à son dernier terme, une doctrine contemporaine, prenant le contrepied de la thèse libérale traditionnelle se demandera même si le contrat de travail ne doit pas être désormais rejeté comme source des rapports individuels, au profit d'une notion nouvelle, la relation de travail entre employeur et salarié dans le cadre de l'entreprise. L'accent sera mis, non plus sur la nature personnelle du rapport de travail mais sur son caractère *associatif*, à la suite du fait de l'introduction du travailleur dans une communauté organisée.

16. L'importance de la conception nouvelle et son rayonnement doctrinal au delà de son pays d'origine — l'Allemagne — nous amènera à en préciser le contenu et les répercussions éventuelles dans le droit positif des divers pays de la Communauté européenne, telles qu'elles sont précisées dans les rapports nationaux respectifs. Qu'il nous soit permis dès maintenant d'affirmer que le contrat de travail — toutefois ramené à sa plus juste place — sortira triomphant de l'épreuve ainsi imposée. Contrat d'échange d'un travail contre une rémunération, il demeure le fondement assez généralement reconnu des rapports individuels de travail. La liberté du travail, malgré la tentative de résurrection du corporatisme, l'a emporté. Certes personne ne s'illusionne plus sur le caractère formel de l'égalité dans l'échange et sur le caractère abstrait de la liberté contractuelle: dans cet échange, les conditions réelles de la concurrence ne sont pas réunies; notamment le taux du salaire risque de ce fait de demeurer parfois inférieur à la valeur de la force de travail (le rapport italien contient à cet égard des formules frappantes et l'idée se retrouve également dans les rapports belge et français). Mais il apparaît que le correctif doit résider dans une réglementation étatique impérative, ainsi que dans le jeu de la négociation collective, — non dans l'abandon du contrat individuel de travail. La convergence finale des six rapports est sur ce point très frappante. Malgré les différences de textes, malgré les préférences doctrinales et les nuances de formulation, la source des rapports individuels de travail reste le contrat, ce qui justifie son étude prioritaire.

## CHAPITRE I

### LE MÉCANISME JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL

#### *Section I*

#### *DÉFINITION DU CONTRAT DE TRAVAIL*

17. Aucun contrat n'échappe à l'exigence d'une définition, et la nécessité de dégager un critère du contrat individuel de travail s'est imposée dans tous les pays de la Communauté. Une exception plus apparente que réelle, semble constituée par l'Italie: les articles 2082 et 2094 du code civil définissent l'entrepreneur et le travailleur subordonné, non le contrat de travail, par application de cette idée que le droit du travail italien serait axé sur la théorie de l'entreprise, et non sur le contrat. Mais comme le rapport italien l'indique, la définition du travail-

leur subordonné (*«celui qui s'oblige, moyennant rémunération, à collaborer dans l'entreprise en fournissant son travail intellectuel ou manuel au service et sous la direction de l'entrepreneur»*, article 2094) est celle d'une personne qui assume une certaine obligation par la conclusion d'un contrat: la définition de l'article 2094 n'est pas autre chose que celle du contrat de travail lui-même.

18. L'utilité de définir par un critère dépourvu d'ambiguïté le contrat de travail, tient à plusieurs motifs: le premier, manifeste pour les six pays, est de permettre de le distinguer des autres contrats; discrimination d'autant plus nécessaire que la fourniture d'un travail ou, plus généralement, d'une activité (service) par une partie à l'autre, se rencontre dans une très grande variété de conventions, appelées dans les six rapports: conventions «voisines».

Deuxième motif, un grand nombre de lois relatives à la réglementation du travail ou du salaire s'appliquent sous la condition que les parties soient des salariés travaillant en application d'un louage de services. Il en va de même pour la compétence des juridictions du travail.

Le rapport français souligne un autre intérêt d'une exacte définition: le danger d'une fraude ou d'une simulation. Soucieux d'éviter l'application d'une règle impérative gênante, l'employeur imposera une étiquette qui ne correspond pas au contenu véritable du contrat. Dans ces différentes hypothèses une exacte qualification juridique doit lui être restituée. Cette préoccupation ressort également du rapport luxembourgeois qui cite divers arrêts ayant conféré au contrat sa véritable qualification. En droit français, le législateur a tout particulièrement insisté sur la prééminence de la qualification réelle par rapport à celle donnée au contrat par les parties dans le statut des voyageurs, représentants et placiers (loi du 7 mars 1957 modif. art. 29 K, livre I du code du travail).

19. La définition du contrat adoptée dans les six pays est très généralement semblable. En France, code civil et code du travail ne définissent pas le contrat de travail, mais la doctrine a comblé cette lacune en proposant une définition que l'usage a ratifiée.

Aux Pays-Bas, l'article 1637 a du code civil contient une définition très analogue. L'article 611 BGB décrit le contrat de service dans des termes à peu près identiques. Bien qu'avec Hueck, Nipperdey et la jurisprudence du tribunal fédéral du travail le rapport allemand

insiste sur le caractère personnel du contrat et rappelle qu'il s'agit d'un contrat «constitutif de communauté», il ne paraît pas en déduire, au moins quant au critère du contrat, des conséquences permettant de conclure au particularisme du droit allemand sur ce point. La définition admise en droit luxembourgeois, en conséquence de la loi du 3 octobre 1919 - 7 juin 1937 — est également très proche et il en va de même en Belgique. Quant à la définition du travailleur subordonné (citée plus haut), inscrite dans l'article 2094 du code civil italien, elle est conforme à cette ligne générale, avec cette réserve que le droit italien fait état de l'idée de collaboration pour définir le contrat. Faisant la synthèse de ces formules, on peut avancer que *le contrat de travail est le contrat par lequel une partie s'engage, moyennant rémunération, à placer pendant un certain temps son activité (ses services — sa force de travail) à la disposition de l'autre partie et à l'exercer sous sa direction (ses ordres).*

Partant de cette définition et des divers éléments qui la composent, procédons à la recherche d'un critère.

#### § 1. RECHERCHE D'UN CRITÈRE

##### *La rémunération*

20. Dans la plupart des pays de la Communauté, semble se dégager la constatation que le contrat de travail comporte essentiellement une rémunération, qu'il ne peut constituer qu'une convention à titre onéreux. Comme l'exprime formellement le rapport belge, un travail bénévole, un stage gratuit, ne donnent pas lieu à contrat de travail. De même la règle est expresse dans le droit italien. Caractère onéreux et caractère synallagmatique sont du reste ici étroitement solidaires: la nécessité même d'une cause pour chaque obligation conduit à exiger la présence d'une rémunération. Sans elle, l'obligation de travailler serait dépourvue de cause et le contrat ne pourrait se former. Le raisonnement se retrouve en droit néerlandais, où, de l'idée d'échange réciproque, se déduit la nécessité du salaire. La même solution prévaut au Luxembourg. En France, la Cour de cassation exige qu'une rémunération ait été prévue expressément ou tacitement pour qu'il y ait contrat de travail. Il n'y a guère qu'en Allemagne où l'on semble concevoir un contrat de travail sans rémunération, à titre gratuit, «le paiement d'une rémunération n'étant pas une condition sine qua non de l'existence du contrat».

Cependant, l'exigence même d'une rémunération ne saurait être le trait distinctif du contrat de travail permettant de l'opposer aux con-



ventions voisines. En général l'activité humaine ne s'exerce aujourd'hui que contre rémunération. On a pu autrefois affirmer que le mandat était un contrat gratuit, mais il n'y a plus là qu'une survivance.

21. Pas plus que l'exigence d'un salaire, les différentes modalités de calcul de la rémunération ne permettent pas de distinguer le contrat de travail des situations voisines. Le salaire peut, en effet, être payé au temps ou à la tâche (aux pièces); en ce dernier cas, le salaire est calculé en fonction de l'ouvrage accompli, du résultat obtenu: la similitude avec le louage d'ouvrage ou entreprise apparaît alors évidente, ce qui exclut toute distinction fondée sur ce critère. Il n'est pas indispensable que le salaire soit versé en argent. Il peut être attribué sous forme d'avantages en nature. Il ne paraît pas davantage indispensable que le salaire soit versé directement par l'employeur: il y a contrat de travail même lorsque le salarié est rémunéré au pourboire. Sur ce point cependant, il convient de signaler la dissidence de deux pays: l'Italie et les Pays-Bas. En Italie, la définition de l'article 2094 du code civil ne permet pas de considérer comme contrat de travail celui par lequel quelqu'un ne reçoit en échange de sa prestation de travail, que des avantages à lui verser par des tiers autres que l'employeur (pourboire). Il n'en va autrement que si l'employeur garantit un minimum; si l'employeur ne prend aucun engagement de ce genre, il s'agit d'un contrat inconnu, dont le rapport italien se demande même s'il est licite. L'employé qui ne travaille que contre des pourboires pourrait demander à un juge (article 2099 du code civil), de fixer une rémunération que devrait lui verser son employeur. On considère même en droit italien que les pourboires facultatifs remis par des clients n'entrent pas en ligne de compte comme rémunération — (au point de vue de calcul de l'indemnité d'ancienneté par exemple).

Aux Pays-Bas, le pourboire n'est pas traité comme une rémunération; il en résulte (art. 1637 a du code civil) que la convention stipulant que le travailleur sera payé exclusivement au pourboire ne constitue pas un contrat de travail.

Le caractère fixe ou variable de la rémunération (commissions du représentant de commerce par exemple) importe également peu.

#### *La prestation de travail*

22. Elle se présente comme l'exécution d'une obligation de faire. L'ensemble des rapports insiste sur la diversité des prestations qui peuvent être fournies dans le cadre d'un louage de services. Le rapport

hollandais signale que les tribunaux de ce pays ont même jugé que «l'attente» ou le «sommeil» pouvaient constituer des prestations de travail valables. Il peut être exigé du salarié aussi bien des travaux intellectuels que manuels. La situation occupée par le salarié dans la hiérarchie est également indifférente à la qualification du contrat.

Mais du fait même de cette diversité, le caractère de la tâche ne peut fournir aucun principe valable de discrimination. Tout au plus peut-on indiquer que l'objet de l'obligation étant ici une prestation de travail, aucune confusion n'est de ce fait possible avec un contrat de vente (à livrer) ou de fourniture, dans lesquels l'obligation pesant sur le débiteur porte sur une chose ou un transfert de droit. Mais il n'est pas possible de fonder sur l'objet une opposition claire entre le contrat de travail et le *mandat onéreux*. Reprenant une conception traditionnelle, les rapports belge et allemand soulignent que dans le mandat, la prestation consiste dans l'accomplissement d'actes juridiques au nom et pour le compte d'autrui, parfois à titre gratuit. Dans le contrat de travail, le salarié n'exécuterait que des actes matériels et contre rémunération. Le rapport belge admet cependant que des employés de niveau supérieur accomplissent des actes juridiques; il y aurait alors deux contrats, comme dans le cas des administrateurs de sociétés cumulant leur mandat avec un poste de directeur salarié. Cette analyse est mise en doute dans les rapports français et italien: non seulement la gratuité ne suffit plus à caractériser le mandat — ce qui paraît manifeste — mais encore l'accomplissement d'actes juridiques donne couramment lieu à un contrat de travail («travail de gestion» dans la doctrine italienne).

23. L'objet de la prestation promise par le salarié ne saurait — pour des raisons similaires — servir à tracer une ligne de démarcation claire entre contrat de travail (louage de services) et *contrat d'entreprise* (louage d'ouvrage), à côté duquel le droit néerlandais situe le contrat «de prestation de services». Une doctrine traditionnelle oppose la prestation du salarié, conçue comme une prestation d'activité, à celle de l'entrepreneur, conçue comme une prestation de résultat («*operae*» par opposition à «*opus*») — distinction qui recouvre à peu près celle des obligations de diligence (ou de moyens) et des obligations de résultat. Le rapport italien présente une réfutation solide de ce critère: le travailleur salarié ne s'engage pas seulement à faire certains efforts, mais son travail doit avoir une utilité précise, autrement dit atteindre un résultat déterminé. D'ailleurs certaines personnes (par exemple les médecins) peuvent s'engager aussi bien par contrat de travail que par

contrat d'entreprise; et dans les deux cas, ils ne promettent que leur diligence.

24. L'analyse de la prestation de travail en tant qu'objet du contrat de travail ne présente de valeur réellement topique, que pour préciser les rapports du contrat de travail et du *contrat d'apprentissage*. Deux positions contrastées vont ici s'opposer: selon l'une, le contrat d'apprentissage est distinct du contrat de travail, pour cette raison que l'objet des obligations y est radicalement différent: le maître s'engage à enseigner le métier à l'apprenti en échange d'une rémunération en argent ou d'une fourniture de travail: mais celle-ci n'est envisagée que comme le moyen pour l'apprenti de s'acquitter de la dette qu'il a assumée envers le maître. L'apprenti, lui, ne reçoit pas nécessairement de rémunération car il ne fournit pas ses services. Au Luxembourg le maître est obligé de fournir une allocation en espèce dont le montant minimum est prescrit par voie d'autorité. Bref, le contrat d'apprentissage apparaît comme une variété dans la famille des contrats de formation ou d'enseignement. Cette conception est celle du droit français (art. 1<sup>er</sup>, livre I du code du travail), luxembourgeois, hollandais et belge (au moins pour ce dernier lorsqu'aucune rémunération n'est versée à l'apprenti).

Au contraire, en droit allemand et italien (loi du 19 janvier 1955 modif. 8 juillet 1956), l'apprentissage constitue un contrat de travail d'une nature particulière. L'apprenti y est envisagé non seulement comme quelqu'un qui apprend, mais également qui travaille pour un employeur et qui, en échange, au lieu de percevoir un salaire, reçoit une formation professionnelle. Il en est à fortiori ainsi lorsque l'apprenti est rémunéré pour son travail. Le droit belge rejoint exceptionnellement cette analyse dans cette dernière hypothèse.

En droit hollandais l'apprentissage constitue un contrat mixte.

L'intérêt de la discussion n'est pas négligeable: il concerne à la fois la responsabilité des dommages causés par l'apprenti (conçue sur le modèle de celle des parents en droit français, sur le modèle de celle des commettants en droit italien), la détermination de l'ancienneté dans l'entreprise et le bénéfice des avantages qui s'y trouvent attachés, ainsi que l'application aux apprentis de la législation du travail (toutefois sur ce dernier point, des textes spéciaux font en général profiter les apprentis de l'ensemble des dispositions dont bénéficient les salariés).

*La durée*

25. Plusieurs rapports mettent en avant parmi les éléments qui concourent à former le contrat individuel de travail, l'élément de temps ou de durée: les rapports luxembourgeois, belge et néerlandais. Les mots «pendant un certain temps» se trouvent explicitement dans la définition du contrat de travail donnée par la loi néerlandaise; le législateur de 1907 était d'opinion que ces mots permettraient d'opposer le contrat de travail au contrat «portant sur la prestation de quelques services», qui ne concernerait qu'un acte isolé. Mais les auteurs néerlandais et la jurisprudence sont unanimes à nier l'efficacité de ce critère, qu'ils traitent comme un élément mort de la loi. La continuité n'intervient en somme que comme une particularité propre aux Pays-Bas, le rapporteur admet que le caractère durable du contrat n'existe pas toujours. La continuité ne joue que comme indice accessoire à l'appui de l'existence d'un lien de subordination (en ce sens: rapport français).

De même au Luxembourg, malgré l'exigence légale de continuité (au moins pour le contrat d'engagement des employés), on admet qu'un même travailleur peut s'embaucher auprès de deux patrons ou ajouter à son activité salariée une activité indépendante.

On peut finalement se demander si l'élément durée présente un intérêt réel pour situer le contrat de travail par rapport au contrat du louage d'ouvrage ou d'entreprise: il y a des contrats d'entreprise qui se prolongent dans le temps (le rapport italien signale le cas des contrats de «consultation» conclus dans les professions libérales), l'élément durée ne joue un rôle que pour opposer, les uns aux autres, différents types de contrat de travail.

*La subordination*

26. En définitive, dans les six pays de la Communauté les juristes voient dans la situation de subordination du salarié le trait qui accuse la spécificité du contrat de travail. Le salarié est un travailleur subordonné.

Ce critère correspond bien aux droits positifs comme l'attestent les différents rapports. En droit français, la Cour de cassation se fonde sur l'article 1779 du code civil: le contrat de travail est celui qui place le travailleur sous l'autorité de l'employeur, lequel lui donne des ordres relatifs à l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement, en vérifie les résultats. Ce critère oppose le plus nettement le salarié au travailleur indépendant. En droit belge, le même critère

se vérifie, étant fait observer qu'il y a des degrés dans la subordination: le travailleur peut se trouver simplement placé sous la direction de l'employeur (cas des travailleurs à domicile); il peut aussi s'engager à travailler non seulement sous la direction mais aussi sous l'autorité et la surveillance de l'employeur, au cours de l'exécution du travail (cas de l'ouvrier et de l'employé). Si bien que le droit belge connaît deux définitions de la subordination, l'une générale, l'autre plus stricte et propre aux seuls ouvriers et employés. Aux Pays-Bas, le «travail au service d'une autre personne» doit être entendu comme signifiant qu'un pouvoir d'autorité s'exerce sur le salarié. La faculté de définir en détail les actes à accomplir par le salarié, caractérise ce pouvoir et différencie le contrat de travail des autres conventions. Le rapport souligne au demeurant qu'il s'agit d'un lieu de subordination juridique non de fait (la domestique autoritaire pouvant imposer sa volonté à un maître) — et que, cette subordination peut être plus ou moins marquée selon les espèces (cas du capitaine de navire salarié de l'armateur, ou du médecin salarié d'un hôpital). Le droit luxembourgeois adopte le même critère. Bien que le rapport allemand parle de lien de dépendance et non de subordination, cette expression semble se confondre avec celle de subordination. En droit italien enfin, le travailleur subordonné de l'article 2094 du code civil s'oppose au travailleur autonome ou indépendant.

27. Le rapport français insiste sur une nuance importante, séparant la subordination juridique de la *dépendance économique*. Il y a dépendance économique lorsque le salaire reçu en échange du travail fourni constitue l'unique ou principal moyen d'existence du travailleur, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier reçoive des ordres ou soit soumis au contrôle de celui qui emploie ses services, ou encore lorsque le travailleur dépend d'un tiers quant à la propriété de ses instruments de travail. Ce critère qui donnerait au contrat de travail une sphère d'application infiniment plus étendue, pêche par son imprécision. Il avait été mis en avant à une certaine époque pour permettre de considérer comme des salariés liés par un contrat de travail, les travailleurs à domicile. Au jour où la législation française accordait à ceux-ci une législation protectrice identique à celle des salariés proprement dits, la jurisprudence française a rejeté le critère de la dépendance économique. Celui-ci ne joue plus de rôle qu'en matière de sécurité sociale. La situation semble à ce point de vue analogue dans plusieurs pays: le critère d'assujettissement à la sécurité sociale est plus large que le louage de services *stricto sensu* (Luxembourg —

Pays-Bas - France). Mais dans les rapports de travail, une personne qui dépend économiquement d'une autre (artisan travaillant régulièrement pour une entreprise industrielle) conserve — si elle n'est pas placée sous ses ordres — la qualité de travailleur indépendant, sauf intervention législative formelle.

28. Le caractère d'imprécision de la notion de dépendance économique, qui doit entraîner sa condamnation, a suscité l'apparition d'une théorie assez voisine que le rapport italien présente comme susceptible d'apporter un complément utile à la notion de subordination: le contrat de travail serait celui où le *risque économique* du travail serait supporté par l'employeur, alors que dans le contrat d'ouvrage (entreprise) ce risque pèse sur l'entrepreneur (travailleur indépendant). Si le résultat escompté du travail se révèle plus difficile à atteindre, plus coûteux, cet aléa n'est pas supporté par le travailleur subordonné. Autrement dit, la subordination engendre une conséquence d'ordre économique, à savoir que le salarié échappe aux aléas liés au résultat de son travail. Ces risques sont assumés par le seul employeur. La remarque est exacte car celui qui obéit ne saurait évidemment être responsable. Encore ne vaudrait-elle pas pour certaines hypothèses de rémunération à la tâche.

En définitive il est permis d'affirmer que dans aucun des six pays l'élargissement de la subordination juridique en dépendance économique n'a reçu d'accueil favorable, non plus que la référence complémentaire aux risques économiques du travail promis.

29. Mais, un travail d'approfondissement juridique de la notion de subordination n'en a pas moins été tenté par les tribunaux de divers pays, l'existence d'un louage de services constituant en effet la condition nécessaire de l'application de certaines règles (France et Pays-Bas principalement). Les jurisprudences néerlandaise et française utilisent la méthode des indices: certains permettent d'inférer à un état de subordination (directives reçues quant au lieu et aux heures de travail, quant à ses modalités, sa quantité, ses délais d'exécution; surveillance au cours de l'exécution du travail; rémunération au temps; condition sociale des deux parties; exclusivité de la force de travail réservée à l'employeur; absence de salariés dépendant du travailleur et l'aidant dans sa tâche; continuité des rapports); certains indices sont par contre indifférents (technicité du travail exigé et incompétence corrélative du chef d'entreprise; absence de contrôle de fait sur l'exécution; éloignement du lieu de travail).

La doctrine italienne a tenté de systématiser, là où la jurisprudence française restait finalement empirique; le pouvoir de donner des ordres ou des instructions n'existe pas dans le seul contrat de travail: le mandant ou le maître de l'ouvrage donnent aussi ordres et directives au mandataire ou à l'entrepreneur, quant au résultat à obtenir. Le travailleur salarié ne reçoit pas seulement des ordres relativement au résultat à atteindre, mais également quant aux moyens à mettre en oeuvre; d'où *le caractère technique de la subordination*. L'originalité du contrat de travail réside dans l'abandon par le travailleur à l'autre partie du pouvoir de spécifier le contenu et les modalités de l'activité imposée, et de l'orienter vers un résultat sur lequel le travailleur ne possède aucun contrôle.

Réelle, cette précision demeure insuffisante dans la mesure où l'on rencontre cette subordination technique dans d'autres contrats (métayage et parfois louage d'ouvrages) — dans la mesure aussi où certains collaborateurs supérieurs jouissent d'une autonomie technique incontestable (cas également de la plupart des travailleurs intellectuels).

Pour cette raison, la doctrine italienne estime que la caractéristique de la prestation fournie, dans le cadre du contrat de travail, est la *subordination personnelle* (le rapport allemand parle également de dépendance personnelle). Il faut entendre par là que l'employeur seul reçoit un pouvoir d'organiser la prestation du travailleur salarié, c'est dans ce pouvoir que consiste la subordination spécifique de ce dernier. Elle débouche sur l'organisation de l'entreprise elle-même (organisation du travail, discipline du travail), tant il est vrai qu'elle ne peut être limitée aux obligations pesant sur un travailleur isolé à l'égard de l'employeur mais concerne également les obligations des travailleurs entre eux. La subordination signifie, sous une autre forme, que l'employeur assigne les tâches ou les postes de travail et demeure maître du temps et des gestes de son subordonné.

La doctrine néerlandaise exprime la même idée sous une forme légèrement différente: elle caractérise la subordination dans l'exécution du travail, par le fait que la prestation attendue n'est pas préalablement fixée en tous points et avec précision. Il peut être ordonné au salarié des actes imprévus à l'origine. La condition du travailleur subordonné se singulariserait donc par le fait qu'elle comporterait un certain *degré d'imprécision*: c'est à l'employeur que revient de préciser librement le contenu concret de l'obligation. La conclusion est la même: le contrat de travail entraîne attribution d'autorité sur la personne du travailleur. Il ne faudrait cependant peut-être pas pousser trop

loin une telle analyse sous peine d'aller à l'encontre du principe de l'égalité civile. Dans des pays comme la France ou la Belgique, l'opinion se rallierait sans doute plus volontiers à la formule de la subordination personnelle. Car la personne du travailleur n'est subordonnée que pour l'exécution du travail et la subordination trouve ses limites (dans le temps et dans l'espace) dans les nécessités de l'exécution du travail.

## § 2. DISTINCTION DU CONTRAT DE TRAVAIL DES CONTRATS VOISINS

30. Le critère de la subordination permettra de tracer la ligne de partage entre le contrat de travail et les conventions voisines. Mais il arrive parfois que le contrat de travail se combine avec un autre contrat, donnant naissance à des situations juridiques complexes. Aucun droit ne semble avoir spécialement réglementé cette question de la *combinaison du contrat de travail avec d'autres conventions* — à l'exception du droit néerlandais (article 1637 e du code civil) qui contient à cet égard une règle originale, selon laquelle les deux contrats sont cumulativement applicables sauf dans l'hypothèse d'incompatibilité, auquel cas le contrat de travail prédomine. Le rapport néerlandais saisit cette occasion pour mettre en relief une idée qui donne sa pleine signification au droit de ce pays: à savoir que la délimitation du contrat de travail et des conventions voisines n'y présente de ce fait qu'un intérêt théorique. La Belgique semble admettre également sans difficulté la combinaison des contrats (avec le contrat de mandat ou de société).

### *Louage de services et louage d'ouvrage (contrat d'entreprise)*

31. L'artisan indépendant, le constructeur, le transporteur promettent également une prestation de services moyennant une rémunération. Dans les différents droits, le critère de la subordination sert à les différencier du travailleur salarié. L'entrepreneur travaille librement sans être subordonné au donneur d'ouvrage (client) alors que le salarié est placé sous l'autorité de l'employeur. Comme il arrive que le maître de l'ouvrage donne cependant des directives détaillées, les tribunaux ont eu parfois à préciser avec plus de netteté le domaine de chaque contrat: le plus généralement, il est admis que l'entrepreneur peut recevoir des ordres sur le but à atteindre, le résultat du travail à fournir, mais reste maître de ses moyens d'exécution, alors que dans le louage de services, même les méthodes et moyens de travail ne sont pas abandonnés à l'initiative du salarié (France).



En Italie, la situation est plus complexe au point de vue des textes, du fait que le contrat d'«ouvrage» est réglementé dans le code au livre du travail, alors que les contrats d'entreprise (appalto) et de transports sont réglementés au livre des obligations. Mais la doctrine se réfère également au critère de la subordination, lui donnant toutefois une orientation légèrement différente: il arrive que même dans le contrat d'ouvrage, le créancier contrôle l'activité intermédiaire du débiteur, et ne se limite pas à indiquer le résultat à obtenir. Ce qui reste exclu, c'est qu'il dispose d'un pouvoir d'organisation globale de la prestation. La doctrine italienne, ajoute un trait complémentaire qui se rattache sans doute à l'idée de subordination — mais aussi à l'objet même de la prestation de travail. Certes il est excessif de prétendre que la prestation dans le contrat de travail (operae) soit une activité indépendamment du résultat désiré — et que la prestation dans le contrat d'ouvrage (opus) soit le résultat de cette activité. Mais il est légitime de dire que dans le contrat d'ouvrage, le débiteur n'étant pas subordonné, et organisant son travail comme il l'entend, promet un résultat; alors que dans le contrat de travail, l'objet de l'obligation promise par le débiteur consiste en une certaine tâche définie par rapport à sa qualification ou par rapport à un poste de travail; le résultat de l'activité n'entre pas dans la définition de l'objet de l'obligation — précisément parce que cette activité est subordonnée.

Un second complément s'ajoute en Italie au critère de la subordination, imposé par la loi elle-même (art. 1665 du code civil à propos du contrat d'entreprise). Dans le contrat de travail le risque économique du travail est supporté par l'employeur, dans le contrat d'entreprise, le risque est assumé par l'entrepreneur. Mais aux yeux de la doctrine, il n'y a là qu'une conséquence du fait que le salarié est un travailleur subordonné — l'entrepreneur un travailleur autonome. La subordination entraîne l'absence de responsabilité économique. Au Luxembourg aussi, il est indiqué que cette double prise en considération du résultat du travail et des risques, contribue à opposer contrat de travail et entreprise. A vrai dire, dans la rémunération à la tâche (tâche pure), le salarié supporte le risque du résultat: cette situation est intermédiaire entre les deux contrats. En droit néerlandais, il y a en pareille occurrence combinaison des deux contrats (ouvrier peintre qui, moyennant une somme déterminée à l'avance, effectue sous la direction d'un patron, la peinture d'un logement); bien qu'une discussion existe sur le point de savoir s'il n'y a pas entre eux une certaine incompatibilité.

32. Le rapport français montre que ces controverses n'ont pas un caractère exclusivement abstrait. Au contraire, dans deux séries d'hypothèses, le maniement des critères précités s'est révélé indispensable.

Tout d'abord lorsqu'on est en présence de petits entrepreneurs exerçant des métiers souvent confiés à de simples salariés. Il en est ainsi de certains vendeurs colporteurs de journaux, de certains bûcherons ou récolteurs de résine (gemmeurs). La discrimination sera parfois délicate.

Très voisin apparaît le cas des *travailleurs à domicile*. Sans intervention législative, il serait difficile de les considérer comme des salariés, car les conditions dans lesquelles ils travaillent font d'eux de petits entrepreneurs ou artisans indépendants. C'est même pour cette raison qu'en France il avait été jadis proposé d'élargir le critère de la subordination en celui de la dépendance économique. Mais dans la plupart des pays (France, Belgique, Allemagne) une législation spéciale les a *assimilés aux salariés*. En France, il suffit qu'ils exécutent seuls (ou avec leur famille et un auxiliaire au maximum) le travail à eux confié par un chef d'établissement donneur d'ouvrage, qu'ils reçoivent de celui-ci matières premières et une rémunération forfaitaire (paiement à la tâche). Peu importe que le local où ils travaillent et les instruments de travail leur appartiennent. On considère qu'ils sont en situation de dépendance économique, quoique juridiquement indépendants.

33. Une autre hypothèse concerne les *professions libérales*. Une fois écartée la qualification traditionnelle de mandat, correspondant à une époque où ces professions s'exerçaient gratuitement, la notion d'entreprise paraît souvent celle qui convient le mieux. Mais il arrive parfois que le titulaire de la profession libérale se trouve tenu par un lien de subordination: le caractère de l'activité exercée s'accomode-t-il de l'existence d'un louage de services? La question concerne des professions très diverses. Dans le cas des artistes interprètes et exécutants, on conclura à l'existence d'un louage de services chaque fois qu'il y a subordination juridique, même si une certaine liberté technique et artistique leur est reconnue. La jurisprudence française en a ainsi décidé dans le cas de l'artiste de cinéma ou du musicien réalisant un enregistrement de disque. Il suffit que l'artiste reçoive des directives précises quant au lieu, à l'horaire de travail, et aux modalités matérielles d'exécution.

Le sportif professionnel peut lui aussi être un salarié de l'association ou de l'entreprise qui l'emploie (cas du coureur cycliste).

Deux situations ont soulevé plus d'hésitations étant donné la large indépendance dont les intéressés bénéficient dans l'exercice de leur métier: celle des journalistes et celle des médecins.

En droit français, les articles 29 b et suivants, (livre I du code du travail) assimilent expressément à un contrat de travail la convention passée entre le *journaliste* professionnel et la publication qui l'emploie, même s'il n'y a pas réellement subordination juridique au sens précis. Il ne subsiste de controverse que pour les journalistes rémunérés à l'article «pigistes». La question ne semble avoir soulevé de difficultés réelles qu'en droit français; en droit belge toutefois l'applicabilité aux journalistes de la loi sur le contrat d'emploi demeure controversée.

Pour les *médecins*, hors le cas général d'exercice de la profession à titre indépendant, on s'est demandé si le contrat de travail était compatible avec la nature même de l'activité médicale. Précisons qu'il ne s'agit évidemment pas du rapport médecin-malade: il y a unanimité pour exclure toute subordination et pour écarter la qualification de louage de services. La discussion ne concerne que le seul contrat entre un médecin et un organisme dont il dépend (clinique - hôpital - entreprise - caisse ou mutuelle) et vis-à-vis duquel il s'engage à soigner certaines catégories de malades. En droit positif français, bien qu'il n'y ait pas subordination technique, les tribunaux estiment que le médecin peut alors devenir un salarié: ainsi le médecin qui s'engage moyennant une somme forfaitaire par adhérent à soigner les membres d'une mutuelle; celui qui consacre une partie importante de son temps aux malades d'une clinique, les visite à heures fixes et reçoit des appointements forfaitaires; le médecin du travail engagé par une entreprise pour passer des visites médicales, prévenir les accidents et maladies professionnelles. Une certaine résistance a été opposée à cette jurisprudence par l'ordre des médecins qui l'estime contraire aux principes mêmes de la déontologie médicale. Mais il faut reconnaître qu'elle ne constitue que l'application pure et simple du critère de subordination; dès lors que toute activité peut faire l'objet d'un contrat de travail, il n'existe aucune raison d'exclure la prestation de soins médicaux. La même solution prévaut dans les droits luxembourgeois, belge, italien (l'art. 2229 du code civil indique que les prestations médicales peuvent faire l'objet aussi bien d'un contrat de travail que d'un contrat d'ouvrage), allemand (arrêt du tribunal fédéral du travail du 27 juillet 1961, qui a considéré comme engagé dans les liens d'un contrat de travail le médecin chef d'un hôpital, bien que celui-ci agisse sous sa propre responsabilité sur le plan médical; il suffit qu'il reçoive des instructions de l'administration de l'hôpital pour l'organisation de son travail) ou néerlandais.

34. En droit néerlandais, il existe une classification tripartite en raison de l'existence en face du louage de services non pas d'un seul contrat de services indépendants, mais de deux (contrat d'entreprise et contrat «de prestation de services»). Apparemment le droit italien se trouve placé dans la même situation complexe (contrat d'entreprise distinct du contrat d'ouvrage). Aux Pays-Bas tout contrat de prestation de services qui n'est ni un contrat de travail ni un contrat d'entreprise, appartient à cette catégorie tierce (exemples: contrats commerciaux d'agence ou de commission; contrat entre malade et médecin). Ce contrat ne peut jamais se combiner avec un contrat de travail, du fait qu'il se définit comme tout contrat qui n'est ni un contrat d'entreprise, ni un contrat de travail.

#### *Louage de services et mandat*

35. Il existe traditionnellement une certaine indécision sur la notion même de mandat — et par voie de conséquences sur le tracé de la frontière entre mandat et louage de services. La vieille règle selon laquelle la gratuité est de l'essence du mandat, ne rencontre plus de défenseurs, sauf en droit allemand ou elle demeure la règle de principe. Mais deux conceptions continuent à se faire face. Selon l'une (droits néerlandais, allemand et belge), le mandat comporte l'accomplissement d'actes juridiques alors que le louage de services ne peut obliger qu'à l'accomplissement d'actes matériels *lato sensu*. Dans cette conception, lorsqu'un salarié, investi d'une fonction de direction est amené à conclure des actes juridiques (cas du directeur de succursale ou du fondé de pouvoir), il y a addition des deux contrats: le salarié est en même temps mandataire; il y a inclusion d'un mandat dans un contrat de travail. Aux Pays-Bas, la qualification contrat de travail l'emporte en cas de contradiction dans les règles applicables: ainsi pour la compétence juridictionnelle ou pour la résiliation du rapport contractuel (application du droit du travail alors que le mandat est révocable *ad nutum*).

Dans la conception opposée (Luxembourg, Italie, France), sans nier que le mandat comporte par définition la représentation du mandant par le mandataire lors de la conclusion d'actes juridiques — on admet qu'un salarié puisse avoir également dans ses attributions l'accomplissement d'actes juridiques (travail dit «de gestion»). La différence spécifique entre les deux types contractuels doit alors être recherchée dans l'existence ou non d'un lien de subordination et non dans l'objet de la prestation. Cette manière de présenter les choses s'ac-

commode moins aisément d'un cumul des deux contrats, car il y aura contrat de travail s'il y a subordination du préposé, alors même que celui-ci aurait dans ses attributions la passation d'actes juridiques. Il en résultera notamment que dans ce cas, la révocation ad nutum du mandataire doit être écartée pour faire place aux règles qui régissent la cessation du contrat de travail. Comme le cumul est néanmoins assez fréquent en cas d'attributions nettement distinctes, les résultats pratiques ne sont pas très éloignés de ceux du premier système.

36. Le fait que le mandataire comme le salarié, encore que dans une mesure moindre, se trouve soumis aux instructions données par le mandant, le fait également que beaucoup de professionnels aient désiré échapper à la règle de libre révocation du mandataire et bénéficiaire de l'ensemble de la réglementation du travail salarié, ajoutent à la confusion et expliquent de sérieuses divergences entre les législations.

Le cas *des représentants de commerce* est célèbre. En France, les V.R.P. (voyageurs, représentants, placiers) sont des salariés par décision du législateur à la condition: 1) qu'il exercent leur profession de façon exclusive et constante; 2) qu'ils ne fassent pas d'opérations pour leur compte personnel; 3) que le contrat les liant à la maison qu'ils représentent indique la nature des marchandises à acheter ou à vendre; la région dans laquelle ils doivent exercer leur activité (ou les catégories de clients qu'ils doivent visiter); le taux des rémunérations. En pareil cas et même s'il n'y a pas subordination juridique, le V.R.P. est irréfragablement présumé lié par un contrat de travail. Sa situation s'oppose à celle de l'agent commercial qui est, lui, un mandataire.

Ce même contraste semble caractériser le droit néerlandais; deux professions distinctes ont fait l'objet d'intervention législative insérée dans le code de commerce: celle d'agent commercial mandataire qui fait de la représentation pour son propre compte — celle de voyageur de commerce salarié, représentant au service d'une entreprise. On doit rechercher s'il y a ou non un lien de subordination. On retrouve la même opposition dans le droit belge, ainsi que dans le droit italien. Mais il semble qu'une différence essentielle existe entre le droit de ces pays et le droit français: en Italie et aux Pays-Bas, le représentant doit faire la preuve du lien de subordination l'unissant à une maison pour bénéficier de la qualité de salarié; il est présumé être mandataire, et la jurisprudence n'accepte que difficilement cette preuve contraire (sauf, est-il signalé, la récente jurisprudence néerlandaise). En France,

si les conditions précitées se retrouvent, aucune preuve du lien de subordination n'est exigée. Bien plus: même lorsqu'il ne remplit pas les conditions pour bénéficier du statut, le V.R.P. français peut cependant faire la preuve qu'il est lié par un contrat de louage de services de droit commun. La catégorie des représentants salariés y est donc plus nombreuse que dans les autres pays.

En droit allemand le représentant n'est pas un travailleur au sens habituel du terme, mais un professionnel procurant des affaires à son employeur en jouissant d'une activité autonome. Toutefois s'il est attaché à une seule maison le représentant bénéficie d'une protection particulière qui l'assimile à peu près à un travailleur.

37. L'autre situation qui, en tous pays, demeure source de litiges est celle des *dirigeants des sociétés anonymes*. En droit français, les administrateurs sont des mandataires révocables; de même les présidents-directeurs généraux et les directeurs généraux adjoints (bien qu'affiliés obligatoirement à la sécurité sociale). En revanche, les directeurs techniques et commerciaux sont des salariés, placés en position de subordination juridique. La jurisprudence admet le cumul des fonctions d'administrateur de président-directeur général (ou directeur général adjoint) mandataire avec celles de directeur salarié, à la condition que ce cumul soit réel et non le résultat d'une simulation destinée à éluder la révocabilité du mandat social. En droit italien le cumul de la qualité d'administrateur mandataire et de cadre salarié est possible, à moins qu'il ne s'agisse d'un administrateur unique.

En droit luxembourgeois, l'administrateur délégué est un mandataire social. Ses pouvoirs de direction et de représentation sont incompatibles avec l'état de subordination.

En droit néerlandais, doctrine et jurisprudence sont en général d'accord pour voir dans les directeurs des sociétés anonymes des salariés — à moins, selon la jurisprudence en matière d'assurances sociales, qu'ils ne possèdent eux-mêmes ou avec leurs proches, la majorité des actions, car alors il n'y a plus subordination. En revanche, les administrateurs sont — du moins d'après certains auteurs — envisagés comme des mandataires sociaux. Cependant, les administrateurs rémunérés sont parfois engagés dans les liens d'un contrat de travail. Il a été indiqué précédemment que le droit néerlandais admettait toujours la combinaison du mandat et du contrat de travail, mais qu'en cas d'incompatibilité, c'est la seconde qualification qui l'emportait.

Le cumul des fonctions de directeur salarié et d'administrateur mandataire est déclaré possible en Belgique si les fonctions sont bien distinctes et s'il y a subordination effective. Le droit belge considère que les directeurs sont les salariés de la personne morale ou du conseil d'administration, et, plus précisément, sont liés par un contrat d'emploi ou de louage de services. En définitive le cumul paraît assez généralement admis.

### *Louage de services et société*

38. Les partisans de la conception communautaire du rapport de travail vont manifestement éprouver plus de difficulté à rendre compte de la distinction du contrat de travail et du contrat de société — distinction très facile au contraire à caractériser pour les défenseurs du contrat de travail conçu comme un contrat d'échange. En droit allemand il est indiqué — malgré la similitude de nature attribuée au contrat de travail et au contrat de société — que les deux conventions sont nettement distinguées par l'absence de tout lien de subordination dans les rapports entre associés (*affectio societatis*). La remarque a une valeur générale; la société constitue un contrat égalitaire qui repose sur la recherche d'un intérêt commun; le contrat de travail suppose la subordination d'une partie à l'autre, l'inégalité ainsi que la disparité d'intérêts. Les rapports belge et italien ajoutent une précision importante: dans la société toutes les parties supportent les risques de l'entreprise, alors que seul l'employeur les assume dans le louage de services. Il s'ensuit que le salarié est normalement une personne indifférente aux bénéfices ou aux pertes réalisés par l'entreprise qui l'emploie. Le droit italien formule différemment encore cette opposition, en soulignant que dans le contrat de société, les différentes prestations ont un objet commun (objet social) alors que dans le louage de services chaque prestation a un objet propre; il y a échange de prestations et il en découle que c'est non seulement une dissemblance dans l'objet mais dans la cause qui oppose les deux contrats. C'est bien admettre que sur le plan de la technique juridique même, le contraste est tranché entre le contrat synallagmatique d'échange que constitue le louage de services et le contrat de mise en commun ou associatif qu'est la société.

Le cas parfois discuté est celui de l'employé supérieur rémunéré par une participation aux bénéfices de l'entreprise. Il est très généralement reconnu que ce mode de rémunération n'affecte pas la relation juridique; elle ne transforme pas un salarié en associé, et reste compatible avec le contrat de travail. Concernant la clause de participation

aux pertes, la solution paraît différente (voir les sérieuses réserves sur ce point formulées dans les rapports belge, luxembourgeois, français et néerlandais — la participation aux pertes faisant disparaître la rémunération).

Dans le cas d'apport en industrie d'un associé, il y a collaboration, non subordination et la qualification de société continue à l'emporter.

#### *Louage de services et louage de choses*

39. Les doctrines italienne et allemande mettent évidemment l'accent, et à juste titre, sur le caractère personnel du louage de services pour l'opposer au louage de choses. La prestation de travail n'est pas une marchandise, mais un bien personnel, *sui generis*. Au demeurant, la seule obligation du bailleur est de laisser jouir de la chose louée; le travailleur ne se contente pas de laisser l'employeur jouir de ses services: il assume une obligation positive de faire. Si les deux contrats sont d'essence bien différente, il n'en est pas moins vrai qu'il existe des situations indécises où l'on peut hésiter entre la location d'une chose par son propriétaire à un loueur qui s'en sert, ou l'embauchage par un patron d'un salarié auquel une chose est confiée comme instrument de travail. Le rapport belge mentionne: la relation entre le propriétaire d'un taxi et un chauffeur — la relation d'un propriétaire de théâtre et la tenancière d'un vestiaire. L'employeur s'efforcera parfois, en usant de la qualification de louage de choses d'éviter l'application de la législation sociale. Les juges devront rechercher s'il y a ou non subordination.

Une tendance à combiner les deux contrats se vérifie parfois, notamment dans le cas où le salarié reçoit *la jouissance d'un logement*. Certes le plus souvent il n'y aura là qu'un avantage en nature et on ne sortira pas du cadre du contrat de travail. Mais il arrive aussi que l'employeur (et parfois aujourd'hui une société indépendante mais contrôlée par l'employeur), loue un logement aux membres du personnel qui le demandent. Il y a alors deux contrats. Ce problème a été très étudié aux Pays-Bas où l'on s'est demandé si la cessation du contrat de travail entraînait également la cessation du contrat de bail ou si les lois permettant aux locataires de conserver la jouissance des lieux en fin de bail s'appliquaient en l'emportant sur l'indivisibilité recherchée par l'employeur entre la fonction et le logement. La Cour de cassation néerlandaise reconnaît qu'on se trouve généralement en présence d'une convention mixte (contrat de travail et bail à loyer) et que les deux législations doivent être appliquées cumulativement.



## § 3. UNITÉ OU PLURALITÉ DE CONTRATS DE TRAVAIL

40. Le principe dominant est celui de *l'unité de contrat de travail et de son régime juridique* quelle que soit la nature de l'activité exercée. Ce principe se justifie par plusieurs considérations clairement mises en relief dans le rapport néerlandais qui cite à ce propos les travaux préparatoires de la loi de 1907: il serait souvent très difficile de savoir à quelle catégorie appartient tel ou tel travailleur et pratiquement une réglementation diversifiée risquerait d'aboutir à de multiples procès. Mieux vaut l'uniformité. Au surplus, du point de vue théorique, la nature du contrat demeure juridiquement la même, quel que soit son objet plus particulier. Il appartient aux conventions collectives de diversifier par branche, mais le contrat individuel réglementé par la loi doit être en principe unique. Au demeurant, la réglementation légale du contrat individuel n'est pas uniformément impérative et des dérogations sont toujours possibles en conséquence de la liberté contractuelle reconnue aux parties. Le principe ainsi compris se retrouve formellement affirmé ou implicitement admis en France et aux Pays-Bas. Il apparaît beaucoup moins net ailleurs. En Belgique et au Luxembourg on rejette l'idée qu'il ne doit y avoir qu'un type contractuel unique. En Italie, on oppose de façon plus souple le *droit commun contractuel* (rapports «généraux» de travail) aux *rapports spéciaux* de travail.

Cependant, même dans les pays à régime unifié, il existe certains facteurs de différenciation: les règles légales qui régissent le louage de services vont se trouver soit entièrement soit partiellement mises de côté pour certaines catégories de personnes. Il subsiste pourtant un droit commun, mais à celui-ci viennent s'ajouter des contrats qui y dérogent. Bien que ces différents points puissent paraître secondaires, ils méritent l'attention, car l'existence de plusieurs types contractuels peut constituer un obstacle non négligeable à l'unification du droit dans le cadre des Communautés européennes: l'existence ici d'un contrat de travail unique, et là de deux contrats, voire même d'un régime contractuel plus diversifié encore, doit donc être soigneusement notée.

*Facteurs secondaires de diversification*

41. Certains facteurs de diversification se retrouvent à peu près partout, mais n'altèrent pas l'unité foncière du régime:

- Certains pays par exemple connaissent des différences de réglementation en fonction de *l'âge du salarié*, le travailleur mineur et le travailleur majeur n'ayant pas absolument les

mêmes droits et les mêmes obligations (Pays-Bas); mais le contrat lui-même n'en est pas transformé.

- La même remarque vaut lorsque la législation s'attache au *rang occupé dans la hiérarchie des emplois* (laquelle se traduit par le montant du salaire): en droits belge et néerlandais, par exemple, les dispositions légales normalement impératives ne sont plus alors, à l'égard de certains, que dispositives.
- Les motifs de différenciation empruntés à la *durée du contrat* ne constituent que des modalités différentes d'un contrat de type unique — comme également l'insertion dans les rapports contractuels d'une période d'essai. Ainsi, le paragraphe 620 BGB accorde aux contrats — qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée — le même statut juridique, L'engagement «à l'essai» constitue une simple clause du contrat de travail et la distinction des contrats provisoires ou définitifs n'a rien de fondamental (voir n° 65).
- Le mode de *calcul du salaire* demeure pareillement sans influence sur le régime général du contrat — de même que la circonstance que la rémunération soit versée, non par l'employeur mais par des tiers (sauf aux Pays-Bas).
- On peut considérer comme secondaires certains facteurs de différenciation plus nets signalés dans les rapports nationaux et donnant naissance à des contrats «spéciaux» dérogoratoires à un droit commun contractuel. Le contrat de travail est soumis à des règles propres dans tous les pays en tant qu'il intéresse les *gens de mer* (contrat d'engagement maritime). C'est là l'effet du particularisme traditionnel du droit maritime. De même pour le personnel navigant de l'aéronautique civile ou les bateliers de la navigation fluviale. Le contrat de travail dans l'agriculture revêt communément, encore que moins généralement, certains traits spécifiques et fait l'objet de lois particulières, le «droit commun» étant limité à l'industrie et au commerce. Le contrat de travail des agents non fonctionnaires des services publics revêt toujours un aspect spécifique (voir n° 157). La France possède un code du travail particulier pour les territoires d'outre-mer.
- Il existe au surplus une certaine *différenciation professionnelle* qui se marque souvent par l'existence de statuts légaux régissant certaines professions. Statut du journaliste; du voyageur et représentant de commerce; statut des mineurs, des

gaziers et électriciens, des cheminots. Ces statuts jouent le même rôle que les conventions collectives. Parfois (Pays-Bas — Allemagne) le travail industriel est opposé au travail commercial.

- Une certaine originalité est souvent conférée au *contrat de travail domestique* (loi italienne du 2 avril 1958) du fait de l'admission du travailleur à la vie familiale et de l'absence d'entreprise où le travailleur puisse être intégré. En droit néerlandais, c'est la communauté d'habitation qui est prise en considération.
- De même, il est nécessaire de signaler le particularisme du *contrat du travailleur à domicile* (assimilé au travailleur salarié) du fait qu'il reste extérieur à l'entreprise (loi italienne du 13 mars 1958 — loi française du 26 juillet 1957 — arrêté belge du 5 avril 1952 — loi allemande du 14 mars 1951) ou du *contrat d'apprentissage* là où il n'est qu'une variété du contrat de travail. Les contrats de formation professionnelle accélérée (Belgique — Allemagne) et, dans une mesure moindre, les contrats de réadaptation professionnelle (Belgique) sont distincts du contrat de travail. Mais, en Allemagne, le *contrat de stage* est une variété de contrat de travail. Au Luxembourg, le stagiaire n'est pas considéré comme un salarié faute de rémunération.

### *Ouvriers et employés*

42. Mais il existe une opposition importante entre deux groupes de pays: ceux pour lesquels il n'existe qu'un *contrat individuel* de travail, régi par une législation unique et s'appliquant indistinctement — sauf statut dérogatoire — à tous les salariés; et ceux qui connaissent *deux contrats*: contrat de travail et contrat d'emploi, l'un concernant les *ouvriers*, l'autre les *employés*.

En droit français domine le principe de l'unité de contrat et de régime juridique. Certes, il existe des différences secondaires concernant la périodicité de la rémunération (l'employé étant payé au mois — l'ouvrier à seize jours ou plus d'intervalle, mais elles tendent elles-mêmes à s'estomper. Les conventions collectives consacrent souvent des dispositions différentes aux deux catégories, en matière de délai de préavis ou d'indemnité de licenciement: cela n'affecte pas l'unité de régime légal du contrat. Le critère distinctif demeure imprécis. Quant à l'opposition entre l'employé ordinaire et l'employé supérieur,

elle ne repose sur aucun fondement juridique. La seule catégorie de salariés qui commence à prendre aujourd'hui une physionomie juridique particulière est celle des «*cadres*».

Aux Pays-Bas, l'unité a été formellement consacrée par la loi de 1907 et la situation est encore plus nette qu'en France. Toutefois, les employés qui perçoivent une rémunération supérieure à un certain chiffre, ne sont pas assujettis aux règles légales impératives en matière de salaires.

Le droit allemand semble être, *grosso modo*, dans une position intermédiaire; on y pratique la distinction des ouvriers et employés qui y est qualifiée de «non négligeable», encore que principalement d'ordre sociologique. Ses intérêts concernent la rémunération qui est due à l'employé même en cas d'empêchement, et la détermination des délais légaux de préavis. Elle a une importance plus grande encore en matière de sécurité sociale. Mais il n'existe pas de critère fixe et ferme des deux catégories: la définition selon laquelle l'ouvrier accomplirait une tâche physique ou manuelle — et l'employé s'adonnerait à une activité intellectuelle — est déclarée être périmée du fait de la technicité croissante du travail en usine. Les essais pour trouver un critère de remplacement sont demeurés vains.

Le rapport allemand signale une tendance des entreprises à transférer certains ouvriers — en qualité d'employés dits «d'usine» ou «d'honneur» — dans la catégorie employés. En France on voit apparaître également une tendance à «mensualiser» certains ouvriers anciens ou qualifiés: ces tentatives montrent que la distinction ne correspond plus aux conditions actuelles.

En Italie on oppose aussi deux catégories de travailleurs (décret du 13 novembre 1924 et loi du 18 mars 1926 sur l'emploi privé). Mais le contrat d'emploi privé, d'abord entièrement autonome, n'est plus depuis 1942, qu'une variante du contrat de travail.

L'originalité du droit italien réside dans le critère de l'employé. Certes il est indiqué que son activité professionnelle exclut toute prestation de main-d'oeuvre. Mais il se trouve essentiellement défini par l'exercice des *fonctions de collaboration*, la notion de collaboration ayant ici une acceptation plus limitée et plus précise que la définition générale du travailleur de l'article 2094 du code civil. Pour le détail ce sont les conventions collectives qui précisent quelles tâches sont propres à chaque catégorie. Le rapport italien indique du reste que les conventions collectives ont introduit une catégorie intermédiaire: celle des agents de maîtrise (*intermedi*).

Seconde originalité du droit italien, la division bipartite s'est transformée depuis la législation corporatiste et le code civil de 1942 (article 2095) en division *tripartite*: de la catégorie des employés s'est détachée à la catégorie des dirigeants d'entreprise, catégorie sans doute plus restreinte que celle des «cadres», en droit français, car elle ne se confond pas avec les employés supérieurs. La jurisprudence a dégagé ses traits distinctifs: collaboration immédiate avec le chef d'entreprise, attribution d'un vaste pouvoir d'organisation soit de l'entreprise, soit d'un secteur important de celle-ci; autorité hiérarchique sur le personnel.

Ce sont surtout les droits luxembourgeois et belge qui font une place à part aux employés — à côté des ouvriers — et introduisent une nette dualité de régime.

Au Luxembourg, la loi du 31 octobre 1919 modifiée par les lois des 7 juin 1937 et 20 avril 1962, a créé un régime légal particulier en faveur des employés privés. Il en va de même en matière de sécurité sociale. En Belgique surtout, deux lois différentes régissent les deux espèces de louage de services: la loi du 10 mars 1900 régit le *contrat de travail*, la loi du 7 août 1922 le *contrat d'emploi*. On a déjà dit que la première était interprétative et respectueuse de l'égalité des parties: la seconde, moins complète, est, en revanche, impérative et traite les parties sur un pied différent.

Les traits qui opposent le contrat d'emploi au contrat de travail ordinaire sont, en les regroupant, les suivants: stabilité de l'emploi renforcée (délais de congédiement plus longs); stabilité de la rémunération (paye mensuelle forfaitaire — conservation du traitement en cas de maladie); indemnité de licenciement en cas de cessation de l'entreprise; juridiction particulière pour les litiges surgissant entre les parties. Mais en Belgique, les lois récentes des 4 mars 1954, 20 juillet 1960 et 10 décembre 1962 ont eu pour effet de rapprocher sensiblement la condition de l'ouvrier de celle de l'employé. Sans faire disparaître la différence dans la longueur du délai de préavis, elles ont fait bénéficier les ouvriers de techniques jusque-là propres aux employés: délai de préavis d'ordre public, plus long pour le salarié que pour l'employeur, augmenté en fonction de l'ancienneté; suspension du contrat; salaire forfaitaire garanti, restant cependant de un mois pour l'employé, d'une semaine seulement pour l'ouvrier.

Le critère essentiel de l'ouvrier et de l'employé découle de la nature de leur travail: d'un côté (contrat d'emploi) travail sinon exclusivement du moins principalement *intellectuel* (Luxembourg —

Belgique), alors que le travail exécuté dans le cadre du contrat de travail est un travail *manuel*. Accessoirement, la loi exige la continuité de l'emploi dans le contrat d'emploi privé luxembourgeois. Au Luxembourg, la législation de sécurité sociale comporte l'énumération des activités qui sont constitutives de la profession d'employé privé. En Belgique, une jurisprudence abondante, mais sans que la Cour de cassation se soit prononcée, s'attache à délimiter le domaine des deux contrats. La nature manuelle ou intellectuelle du travail est le seul élément de distinction. La périodicité du paiement du salaire est sans influence. Il est à signaler que le travailleur de bureau est un employé; les contremaîtres sont des ouvriers.

Il existe donc en droit comparé deux critères de l'employé: celui de la collaboration (Italie) et celui de l'activité intellectuelle (Belgique).

En définitive la distinction entre ouvriers et employés, secondaire, dans quatre pays, demeure fondamentale en droits belge et luxembourgeois. La difficulté d'aboutir à la disparition de cette distinction sans doute périmée, tient à la raison suivante: les employés, bénéficiant d'un régime juridique généralement plus favorable, n'accepteraient pas d'être soumis au régime des ouvriers; la fusion au sein d'un régime unique ne pourrait donc s'entendre que de l'extension aux ouvriers des règles propres aux employés — ce qui entraînerait de lourdes charges pour les entreprises. C'est cependant sur cette voie que la Belgique s'est engagée à la période contemporaine et le rapport belge contient d'importantes indications sur le rapprochement de deux catégories par extension aux ouvriers des techniques jusque-là propres aux employés.

Si la distinction des ouvriers et employés à tendance à perdre de son importance, celle des employés simples et des employés supérieurs (cadres, dirigeants d'entreprises) revêt, dans les six pays de la Communauté, un plus grand intérêt que naguère (cf. n° 37 les dirigeants de sociétés). Elle mériterait une étude spéciale.

## Section II

### CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

#### *Généralités*

43. La théorie juridique de la conclusion du contrat de travail n'est pas présentée de la même façon ni avec la même ampleur dans les différents rapports.

Une première observation qui s'impose au départ porte sur la soumission du contrat de travail au droit commun des contrats civils: il convient donc d'étudier successivement les conditions de fond auxquelles il est subordonné, les conditions de forme, puis la sanction — c'est-à-dire la nullité du contrat. Parmi les conditions de fond, l'influence du droit civil conduira à envisager successivement: le consentement, la capacité des parties, l'objet et la cause, notions civilistes dont on cherchera seulement la transposition. Dans certains systèmes juridiques (Italie), on oppose les conditions subjectives et objectives, (c'est-à-dire les parties et l'objet) et les éléments (forme, volonté, cause) ou accidentels (condition et terme) du contrat. Ce n'est, en définitive, qu'une question de présentation, et ne reflète aucun parti pris sur la portée réelle du contrat.

L'étude de la conclusion du contrat doit-elle se limiter aux données relevant du droit civil général? Dans certaines législations, on répond négativement et on rattache à l'étude de la conclusion du contrat de travail les institutions de droit public qui ont compétence en matière de placement et d'emploi, les autorisations qu'elles doivent délivrer, etc., c'est-à-dire, en définitive, et par une dénomination significative, la réglementation de *l'embauchage*.

Ne faut-il pas également lier à l'étude de la conclusion du contrat de travail les principes de droit constitutionnel qui la dominent, tels que celui de la liberté du travail?

Afin de donner au sujet toute son ampleur, on commencera par le situer dans le cadre du droit public. Après, seulement, la conclusion du contrat de travail sera présentée comme celle d'un contrat de droit civil et, tour à tour, les conditions générales de fond et de forme seront examinées; enfin, il sera traité de ses modalités particulières (éléments non essentiels). En revanche, on renverra l'étude de la nullité du contrat de travail à la deuxième partie.

## § 1. L'EMBAUCHAGE EN DROIT PUBLIC

### *La liberté du travail et ses conséquences*

44. Le premier point qui mérite d'être souligné, encore que son importance apparaisse comme inégale d'un pays à l'autre, concerne la liberté du travail. Ce principe ne signifie nullement que l'autonomie de la volonté subsiste dans sa pleine acception en matière de travail, mais seulement que le rapport individuel de travail ne saurait reposer sur la contrainte juridique; la formation de ce lien requiert le libre

consentement du travailleur et de l'employeur. C'est au demeurant une simple application de la liberté individuelle, principe général de civilisation, commun aux six pays européens.

Il est consacré par l'article 2, paragraphe 2 du code civil néerlandais, qui affirme qu'aucune forme de servitude personnelle ou d'esclavage n'est tolérée dans le Royaume. En France, depuis les lois d'Allarde et Le Chapelier, la liberté du travail fait partie du droit public traditionnel.

Le rapport allemand formule un peu différemment et plus restrictivement le principe en l'envisageant au regard de la libre circulation appliqué au choix du lieu de travail. En Allemagne, cette dernière directive n'était pas appliquée dans la période 1933-1945 et il était essentiel par conséquent de la réaffirmer avec précision et solennité. Aujourd'hui, l'article 11 de la loi fondamentale est consacré au droit de circuler librement sur l'ensemble du territoire fédéral — et l'article 12 édicte le droit au libre choix de la profession. Donc, tout citoyen peut choisir sa profession et son lieu de travail. Nul ne peut plus être contraint à un travail déterminé «si ce n'est dans le cadre d'une obligation générale et traditionnelle de prestation de service, de caractère public et identique pour tous». Le travail forcé est illicite (sauf évidemment condamnation pénale).

#### *La non-discrimination dans l'embauchage*

45. Relève également des principes généraux du droit public libéral la règle de la non-discrimination dans l'emploi.

Elle n'est guère abordée que sous un seul aspect par les différents rapports nationaux: celui de la discrimination fondée sur des motifs d'appartenance syndicale. Mais une certaine concordance se vérifie: cette forme de discrimination est décrite comme contraire à la liberté du travail, à l'égalité juridique et aussi à la liberté syndicale. Le rapport allemand fait état, à côté du droit fondamental de la liberté positive d'association, du caractère illicite des dispositions conventionnelles subordonnant l'emploi dans l'entreprise à l'appartenance du travailleur à un syndicat déterminé, ou prévoyant que seuls peuvent être embauchés des travailleurs syndiqués (garantie de la liberté négative d'association). De la même manière la législation française procède d'un souci de non-discrimination dans les deux sens: le refus d'embaucher pour appartenance ou non appartenance au syndicat est illicite (loi du 27 avril 1956); il est vrai que la preuve en ces matières



est difficile à apporter et que l'effet essentiel de la prohibition se limite à frapper de nullité certaines clauses des conventions collectives.

*Les institutions administratives de contrôle des embauchages* (2)

46. La liberté d'embauchage pourrait se trouver remise en cause par le développement d'une tendance législative importante — prolongement sur le terrain social de la politique d'économie dirigée — consistant dans l'apparition de services publics ayant, entre autres attributions, mission de contrôler le placement et l'embauchage de la main-d'oeuvre. En Italie, il semble que l'inscription du travailleur sur les registres de placement soit même une condition de validité du contrat de travail (art. 2098 du code civil). Mais l'embauchage d'un travailleur sans livret de travail n'entraîne pas la nullité du contrat.

En France, le service départemental de la main-d'oeuvre, créé par l'ordonnance du 24 mai 1945, est en principe responsable du placement. A ce titre, il exerce un contrôle sur l'embauchage; l'employeur doit tantôt adresser une déclaration au service, tantôt solliciter son autorisation. En fait, ce régime d'autorisation administrative n'a pas la portée qu'on pourrait croire et demeure sans incidence sur la validité même de la conclusion du contrat. L'employeur en contravention devient seulement passible d'amende.

Au Luxembourg, l'office national du travail est chargé de jouer le rôle d'intermédiaire entre offres et demandes d'emploi; d'où déclaration d'un côté des emplois vacants, et inscription d'un autre côté des demandeurs d'emploi. Mais il n'en résulte aucune obligation de part et d'autre. Comme en France, l'embauchage direct ou par voie d'annonces demeure normal, et l'absence d'autorisation de l'office n'est sanctionnée que par des amendes et demeure sans incidence sur la validité de l'embauchage.

En droit allemand, le conseil d'entreprise exerce un contrôle non négligeable sur l'embauchage. Dans les entreprises employant plus de vingt travailleurs ayant le droit de vote, l'employeur doit, pour tout embauchage prévu, faire connaître au conseil d'entreprise l'emploi envisagé pour le candidat et lui fournir des renseignements sur la personne de ce dernier. Le conseil d'entreprise peut soulever des objections contre l'embauchage prévu en indiquant ses raisons. Si un accord ne peut être réalisé, l'employeur a le droit d'embaucher à titre provisoire

---

(2) Voir *La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Luxembourg, 1958; *La protection des travailleurs en cas de perte de l'emploi*, Luxembourg, 1961.

le candidat, mais le conseil d'entreprise peut faire appel au tribunal du travail pour lui faire constater qu'il a un motif de refuser son approbation. Il est vrai que ces objections du conseil d'entreprise doivent se fonder sur des motifs précisés dans la loi et rarement réunis en pratique. Si le tribunal du travail donne raison au conseil d'entreprise, il est mis fin automatiquement au contrat de travail provisoire. Cette réglementation s'écarte beaucoup de celle des autres pays et constitue le seul cas d'une conception institutionnelle de l'embauchage. En revanche, dans la république fédérale d'Allemagne, la conclusion du contrat de travail n'est plus soumise à aucune autorisation administrative.

Si bien qu'au total, et sauf en Italie, ces régimes variables de contrôle ne portent pas atteinte à la liberté d'embauchage. Enfin, la liberté d'embauchage semble être demeurée entière en Belgique et aux Pays-Bas.

## § 2. CONDITIONS DE FOND

### A - «Les parties» - substitution ou interposition de personnes - contrat d'équipe

Selon une première règle unanimement admise, si l'employeur peut être une personne physique, une personne morale, le salarié ne saurait être de son côté qu'une personne physique: une personne morale ne promettrait pas son fait personnel mais celui de ses membres. On peut donc rattacher cette règle au caractère *d'intuitus personae* reconnu au contrat individuel de travail.

Ce caractère engendre une autre conséquence, à savoir qu'il ne saurait être en principe possible d'insérer dans le contrat de travail une clause de substitution ou de remplacement en faveur du salarié. Le salarié est tenu d'exécuter lui-même le travail (ex. art. 1639, a) du code civil néerlandais). La jurisprudence néerlandaise y voit une des caractéristiques du contrat de travail.

48. Assez différent apparaît le problème posé par le *contrat d'équipe*: l'employeur peut-il avoir en face de lui comme co-contractants — non pas une personne isolée, mais une collectivité de travailleurs formant groupe ou équipe dès avant la conclusion du contrat? En droit allemand, on considère que les membres de l'équipe forment une *société civile*, le chef d'équipe passant les contrats de travail avec l'employeur. Il existe donc, en définitive, un contrat entre l'employeur et chaque

membre de l'équipe (en droit néerlandais, certains estiment qu'il y a un seul contrat comportant plusieurs parties). Cette situation doit être nettement distinguée de celle consistant dans la constitution — après l'embauchage et par les soins de l'employeur — d'une équipe d'entreprise chargée de travailler en commun: on se trouve alors simplement en présence d'une application du pouvoir de direction de l'employeur.

En droit belge, on recourt en pareille occurrence à une présomption irréfragable de *mandat*: le conducteur de groupe ou chef d'équipe est présumé agir à titre de mandataire du chef d'entreprise dans ses rapports avec les ouvriers composant l'équipe. Le résultat est le même: l'employeur est directement responsable des actes commis par le chef d'équipe, en tant que mandant.

Le droit italien aboutit à des résultats voisins par d'autres techniques de portée plus vaste, car elles visent non pas seulement le contrat d'équipe mais la *sous-entreprise de main-d'oeuvre*. Il prend en considération l'interposition de personne consistant dans la dissociation de la qualité d'employeur et celle de chef d'entreprise; il y a alors un risque que le chef d'entreprise ne s'efforce — en recourant à cette interposition de personne — de se soustraire à ses obligations envers le personnel. Le droit italien n'admet pas qu'il y ait alors simulation selon le procédé traditionnel du prête-nom — ni fraude à la loi: il a recours à une *interdiction pure et simple* — contenue dans l'article 2127 du code civil — de l'*interposition réelle de personne* dans le travail à la tâche. Il est donc prohibé de faire recruter du personnel rémunéré à la tâche par un salarié, prenant vis-à-vis de ce personnel le rôle d'employeur («tâche collective autonome»), analogue au contrat d'équipe.

49. Une loi du 23 octobre 1960 étend cette prohibition au cas où le recruteur n'est pas un salarié du chef d'entreprise, tenant en somme le rôle de chef d'équipe, mais une entreprise autonome: ce que le droit italien appelle la *pseudo-entreprise* parce que l'entreprise (intermédiaire) qui fournit la main-d'oeuvre qu'elle recrute et rémunère, n'a pas elle-même les moyens matériels de faire exécuter le travail.

Les justifications de cette prohibition sont diverses: la pseudo-entreprise, plus encore que le contrat d'équipe (tâche collective autonome), favorise le marchandage, permet au chef d'entreprise d'échapper à la réglementation du travail, au paiement des contributions de sécurité sociale et de prévoyance (l'intermédiaire étant souvent insolvable). Le droit italien en est donc arrivé à cette règle générale: la qualité d'employeur doit être nécessairement assumée par le chef

d'entreprise. Le contrat de travail conclu par un intermédiaire est illicite.

Le droit français apparaît moins radical et plus complexe: la seule interdiction qu'il connaisse est celle du marchandage (c'est-à-dire l'exploitation des ouvriers par des sous-entreprises de main-d'oeuvre); quant à la sous-entreprise de main-d'oeuvre elle-même, elle n'est pas prohibée, mais il y a, dans certaines conditions seulement, *substitution de l'entrepreneur principal au sous-traitant* (comme en droit belge), pour le paiement des salaires, des congés, des cotisations d'assurances sociales, etc. . . ., avec, pour conséquence, une action directe du salarié ou des tiers lésés, contre lui. La jurisprudence fait une application extensive de ces textes, spécialement en ce qui concerne la dette des cotisations sociales. Quant au contrat d'équipe, il n'est pas réglementé par le droit français.

### B - La capacité

50. En matière de contrat de travail — comme pour la conclusion de tout acte juridique — il est nécessaire de distinguer la capacité de droit ou de jouissance, et la capacité d'agir ou d'exercice. A ce double point de vue, les règles du droit civil subissent une adaptation indispensable.

En ce qui concerne la *capacité de droit ou de jouissance*, c'est-à-dire l'aptitude à devenir partie à un rapport individuel de travail, elle a attiré de longue date l'attention du législateur de tous les pays. La réglementation spéciale ne concerne bien entendu que les salariés, la capacité de l'employeur étant réglée par le seul droit civil. Elle revêt un caractère de droit public plus que de droit privé, étant inspirée par le désir de protéger, au delà de l'une des parties, la santé publique elle-même.

La première restriction à la capacité découle de l'*âge*. Il existe une incapacité de jouissance propre aux professions salariées au-dessous d'un âge minimum (âge professionnel). Cet âge est de 15 ans (sauf exceptions) en Italie — de 14 ans en Belgique — 14 ans ou âge de fin de scolarité pour les garçons et 15 ans (sauf exceptions) pour les filles aux Pays-Bas — 14 ans ou âge de fin de scolarité en Allemagne — 14 ans au Luxembourg. En France, cet âge correspond à la fin de l'obligation scolaire (14 ans actuellement, 16 ans à partir de 1967). Au surplus, la législation subordonne la reconnaissance de la capacité professionnelle de l'enfant à la délivrance d'un certificat médical prouvant que l'enfant est en bonne santé et apte au travail, ainsi que d'un livret de travail (Italie - Allemagne - France).

51. En ce qui concerne la *capacité d'agir ou d'exercice*, certaines législations se contentent d'un renvoi pur et simple au code civil (France), mais l'application en est pratiquement malaisée et l'usage s'en est souvent écarté. Outre que le contrat de travail est un acte de la vie courante et doit pouvoir être facilement conclu — il a un caractère personnel pour celui qui s'engage, si bien que la présence de l'incapable à la conclusion apparaît normale.

C'est pour les *mineurs* de moins de 21 ans que le problème revêt le maximum d'acuité. Dans tous les pays, ce mineur est représenté par son père ou tuteur, si bien qu'il ne devrait jamais pouvoir conclure lui-même un contrat de travail, le consentement devant être donné par le seul représentant légal.

En France, le principe a dû fléchir devant la pratique, rare exemple dans le système juridique français d'une coutume «*praeter legem*»; en fait (et avec l'approbation de la doctrine), le contrat est passé par le mineur lui-même, assisté ou autorisé de son représentant. L'autorisation s'est substituée à la représentation. Elle est parfois simplement tacite, tout en demeurant indispensable. En Belgique, on retrouve une règle légale expresse (art. 31, loi 1900) dans le même sens, le refus d'autorisation pouvant être déferé au juge de paix. Le contrat passé sans autorisation est nul d'une nullité relative.

Au Luxembourg, pour le contrat de travail comme pour celui d'apprentissage, le mineur, doit être représenté par son père ou tuteur. Il est pourtant signalé que la pratique ne concorde pas toujours avec la règle légale, sauf en ce qui concerne le contrat d'apprentissage.

En Allemagne, pour les mineurs de plus de 17 ans, une option existe entre la conclusion par le mineur assisté de son père ou tuteur, et la conclusion par l'entremise du représentant légal.

Aux Pays-Bas (art. 1637, g et h du code civil), il existe des règles écrites originales: d'abord le mineur peut conclure un contrat avec l'autorisation verbale ou écrite de son représentant légal, autorisation générale ou limitée à un seul contrat (et parfois conditionnelle); de plus, si le mineur a travaillé sans opposition plus de quatre semaines, il est censé avoir été autorisé par qui de droit; l'absence éventuelle d'autorisation ne peut plus être alléguée.

L'Italie adopte une solution originale: il existe en matière de contrat de travail une majorité spéciale fixée à 18 ans; dès 18 ans, le mineur peut donc conclure seul un contrat de travail, ce qui rend sans utilité à cet égard l'institution de l'émancipation. De 14 à 18 ans (et

sauf le cas d'émancipation résultant du mariage, permis aux filles dès l'âge de 14 ans et aux garçons dès l'âge de 16 ans), le contrat de travail est passé par le représentant légal. Mais en aucun cas alors, il n'est possible de substituer à ce régime de représentation un régime d'autorisation comme dans les cinq autres pays. Le caractère personnel de la prestation de travail ne saurait faire fléchir une règle légale formelle.

Le contrat de travail étant un acte d'administration, il est généralement reconnu que le *mineur émancipé* peut procéder seul à sa conclusion — soit comme employeur (mineur autorisé à exploiter une affaire commerciale), soit comme salarié.

52. Le cas de la femme mariée est très différent. Sa capacité aujourd'hui reconnue dans les divers pays lui permet en règle générale de conclure librement un contrat de travail. Certains pays réservent cependant au mari une faculté d'opposition (France). L'opposition du mari doit alors être notifiée à l'employeur. Mais la femme peut demander au juge de lever cette opposition si elle n'est pas fondée sur les intérêts généraux de la famille. Au Luxembourg, l'autorisation (en général tacite) du mari est nécessaire.

### C - Le consentement ou accord des volontés

53. Il n'existe pas de règles propres au contrat de travail et plusieurs rapports traitent la question par prétériorité. En droit français, la jurisprudence lui reconnaît une certaine importance. La nécessité d'un consentement tout d'abord ne fait pas de doute, quelle que soit la façon dont il se soit manifesté. L'originalité du contrat de travail provient de ce que cette manifestation revêt une physionomie particulière: l'employeur impose le plus souvent ses conditions, auxquelles le salarié adhère tacitement. Ces conditions présentent un caractère collectif et sont inscrites à l'avance dans un statut ou un règlement intérieur.

Peu importe, cette adhésion tacite du salarié constitue la source juridique de son engagement. La Cour de cassation française, notamment, fait souvent état de cet accord tacite des parties lors de l'embauche pour justifier la possibilité pour l'employeur d'infliger les sanctions disciplinaires prévues au règlement intérieur — pour expliquer le droit du salarié de réclamer telle gratification versée en conformité d'un usage constant dans l'entreprise — ou encore pour valider les notes de service ou circulaires attribuant des primes d'assiduité ou de régularité aux seuls travailleurs n'ayant pas participé à un mouvement de grève. Toutes ces décisions sont fondées sur l'article 1134 du code civil (les

conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites).

Plus généralement le caractère de *contrat d'adhésion* attribué au contrat de travail n'a suscité dans aucun pays de réaction législative ou jurisprudentielle. En Belgique le contrat d'adhésion est traité comme une convention ordinaire que le juge interprète en recherchant la commune intention des parties. En Italie, le fait que le salarié adhère à des conditions préétablies n'entraîne aucune conséquence spéciale. Il peut toujours refuser l'emploi; s'il l'accepte, il y a manifestation d'un accord au moins tacite.

54. La théorie civiliste des *vices du consentement* sur laquelle insiste le rapport français, s'applique en principe au contrat de travail, mais la pratique en révèle peu d'exemples: l'erreur sur la personne sera parfois prise en considération dans les contrats d'engagement d'artistes, contrats ou *l'intuitus personae* est déterminant. Le dol pourra se rencontrer si un mineur par exemple a trompé l'employeur sur son âge; mais la jurisprudence française refuse de considérer comme étant déterminante la tromperie relative à la situation militaire antérieure du salarié. Bien que souvent le contrat soit conclu sous la pression de nécessités économiques vitales, les tribunaux refusent de faire application de la notion de violence morale pour annuler le contrat de travail.

Quant à la *lésion*, en cas de salaire anormalement bas, elle ne peut être prise en considération en l'état présent des textes du code civil français (d'ailleurs la réglementation du salaire minimum la rendrait aujourd'hui inutile). Il n'y a que le droit belge qui tienne compte de la lésion dans le seul contrat d'emploi et à la condition que la rémunération prévue soit au-dessous d'un certain chiffre maximum (180 000 francs par an). Le contrat peut être rescindé lorsque la rémunération stipulée est inférieure de plus de moitié à celle qui aurait dû être versée suivant les usages de la région. Rien n'est prévu pour le contrat de travail *stricto sensu* et d'ailleurs il ne paraît pas que cette disposition soit jamais appliquée.

La rencontre des deux volontés peut ne pas être réalisée en un seul trait de temps. Il arrive que l'employeur (par voie de presse par exemple) fasse une *offre d'emploi*. La force obligatoire de cette offre découle des principes du droit civil; elle dépend de sa précision et du point de savoir si elle s'adresse à une personne déterminée ou au public, auquel cas il peut y avoir refus d'agrèer les candidats qui se présentent,

(sauf à tenir compte de ce qui a été dit de la non-discrimination en matière syndicale). Quant à l'hypothèse du contrat de travail conclu *par correspondance*, la jurisprudence française considère que le moment et le lieu de formation du contrat sont des questions de fait, variables selon les circonstances de l'espèce: en général, c'est le moment où l'offre est définitivement acceptée qui sera pris en considération et le lieu où cette acceptation a été exprimée. En droit luxembourgeois, on tient compte du moment où l'offrant reçoit l'acceptation.

Enfin, on peut rattacher à la théorie du consentement la question de la *simulation* dans le contrat de travail — abordée dans les rapports français et italien et déjà signalée à propos du critère du contrat de travail (dissimulation d'un contrat de travail derrière un contrat d'entreprise, de mandat — pour un VRP par exemple — ou d'apprentissage, pour éluder la réglementation du travail ou du salaire). En droit français, la simulation peut consister à déguiser un contrat à durée indéterminée en contrat à durée déterminée pour éviter d'avoir à respecter le délai-congé.

#### D - L'objet

Si la théorie du consentement a été surtout développée par le rapport français la notion d'objet dans le contrat de travail a retenu l'attention du rapport italien, dont les observations présentent d'ailleurs un intérêt de caractère général.

56. La *licéité de l'objet* peut être entendue de deux façons: *Stricto sensu*, cette condition signifie que la prestation exigée du travailleur ne peut avoir un objet contraire en lui-même à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. Exemple: engagement pour la fabrication d'un produit pharmaceutique prohibé ou pour une activité de contrebande. Mais, *lato sensu*, le caractère illicite du contrat peut découler de ce qu'il a été conclu en infraction à une règle légale impérative. Exemple: engagement d'un enfant au-dessous de l'âge légal ou d'une femme pour des travaux souterrains, ou encore engagement à vie. La doctrine italienne conteste alors qu'il y ait réellement illicéité de l'objet. Le rapport belge assimile les deux hypothèses. On peut, en tous cas, concéder que le contrat de travail est alors, dans son entier, nul comme interdit par la loi. Aucune difficulté réelle ne peut se présenter sur ce point.

57. Le *caractère déterminé ou déterminable* de l'objet débouche sur la théorie de la *qualification*. Si, en effet, les tâches qui seront confiées



au travailleur sont librement fixées par le chef d'entreprise, il convient d'assigner à ce pouvoir une limite, sans laquelle il n'y aurait pas de contrat valable. Autrement dit, il convient lors de l'embauchage que la prestation à fournir soit déterminée au moins par référence à une qualification ou à une catégorie. L'employeur pourra affecter le salarié au poste qu'il estimera utile ou opportun — mais uniquement dans la mesure de la qualification reconnue au salarié dans le contrat et de la catégorie dans laquelle il a été rangé. Il y a des tâches qui correspondront à cette qualification (voir le rapport italien), d'autres non.

Cette question se situe donc au point d'insertion du contrat individuel dans les rapports collectifs (convention collective et organisation de l'entreprise).

La qualification est au surplus la mesure de la rémunération. Elle prend sa source dans le contrat (qualification conventionnelle) et il serait plus exact sans doute d'y voir une modalité originale du contrat individuel de travail.

58. L'objet de l'obligation de l'employeur est la *rémunération convenue* et il est possible de l'étudier en fonction de la théorie des conditions de validité du contrat.

La rémunération devient illicite lorsque son taux est inférieur au salaire minimum légal ou inscrit dans la convention collective. On évite cependant la nullité du contrat normalement encourue, par un procédé original: il y a substitution automatique du taux minimum de rémunération prévu par la loi ou la convention collective au taux prévu par les parties (Italie - France - Belgique).

Le caractère indéterminé ou indéterminable de la rémunération peut susciter des litiges. Normalement, elle devrait être fixée à l'avance par les parties ou confiée à l'arbitrage d'un tiers. Le droit italien admet qu'à défaut d'accord des parties ou de référence à une convention collective, le contrat demeure valable et la détermination du salaire est confiée au juge (art. 2099 du code civil). Celui-ci est invité par la constitution elle-même à appliquer le critère de la proportionnalité de la rémunération à la quantité et à la qualité du travail fourni. La cour de cassation italienne a encore élargi ce pouvoir du juge: si la rémunération — au lieu d'être indéterminée — est insuffisante, le contrat de travail n'est pas non plus nul, mais il appartient au juge d'en compléter le montant.

### E - La cause

59. Il se peut qu'un contrat de travail n'ait pas une cause licite. On en trouve des exemples dans les différents rapports: engagement d'une femme en vue de la livrer à la prostitution, engagement d'une personne en vue de lui faire commettre un délit ou un crime, ou de l'occuper dans une maison de jeu. On peut encore ajouter: engagement pour accomplir un travail au service de l'ennemi en temps de guerre ou pour fabriquer un objet hors de commerce.

Au sens véritable du mot, la cause du contrat de travail est l'échange réalisé par les parties, autrement dit le rapport prestation-rémunération; l'employeur cherchant à utiliser la force de travail du travailleur — le travailleur recherchant la rémunération stipulée. C'est la cause générale, abstraite, commune à tout contrat de travail, qui en explique la fonction objective et le définit. Cette cause ne saurait jamais être immorale ou illicite.

Dans les exemples précités, apparaît en réalité illicite ou immoral le but plus particulier recherché en commun par les parties dans un cas concret et que le droit français appelle cause «impulsive et déterminante», le droit italien «motif illicite commun». Dans une situation concrète donnée, il entraîne exceptionnellement la nullité du contrat.

#### § 3. CONDITIONS DE FORME ET PREUVE

60. Le contrat de travail est-il un contrat à *forme libre* ou à *forme imposée* ou, selon la terminologie traditionnelle, un contrat *consensuel* ou *solennel*? Dans l'ensemble des six pays, la réponse est semblable, tout en comportant un certain nombre de réserves ou restrictions analogues.

En principe, la forme du contrat de travail est libre: il peut être conclu par écrit ou oralement et même tacitement (Italie - Allemagne - Belgique - Luxembourg - France; art. 19, livre I du code de travail - Pays-Bas). C'est la règle du consensualisme. L'échange des consentements suffit à lier les parties, même avant tout commencement d'exécution du travail.

61. Mais différentes précisions constituent autant de limites apportées au principe:

a) *Les conventions collectives* peuvent prescrire la rédaction du contrat par écrit ou exiger une lettre confirmative de l'engagement.

b) *Certains contrats* doivent exceptionnellement être rédigés par écrit et en certaines formes: engagement des gens de mer (acte

authentique en Italie, acte écrit en France et aux Pays-Bas) — des mariniens (acte sous seing privé en Italie) — contrat d'apprentissage (sous seing privé en France), en Allemagne et au Luxembourg) — contrat d'engagement des employés privés au Luxembourg ainsi que des agents des chemins de fer (écrit) — contrat des employés de sécurité sociale (nécessité d'un écrit en Allemagne). Un échange de lettres suffit à constituer en général un écrit. La confection du document par des procédés mécaniques est suffisante à condition qu'il porte la signature des parties et soit établi en deux exemplaires (aux Pays-Bas, un seul suffit).

c) *Certaines clauses* ne sont valables que si elles ont été rédigées par écrit. Faute d'écrit, le contrat tout entier n'est pas nul, mais la clause est réputée non avenue. Il en va de la sorte pour la clause *d'essai* (Italie - Belgique - Luxembourg pour les employés privés), la clause *d'amende* (Pays-Bas), l'assignation au contrat d'*une durée déterminée* ou terme (Italie - France, au-dessus d'un an - Belgique: l'écrit est une condition d'existence de la clause de limitation du contrat dans le temps; à défaut d'écrit, le contrat d'emploi est à durée indéterminée); la clause de *non-concurrence* (Italie - Pays-Bas - Allemagne). Aux Pays-Bas, les dispositions semi-impératives de la législation ne peuvent être écartées que moyennant rédaction d'un écrit.

d) Enfin, en Allemagne, les parties conviennent parfois par *accord individuel* antérieur d'adopter la forme écrite ou même de faire dresser un acte notarié. En général, cependant, on considère que les parties n'y ont attaché de valeur qu'au point de vue de la preuve.

Au Luxembourg, un exemplaire du règlement d'atelier doit être remis à chaque ouvrier embauché dans les mines.

En cas de nécessité d'un écrit, le contrat de travail est en général dispensé de timbre (France - Pays-Bas) et d'enregistrement (France) afin d'éviter les frais. Ceux-ci sont, en tout état de cause, à la charge de l'employeur.

## 62. Quels sont les *modes de preuve* du contrat de travail?

Dans les pays qui ont appliqué le code Napoléon ou des codes inspirés de celui-ci, l'article 1781 faisant foi à l'affirmation du maître pour le paiement et le montant du salaire a partout été abrogé. (Il n'avait jamais été en vigueur en Italie). Tant en ce qui concerne la charge de la preuve et l'admissibilité des moyens de preuve, que son administration, il convient de se référer purement et simplement au

droit civil. Le contrat étant souvent verbal, la preuve de son existence et surtout de son contenu (qualification — taux du salaire) ne vont pas sans susciter des difficultés, puisque la loi exige la préconstitution de la preuve par l'exigence d'un écrit au-dessus d'une certaine somme. Au Luxembourg, on applique purement et simplement les règles de preuve du droit commun. L'exigence d'un écrit, prévu par le statut luxembourgeois des employés privés, facilitera dans ce cas la preuve — dans les autres cas, on applique le code civil (article 1341).

Aux Pays-Bas l'ancienne règle de l'exigence d'un écrit au-dessus d'une certaine somme, a été écartée pour la preuve du contrat de travail en 1907. Depuis 1923 ce n'est plus une exception au droit commun de la preuve, puisque depuis cette année l'article général du code civil exigeant la preuve écrite préconstituée a été entièrement supprimé.

En France, la jurisprudence et les conventions collectives se sont montrées soucieuses d'assurer en ce domaine une protection plus réelle au salarié. Là où un écrit a été dressé, il n'est pas exigé, quoique le contrat soit synallagmatique — qu'il ait été dressé en double exemplaire. Ainsi une lettre d'engagement de l'employeur est estimée suffisante. Lorsque l'employeur, comme il est fréquent, est commerçant, on applique le principe commercial de la liberté des preuves dont bénéficiera ici le salarié. Par une interprétation extensive de l'article 1348 du code civil, les tribunaux estimeront parfois que le salarié a été dans l'impossibilité morale de se procurer une preuve écrite, à raison de son état de subordination: la preuve de l'existence du contrat et de son contenu pourra être apportée par témoignages et présomptions, même au-dessus de 50 NF. Le salarié utilisera notamment, en ce qui concerne le montant du salaire, les mentions portées sur le bulletin de paye.

Au surplus, les conventions collectives prévoient fréquemment l'envoi au salarié d'une lettre d'embauchage précisant la qualification et la rémunération correspondante. Quelquefois, un exemplaire doit être retourné signé par le salarié. Sinon, l'occupation de l'emploi proposé vaut, selon la cour de cassation, acceptation de la lettre d'engagement.

La règle civiliste s'est trouvée ainsi pratiquement contournée. En Belgique, elle a été formellement écartée par la loi de 1900 en matière de contrat de travail: la preuve testimoniale est admise à défaut d'écrit, quelle que soit la valeur du litige. Mais, dans le contrat d'emploi, il n'existe pas de règle homologue; d'où l'interdiction de la preuve testimoniale si le litige dépasse 3.000 francs.

Le droit allemand, ne semble pas distinguer la question de la forme de celle de la preuve du contrat.

En Italie quoique la preuve du contrat de travail soit soumise aux règles générales du code civil, l'article 439 du code civil élargit dans les litiges auxquels le contrat de travail donne naissance, l'admissibilité de la preuve testimoniale. Elle peut être utilisée même au-dessus de 5.000 liras, ainsi que pour prouver des clauses additionnelles verbales, antérieures, contemporaines ou postérieures à un document écrit. Elle peut être encore employée alors que la loi exigerait un écrit, même s'il n'est pas allégué que cet écrit a été perdu involontairement. Cela tient au rôle plus large dévolu au juge, dans de tels litiges, pour recueillir des preuves de sa propre initiative.

63. Au demeurant l'institution du *livret ouvrier* qui jouait un rôle essentiel au XIX<sup>e</sup> siècle dans tous les pays, comme mode de preuve des engagements successifs du salarié, et qui a disparu ou est tombé en désuétude (ce qui explique les lacunes du droit positif en matière de preuve du contrat de travail), a été conservée en Italie sous le nom de livret de travail: il sert à prouver l'existence du contrat, les tâches remplies, la qualification professionnelle, la rémunération convenue. Il est obligatoire pour tous les travailleurs sauf les dirigeants. Il joue aussi le rôle de certificat de travail.

Ailleurs la disparition du livret s'explique moins par le rôle qu'il jouait comme mode de preuve, que pour une raison différente: l'employeur y inscrivait les avances qu'il avait consenties au salarié et était en droit de retenir le livret jusqu'au remboursement de celles-ci; comme au surplus, le livret favorisait le contrôle de la police sur les déplacements des travailleurs, sa disparition était revendiquée comme une exigence de libération des travailleurs. Au Luxembourg des cartes de travail délivrées par l'Office national du travail et sur lesquelles les employeurs inscrivent les périodes d'emploi ont remplacé les livrets ouvriers.

#### § 4. MODALITÉS

##### A - Le terme - Contrats à durée déterminée ou indéterminée

64. Le contrat de travail sera le plus souvent conclu pour une durée indéterminée. Mais il peut également être souscrit pour une durée déterminée.

Le droit néerlandais formule la distinction de manière un peu différente: il oppose les contrats prenant fin de plein droit et ceux dont

la cessation est subordonnée à une résiliation. Ce qui souligne que cette théorie du terme concerne exclusivement la cessation du contrat.

Dans les différents droits, on assimile au contrat de travail à durée fixée d'avance celui dont la durée est nécessairement limitée dans le temps (contrat de remplacement d'un salarié malade ou en congé pour la durée d'une exposition ou de la représentation d'une pièce de théâtre). C'est le contrat dit «pour une entreprise déterminée».

Les parties ont le choix entre les deux formes de conventions. La loi du 18 avril 1962 interdit pour les employés et les ouvriers le contrat à terme, sauf cinq exceptions. Au paragraphe 620 du BGB, le droit allemand permet aussi bien la conclusion d'un contrat de travail de durée limitée que celle d'un contrat de durée indéterminée. Néanmoins, dans certaines conditions, la jurisprudence s'est prononcée contre la pratique des contrats dits «à la chaîne» ou «à relais». Il y a contrat à la chaîne lorsque plusieurs contrats de durée limitée se succèdent, de telle sorte qu'à l'expiration de chaque période, le contrat prend fin s'il n'en est pas conclu un nouveau. Cette pratique fait perdre au salarié le bénéfice de la protection légale en cas de licenciement, propre au contrat à durée déterminée. C'est pourquoi la jurisprudence du tribunal fédéral du travail s'est constamment prononcée dans le sens de la nullité de telles conventions limitant la durée du contrat lorsqu'au moment où celui-ci a été passé, il n'existait pas de raison matérielle pour en limiter la durée. Par ailleurs, le contrat reste valide mais il est censé être conclu sans limitation de durée.

La loi néerlandaise consacre une prolongation du terme de préavis selon la durée continuée de service. Afin d'empêcher l'évasion de cette prolongation par une série de contrats successifs prenant fin de plein droit, la loi stipule que dès la première continuation le préavis est nécessaire en tout cas.

Les jurisprudences française et luxembourgeoise situent le problème sur le terrain de la qualification. Le juge restituera sa dénomination véritable de contrat à durée indéterminée aux contrats successifs de brève durée imposés par l'employeur pour éluder les règles relatives au délai-congé. De même, signalons enfin que la Cour de cassation française a appliqué récemment la théorie de l'abus du droit au non-renouvellement sans motif sérieux d'un contrat à durée déterminée, assimilant donc le non-renouvellement à une résiliation et rapprochant le régime des deux contrats.

Le droit italien ne se limite pas à la distinction des contrats à durée déterminée et indéterminée. Il s'enrichit d'une troisième catégorie

(qu'on trouve dans certains statuts du personnel) qui constitue une combinaison des deux précédentes et qu'on dénomme contrat de travail avec *clause de stabilité d'emploi*. Elle rapproche la condition du salarié qui en bénéficie de celle de l'agent public; le salarié peut à tout moment résilier son contrat avec préavis (régime du contrat sans détermination de durée) — alors que l'employeur, pendant un certain nombre d'années (correspondant à une certaine limite d'âge ou ancienneté de services) ne peut librement mettre fin au contrat, sauf hypothèses déterminées (régime du contrat à durée déterminée).

La doctrine et la jurisprudence néerlandaises admettent aussi la validité d'une combinaison des deux types; par exemple un contrat prenant fin de plein droit après un certain nombre d'années, mais néanmoins aussi terminable par préavis avant cette fin automatique (si certains événements se produisent ou même sans limitations).

#### B - La condition de l'essai (\*)

65. Le contrat de travail peut être affecté d'une clause prévoyant une période d'essai. Ce procédé s'oppose à l'engagement pur et simple, d'emblée définitif. Son utilité pour les deux parties explique qu'il soit d'usage courant: l'employeur vérifiera que le salarié est apte à l'emploi, le salarié que le travail lui convient. Si l'essai se révèle satisfaisant, le contrat deviendra définitif; sinon, chaque partie reprend sa liberté. L'engagement à l'essai est le plus souvent prévu par les conventions collectives ou les usages. Il peut y être librement recouru par les parties au contrat individuel.

La *durée* de la période d'essai est en général librement fixée par les parties (sauf au Luxembourg pour les employés privés). Souvent d'une semaine pour les ouvriers, elle s'élèvera à plusieurs mois pour les cadres. La loi italienne édicte dans certains cas une durée maxima. De même les Pays-Bas instituent un maximum général de deux mois. Si elle se trouvait anormalement prolongée, elle risquerait d'être utilisée pour mettre en échec les dispositions légales sur le délai-congé. La période d'essai dissimulerait un contrat en réalité définitif. Quelle est la nature de l'engagement à l'essai? Comment est-il rompu?

66. La *nature de l'engagement à l'essai* demeure controversée. Certains considèrent qu'il y a deux contrats successifs: le premier (provi-

---

(3) Voir *La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., Luxembourg, 1958.*

soire) à durée déterminée correspondant à la période d'essai — le second (définitif) à durée indéterminée, commençant une fois l'essai terminé. Cette opinion, bien qu'elle soit l'objet de critique dans les six pays de la Communauté, est estimée, dans certains cas, conforme à la pratique allemande.

Le contrat de travail demeure généralement unique; il est seulement précédé d'une phase préliminaire. Le lien juridique se trouve formé dès l'origine entre les parties et le travailleur à l'essai est tenu de fournir la prestation prescrite — comme l'employeur obligé de payer le salaire convenu; la réglementation du travail s'applique immédiatement. Il faut donc en général parler moins de contrat à l'essai que de période d'essai.

Bien que cette interprétation soit discutable, la doctrine considère généralement que la période d'essai ainsi prévue constitue, au sens juridique de ce terme, une condition affectant la convention. Mais les auteurs diffèrent quant à la nature exacte d'une telle condition — l'expiration de la période d'essai, jugé concluant, suspend-elle la conclusion définitive du contrat? (condition suspensive). Au contraire, y a-t-il, si l'essai n'est pas satisfaisant, résolution du lien contractuel préexistant? (condition résolutoire). L'opinion la plus répandue incline dans ce second sens. De toute façon l'événement de la condition résolutoire ne saurait avoir d'effet rétroactif.

67. En pratique, le problème essentiel est celui de la *rupture de l'engagement conclu à l'essai*. La clause confère normalement à chaque partie une faculté discrétionnaire de résiliation unilatérale à tout moment au cours de la période d'essai. D'une part, il n'est dû (sauf disposition contraire de la convention collective ou du contrat individuel prévoyant un bref délai de prévenance) aucun préavis; le congédiement peut être prononcé du jour au lendemain. D'autre part, il n'est dû aucune indemnité par celui qui prend l'initiative. L'employeur notamment est seul juge des qualités dont a fait preuve le salarié au cours de l'essai.

### Section III

#### EFFETS DU CONTRAT DE TRAVAIL

68. Les droits en vigueur dans les six pays reconnaissent que le contrat de travail est avant tout un contrat synallagmatique d'échange d'un



travail contre un salaire. Il y a donc à la charge de chaque partie une obligation de prestation: fournir un certain travail — payer un certain salaire, qui a le caractère d'une *obligation principale*.

Mais il n'est pas surprenant que les droits qui dévient au contrat de travail le caractère exclusif de contrat d'échange et insistent sur les rapports personnels auxquels il donne naissance, ne se satisfassent pas de ces deux obligations. Ils estiment que les parties se promettent un certain comportement l'une envers l'autre. Même les droits français ou belge, normalement étrangers à cette orientation, admettent l'existence d'*obligations accessoires* à côté des deux obligations principales.

### § 1. LA PRESTATION DE TRAVAIL

69. L'obligation de faire du salarié consiste à exécuter la prestation de travail dans les conditions prévues au contrat. Si le contrat n'a pas fixé toutes ces conditions, l'exécution doit avoir lieu selon les directives données par l'employeur. Il convient d'ajouter que souvent la prestation de travail s'effectuera dans les conditions prévues par le règlement intérieur lequel fait corps avec le contrat individuel. Faute, par la volonté des parties ou le règlement intérieur d'avoir précisé suffisamment les moralités de la prestation, les usages ou la loi, qui possède à cet égard une valeur généralement supplétive, fournissent certaines indications. Il est permis de systématiser ainsi les différents aspects de l'obligation de fournir la prestation de travail tels qu'ils ressortent des divers rapports nationaux:

- 1° Le salarié a tout d'abord l'obligation *d'être présent* sur les lieux du travail à l'heure fixée. Le manquement à cette obligation (absence non autorisée ou non justifiée) constitue, sauf exception, une faute.
- 2° On admet en second lieu, que la prestation de travail doit être exécutée par le travailleur *en personne*. Le transfert de cette obligation à un tiers ou le recours à des auxiliaires est normalement interdit. Cependant le BGB (§ 613, 1°) permet le remplacement par convention spéciale. Et, en général, on estime que si le remplacement est agréé par l'employeur, il est valable. La loi belge prévoit les conséquences de ce remplacement autorisé: action directe du remplaçant contre l'employeur, et de l'employeur contre le remplaçant.
- 3° Le travailleur doit exécuter le travail convenu *avec diligence*, c'est-à-dire en y apportant les soins d'un bon père de famille.

Dans plusieurs pays, il y a là l'application d'une directive commune à toutes les obligations contractuelles (art. 1137 du code civil français). La diligence constitue la mesure de l'exécution exacte (voir toutefois n° 85 sur l'irresponsabilité du salarié en cas de malfaçon involontaire). Dans certaines lois, l'obligation est expressément formulée (art. 7 de la loi belge, 10 mars 1900 - art. 1639, d, code civil hollandais - code civil italien art. 2104). Comme le dit la loi hollandaise, «il doit faire et ne pas faire tout ce qu'il sied à un bon travailleur de faire ou de ne pas faire dans des circonstances comparables». Il faut ajouter qu'étant engagé avec une certaine qualification, celle-ci servira de critère pour apprécier ses aptitudes.

En droit allemand, la prestation doit être normale. La formule contenue dans certains contrats de travail selon laquelle le salarié doit mettre «toute sa force de travail au service de l'employeur», ne doit pas être prise au pied de la lettre, car il appartient à l'employeur de ne pas exiger plus que ne le permettent les forces et la constitution du travailleur.

- 4° La nature et l'importance de la prestation, peuvent avoir été précisées lors de l'embauchage. Bien souvent elles n'auront fait l'objet que d'indications très générales. Aussi est-il admis que l'exécution de la prestation se fait normalement *en conformité des instructions et ordres donnés par l'employeur*. Cela résulte du fait que le salarié est placé en état de subordination. Il peut se faire que l'appréciation du salarié ne coïncide pas avec celle de l'employeur: il ne manquera pas à la diligence, s'il se conforme aux directives de l'employeur. C'est ce dernier qui désigne le poste à occuper et les travaux à exécuter.

Les instructions données par les préposés ou mandataires du chef d'entreprise, sont assimilées à celles données par l'employeur lui-même, dans la mesure où le salarié est placé sous leurs ordres.

- 5° C'est une question délicate que de savoir si le salarié a en principe réservé le monopole de sa force de travail à l'employeur; le travail clandestin fourni en dehors des heures régulières de travail est connu sous le nom de «travail noir». Un travail salarié accompli à l'insu de l'employeur risque dans certains cas d'être considéré comme fautif; un travail indépendant doit être considéré comme toléré, ne serait ce qu'à raison de la difficulté d'assurer en pareil cas un contrôle réel de l'in-

terdiction. En Belgique, la loi du 6 avril 1960 sur le travail noir dans l'industrie de la construction, vise principalement les entrepreneurs; mais elle punit aussi les employeurs qui auront «laissé exécuter» par leur personnel des travaux après la journée de travail ou le dimanche. L'employeur doit donc interdire le travail noir.

#### § 4. LE PAIEMENT DE LA RÉMUNÉRATION (\*)

70. L'employeur a pour obligation principale de verser le salaire et les accessoires convenus. Il s'agit d'une obligation périodique de donner, portant sur une somme d'argent. Dans les pays où existe un *salaire minimum légal*, au Luxembourg, en France, mais non en Belgique ni en Allemagne (sauf en l'absence de convention collective et de syndicat dans une branche donnée, ce qui est exceptionnel) cette obligation doit tout d'abord s'entendre comme l'obligation de verser un salaire au moins égal au salaire minimum garanti: en France, au Luxembourg, celui-ci est indexé sur le coût de la vie. L'employeur qui y contrevient est passible de sanctions pénales et commet une faute contractuelle.

En Italie, l'article 36 de la Constitution, s'il indique que la rémunération est proportionnelle à la quantité et à la qualité du travail fourni, ajoute qu'elle doit être *suffisante* pour assurer au travailleur et à sa famille une existence libre et décente. On interprète en Italie cette règle, comme une exception apportée à l'assimilation du contrat de travail à un contrat d'échange: la personne du travailleur est prise ici en considération et ce droit à rémunération suffisante est un droit qu'il tire non de sa qualité de créancier, mais de personne humaine. Mais l'application d'un salaire minimum légal a été de brève durée: en conséquence d'une délégation de pouvoirs, le gouvernement avait pour les années 1960 et 1961 érigé en salaires minima légaux les salaires minima des conventions collectives. La délégation de pouvoirs n'ayant pas été renouvelée, cette possibilité de fixer des salaires minima a disparu et seul l'article 36 de la Constitution (à compléter par l'article 2099, code civil et les pouvoirs qu'il donne au juge) permet de mettre en échec un salaire insuffisant.

Dans tous les pays il existe des conventions collectives qui fixent les salaires minima afférents aux différentes qualifications professionnelles.

---

(4) De même que les rapports nationaux, le rapport de synthèse ne fournit que de brèves indications d'ordre général, une étude particulière devant être consacrée au problème du salaire dans le cadre de cette collection.

Le contrat individuel peut en général fixer un salaire supérieur à celui résultant de la convention collective; l'employeur doit, s'il y a lieu, payer le salaire convenu lors de l'embauchage. En ce sens, le montant de la rémunération demeure toujours librement convenu par les parties.

Si le contrat individuel prévoit une rémunération inférieure au minimum légal ou conventionnel, le contrat n'est pas nul; la rémunération légale ou conventionnelle se substitue automatiquement à celle irrégulièrement stipulée dans le contrat individuel.

L'intervention du juge est ici exceptionnelle. Cependant, en Allemagne et en Italie, si aucun salaire n'a été fixé, comme la dette de salaire est une suite normale du contrat, le juge fixera le salaire eu égard aux usages de la profession et de la localité. Au surplus, si le salaire est manifestement insuffisant (salaire de famine), il est considéré comme illicite et le juge bénéficiera d'un pouvoir de révision.

71. La législation des divers pays, antérieurement à la convention internationale n° 95 (1949) de l'O.I.T., ou sous son influence, impose à l'employeur un certain nombre d'obligations qui s'incorporent au contrat, quoiqu'elles aient un caractère d'ordre public: elles concernent les modes de paiement, le lieu, la date, la périodicité du paiement, la justification de la somme versée (bulletin de salaires). Cette dernière obligation, du type des obligations de communication, a pour but de permettre un certain contrôle du salarié sur l'exactitude de la rémunération et de la catégorie. Des restrictions sont apportées à la compensation (par voie de retenue sur le salaire) ou à la saisie-arrêt.

Le législateur a donc estimé que le salaire devait être effectivement remis entre les mains du salarié. Il ne peut être contraint d'employer son salaire d'une certaine manière. Il doit recevoir son salaire en argent, non en bons échangeables contre des marchandises.

En cas de faillite de l'employeur, des dispositions sont prises pour que le salaire soit au moins en partie payé par priorité.

Le délai par lequel se prescrit la créance de salaire est variable: deux ans en Allemagne, six mois en France, cinq ans en Italie.

Les salaires masculins et féminins devraient être égaux pour un travail identique dans les six pays de la Communauté. La règle se retrouve en France dans les textes administratifs et les conventions collectives; en Allemagne, on la déduit de l'article 3 de la loi fonda-

mentale; au Luxembourg elle vient d'être consacrée par la législation, par le salaire minimum et un arrêté gouvernemental sur les rémunérations du personnel non titularisé de l'État et des administrations publiques.

72. Il y a lieu de souligner une tendance récente qui aboutit à transformer profondément la nature de la dette de salaire. Jusqu'à ces dernières années, la dette de salaire était la contrepartie stricte de la prestation de travail; elle correspondait à un travail effectivement fourni et n'était due que dans cette mesure. Elle n'était, au surplus, payable qu'après travail fait. Des lois modernes ont imposé le maintien de la rémunération pendant des périodes où aucun travail n'était effectué; ainsi pendant la période des congés annuels — ou encore pour les jours fériés payés (10 jours par an en Belgique) ou pendant un bref délai pour maladie (Pays-Bas). Des accords collectifs garantissent souvent le paiement du salaire en cas de maladie. En Belgique, la loi du 20 juillet 1960 introduit le salaire hebdomadaire garanti: il reste le même, en cas d'incapacité de travail ou de manque de travail pendant sept jours. Le résultat de ces dispositions aboutit à dissocier la dette de salaire de la prestation de travail; le salaire devient l'avantage attaché à une fonction. Au Luxembourg, lorsqu'il y a dispense de travail pour motif d'ordre personnel ou familial, le salaire reste parfois conventionnellement dû. (Voir infra n° 118 la suspension.)

73. Le salaire peut être en espèces ou en nature. Le salaire en espèces peut être payé en numéraire ou par voie de chèque ou de virement. Le salaire en nature (aliments - vêtements - chauffage - éclairage - logement) est pratiqué pour les gens de maison, les salariés agricoles, les gens de mer, etc. L'employeur est tenu de fournir un logement convenable, une nourriture saine et suffisante (loi belge).

Le salaire est calculé en fonction de la durée de la prestation (au temps) ou du résultat (à la tâche ou au forfait).

Le salaire peut se composer d'un élément fixe auquel viennent s'ajouter des suppléments (primes, telles que primes de productivité ou d'assiduité). Il peut prendre la forme des commissions (représentants de commerce), de pourboires, de participations aux bénéfices ou d'intéressement (cession d'actions aux travailleurs ayant une certaine ancienneté). Il faut signaler à cet égard la loi allemande du 12 juillet 1961 «encourageant la formation du patrimoine par les travailleurs».

Les gratifications sont à l'origine purement facultatives; elles ne peuvent alors être exigées par le salarié en vertu d'un droit. En

Allemagne, elles deviennent obligatoires si elles ont été accordées sans réserve pendant trois années consécutives. On retrouve dans les divers droits cette transformation curieuse de la libéralité purement bénévole, en obligation juridique à la charge de l'employeur. En France, un usage constant, la répétition plusieurs années consécutives du versement, transforment la libéralité en accessoire obligé du salaire. Au Luxembourg, par contre, la jurisprudence estime que ni l'usage, ni l'octroi répété ne confèrent au travailleur un droit à la gratification.

Enfin, la pension de retraite ne semble pas être considérée comme un élément de rémunération, même là où son versement est obligatoire.

### § 3. OBLIGATIONS ACCESSOIRES

74. Ce sont elles qui donnent lieu aux controverses les plus vives. En effet si les problèmes qu'elles posent sont identiques dans tous les pays — si même les solutions qui leur sont apportées sont finalement assez voisines — elles font l'objet de formulations doctrinales opposées.

Alors que dans certains pays on se limite à exiger de l'employeur et du salarié certaines obligations de caractère secondaire — généralement de ne pas faire — destinées seulement à faciliter l'accomplissement satisfaisant de l'obligation principale, en les fondant sur tel principe classique d'équité ou de bonne foi (France - Belgique), dans d'autres, la doctrine a construit un système complet fondé sur l'idée d'une coopération ou d'une collaboration (Allemagne - Italie, et même dans une mesure moindre: Pays-Bas - Luxembourg). L'idée dominante est en effet que dans le contrat de travail, les intérêts de chaque partie doivent être protégés par l'autre: l'employeur doit rechercher le bien du travailleur (et non pas seulement lui payer le salaire et respecter les lois sociales), ce qui conduit à mettre à sa charge une obligation appelée de *protection* ou d'assistance. Celle-ci a d'autant plus d'importance que la législation du travail (à caractère impératif) est moins consistante, ainsi en Allemagne. Quant au salarié, non seulement il voit mettre à sa charge une obligation d'obéissance, ce qui peut s'expliquer par son état de travailleur subordonné, mais encore une obligation de *fidélité*, conçue à la fois comme une obligation de respect et de loyauté envers la personne de l'employeur, et comme une obligation de coopérer à la défense des intérêts de l'entreprise.

Cette conception est latente dans la doctrine allemande depuis un demi-siècle. Elle a exercé une influence sensible sur le droit italien;

sous le nom générique d'obligations de *correction*, le droit italien met à la charge des parties une série d'obligations qui tendent à assurer de façon plus parfaite l'exécution du travail, et à créer une certaine harmonie ou collaboration des parties. Cette influence se rencontre également en Hollande où les deux articles de principe (art. 1638, z, et 1639, d, du code civil) qui créent l'obligation de se comporter respectivement en bon employeur et en bon travailleur, visent à imprimer aux parties un comportement réciproque très éloigné de celui qui est exigé du créancier et du débiteur dans les contrats civils de type purement patrimonial. Au Luxembourg l'article 1135 du code civil (bonne foi dans l'exécution des contrats) aboutit à des résultats analogues.

L'idée que le salarié aurait une obligation personnelle de fidélité, et devrait avant tout veiller à la préservation des intérêts de l'employeur semble étrangère au droit français. Le salarié doit aussi veiller à ses propres intérêts. Quant à l'idée d'une obligation d'assistance ou de protection de l'employeur, elle n'a pas non plus pénétré dans le droit français, d'autant plus que le développement de la réglementation du travail, du repos, des congés, de la sécurité et de l'hygiène, en rendrait l'utilité douteuse. Les seules obligations qui ne se ramènent pas à des prestations positives ont le caractère d'obligations préparatoires ou complémentaires, sans but autonome.

Il conviendra donc de faire le départ parmi ces obligations entre celles qui ont cours dans les six pays — et celles dont l'existence, plus doctrinale qu'effective d'ailleurs, demeure controversée.

#### A - Obligations accessoires du salarié

75. Sont admises d'un commun accord les obligations concernant la loyauté, la probité, la discrétion, toutes qualités qu'on exigera du salarié comme de toute personne, en mettant l'accent sur la loyauté et la probité en tant qu'elles se relient à l'exécution de la prestation de travail. En droit néerlandais, il n'existe aucune définition de ces qualités exigées du salarié et il y a là une question de fait. En général, les différentes législations donnent des définitions précises de certains manquements, érigés en délits pénaux; ce sont des obligations de ne pas faire à contenu défini.

Pendant la durée du contrat, le salarié dans tous les pays doit *s'abstenir de toute concurrence déloyale*. La règle est généralement plus précise en ce qui concerne les employés de commerce (§ 60 et 76 HGB): ils ne peuvent exploiter aucune entreprise ni traiter des affaires pour

leur propre compte. Elle a moins de raison d'être pour les travailleurs de l'industrie.

Cette obligation survit à l'expiration du contrat (infra n° 122).

Le salarié ne doit pas *divulguer les secrets de fabrication* dont il peut avoir eu connaissance. Cette obligation de discrétion est généralement sanctionnée pénalement. Elle se continue même après la rupture du contrat, sous la réserve que le salarié doit être libre alors d'utiliser son expérience. Elle constitue le prolongement normal de l'obligation de s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale envers l'employeur.

Le salarié ne doit pas *se laisser corrompre par un tiers*, c'est-à-dire accepter des «pots de vin». Il en est ainsi s'il sollicite ou reçoit des dons, présents ou commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte de son emploi — ou même s'il sollicite ou accepte une offre ou une promesse à l'insu de l'employeur. Il faut distinguer les cadeaux reçus en vue de favoriser un concurrent de l'employeur — et qui constituent un manquement à la loyauté — des présents occasionnels d'usage dans le commerce. Les pots de vin dans la mesure où ils ne reviennent pas à l'État doivent être restitués à l'employeur selon la jurisprudence allemande du tribunal fédéral.

Le salarié doit, en principe, s'abstenir de tout travail occulte au profit d'un tiers (voir supra n° 69).

76. Au delà de ces obligations qui sont directement reliées à la prestation de travail et à sa loyale exécution, l'accord est déjà moins général. En Belgique, le législateur considère que le salarié doit à l'employeur *respects et égards*. On en déduit qu'il doit s'abstenir vis-à-vis de lui de toute voie de fait ou injure. Cette obligation apparaît plus impérieuse sur les lieux du travail qu'à l'extérieur. En Italie, elle se trouve englobée dans le devoir plus général de correction. En Allemagne, en Hollande et en France on considère aussi que la décence et la politesse doivent présider aux rapports personnels des parties.

77. D'autres obligations, plus controversées, procèdent d'une vue différente de la relation individuelle de travail. Celle-ci ne serait pas seulement un rapport de débiteur à créancier, mais une relation de caractère personnel. On est ainsi amené à reconnaître à la charge du travailleur une obligation que tous les droits ne consacrent pas: une *obligation de fidélité*. Selon qu'on fait place à cette obligation ou qu'on l'ignore — on fait prévaloir un système assez différent dans les rapports de travail. Le droit belge fait curieusement une distinction entre



ouvrier et employé: la loi ne mentionne l'obligation de fidélité que dans le contrat d'emploi, mais il n'en tire pas des conséquences autres que l'interdiction de la concurrence déloyale et de la divulgation des secrets d'affaires, qui sont à la charge de tout salarié. L'article 2105 du code civil italien mentionne cette obligation de fidélité et la doctrine y voit un effet de la nécessité où se trouve le salarié de veiller sur les intérêts de la personne et du patrimoine de l'employeur. Mais dans la pratique, cela ne va pas au delà de l'obligation de discrétion ou de non-concurrence qui peut survivre à l'extinction du contrat. En droit allemand on systématise également les obligations de ne pas faire, en parlant d'obligation de sauvegarder les intérêts de l'entreprise. Si on donnait à cette obligation de sauvegarde un contenu positif plus large que les interdictions susmentionnées, et tel que le salarié doive prendre des initiatives chaque fois que l'intérêt de l'employeur est en jeu, on risquerait de se heurter à deux objections: d'une part on contraindrait le salarié à méconnaître la solidarité l'unissant à ses camarades (dénonciation en cas de menace de dommages); d'autre part, on interdirait au travailleur de veiller sur ses propres intérêts, parfois en opposition avec ceux de l'entreprise: ainsi cesser le travail en cas de mouvement revendicatif.

78. La doctrine italienne envisage autrement les obligations accessoires du salarié; sous le nom d'*obligations complémentaires instrumentales* (ou secondaires ou non autonomes) — elle considère que le salarié doit garantir à l'employeur que la prestation de travail aura pour lui l'utilité qu'il en attend: veiller sur les instruments de travail, témoigner d'initiative personnelle si les ordres ne sont pas suffisants, réparer les avaries légères. Elle les rattache au critère de la bonne foi qui doit présider à l'exécution des obligations. On peut estimer qu'il y a là de simples aspects de la prestation de travail et de la diligence qui doit y présider.

Au surplus, le critère de la bonne foi dans l'exécution pousse la doctrine italienne à accorder une large place aux *obligations accessoires de correction*, dont le principe se trouve dans l'article 1175 du code civil. Il y a d'abord une obligation «préparatoire à l'exécution de la prestation et de conservation de la possibilité de la prestation»; elle constitue une limite à la liberté du salarié en dehors même des heures de travail, puisqu'il doit organiser sa vie de manière telle qu'il soit en état de travailler le moment venu. Mais il est très difficile d'en préciser exactement l'étendue, comme l'admet le rapport italien. S'il considère que cette obligation interdit au salarié de s'enivrer dans la nuit du dimanche

au lundi — il doute qu'elle s'oppose à ce que le salarié pratique le dimanche un sport violent pouvant le rendre inapte au travail. Quant à l'autre type d'obligations accessoires de correction auxquelles la doctrine italienne réserve une place — et qui visent «à protéger l'autre partie contre les risques spécifiques auxquels elle s'expose du fait de son contact avec le salarié», ce sont des obligations purement négatives qui se confondent avec ce que la doctrine allemande appelle obligation de fidélité (art. 2105 du code civil italien). Ces obligations se limitent en définitive à l'interdiction de concurrencer l'employeur et de divulguer les renseignements secrets liés à la marche de l'entreprise (ou pour les domestiques, les secrets de la vie familiale).

### B - Obligations accessoires de l'employeur

79. L'étendue des obligations contractuelles de l'employeur se trouve limitée par le jeu des multiples obligations légales impératives qui lui sont imposées par la réglementation du travail, relatives notamment à la durée, à l'hygiène ou à la sécurité du travail; obligations qui ont pour objet de préserver la personne du salarié dans sa santé, sa sécurité, sa dignité<sup>(5)</sup>.

Cependant, il existe de véritables obligations contractuelles accessoires à la charge de l'employeur.

Il doit *procurer au salarié le travail convenu*, au lieu, dans les conditions et pendant le temps qui ont été fixés. Cette obligation comporte différents corollaires: obligation pour le patron d'ouvrir son usine; obligation de fournir les outils et matières nécessaires (sauf convention contraire, l'ouvrier apportant alors ses outils). Cette obligation de faire effectivement travailler est distincte de l'obligation de payer le salaire, car l'intéressé peut subir un dommage résultant de la perte de son habileté.

On en déduit que l'employeur ne peut pas s'exonérer de cette obligation en payant le salaire. Il doit utiliser réellement la force de travail — sauf l'exception constituée par le délai-congé, où l'obligation de faire travailler est généralement considérée comme facultative. Cette obligation de procurer le travail promis est reconnue dans les six pays — sauf semble-t-il aux Pays-Bas où l'employeur n'est pas censé prendre d'engagement à cet égard; mais on admet une exception lorsque le salarié est intéressé à l'exécution effective du travail.

---

(5) La réglementation du travail dans les six pays de la Communauté doit faire l'objet d'une étude ultérieure.

En Allemagne on rattache plus particulièrement cette obligation à la nature personnelle du rapport de travail; l'employeur doit sauvegarder les intérêts moraux du travailleur, sa dignité. Le laisser inoccupé même en le payant lèse le travailleur, en portant atteinte aux droits de sa personnalité.

80. Une autre obligation de l'employeur est de *veiller sur les objets appartenant au salarié* et apportés par lui sur les lieux de travail (outils - vêtements - moyens de transport tels que bicyclettes, vélomoteurs, etc.). Cette obligation s'explique facilement comme une conséquence de l'obligation de présence du salarié, un des aspects de sa prestation. Cependant son étendue varie: en France, cette obligation est stricte si un contrat de dépôt lie les parties (hypothèse d'un garage ou d'un vestiaire organisés dans l'établissement). En cas de perte ou de détérioration, l'employeur est responsable de plein droit. L'obligation devient moins rigoureuse si aucun dépôt n'a été effectué: en ce cas, l'employeur, contraint seulement de prendre des mesures de précaution et de diligence afin d'éviter pertes et vols, n'est responsable qu'en cas de faute prouvée à sa charge. Ailleurs (Belgique), la responsabilité de l'employeur n'existe qu'en cas de faute: son obligation n'est jamais que de diligence, non de garantie. En Allemagne, on s'interroge sur l'existence d'une obligation pour l'employeur d'aménager un parc de stationnement si les salariés emploient des véhicules à moteur. La réponse est en principe négative: il n'y a d'obligation que si l'usine a été construite loin des agglomérations et des moyens de transports publics.

81. Bien que la réglementation administrative du travail tende en général aux mêmes fins, on considère en droit belge que l'employeur assume contractuellement l'obligation de *veiller*, avec la diligence d'un bon père de famille, *sur la personne du salarié, au point de vue de sa sécurité et de sa santé*. La différence entre cette obligation et toute autre, est son caractère impératif, même en l'absence de toute convention ou clause du règlement intérieur. Ainsi, il doit veiller à ce que des secours de première urgence soient accordés au salarié en cas d'accident. Il doit éviter tout surmenage, etc.

De même aux Pays-Bas, une obligation contractuelle s'ajoute à la réglementation sur la sécurité et l'hygiène du travail, et la jurisprudence française s'est prononcée dans le même sens.

En Italie, cette obligation paraît se résorber dans l'obligation légale de respecter les règles sur l'hygiène, la prévention d'accident, etc. (art. 2087 du code civil).

En Allemagne, l'*obligation de protection ou d'assistance*, qui pèse sur l'employeur, a une grande importance. Elle provient de la conception germanique traditionnelle du contrat de travail axé sur la double obligation de fidélité du salarié et d'assistance de l'employeur (§§ 242, 618 BGB; § 120 a Gew O). On peut la définir (Nikisch) comme l'obligation pour l'employeur d'agir — même dans l'exercice de ses droits — pour le bien des travailleurs de son entreprise.

On y rattache l'obligation de respecter la législation sur la sécurité du travail, la limitation du temps de travail, l'obligation de ménager des pauses, de ne pas imposer au travailleur des efforts excessifs pouvant compromettre sa santé, de lui accorder un congé de repos sans interruption de la rémunération. La règle est d'origine jurisprudentielle et le tribunal fédéral l'a consacrée par déduction de l'obligation d'assistance, laquelle veut que l'employeur protège la vie et la santé du travailleur. Il a invoqué également à cet effet les principes constitutionnels et le droit coutumier. Depuis lors, plusieurs Länder ont promulgué des lois sociales en matière de congé.

On y rattache encore des conséquences nombreuses: obligation d'organiser des installations sanitaires, d'entretenir les locaux dans un état offrant toute garantie pour la santé des travailleurs au point de vue de l'aération, l'éclairage, d'aménager des salles de repos, des douches, etc.

Le droit allemand considère comme une obligation particulière de l'employeur de *traiter sur un pied d'égalité* les travailleurs qu'il occupe (non discrimination). Il est interdit de défavoriser arbitrairement certains travailleurs. Règle rattachée au devoir d'assistance, mais qui apparaît également comme une des conséquences de la participation du travailleur à une communauté d'entreprise.

82. Cette obligation générale d'assistance, particulièrement caractéristique dans le droit allemand, se retrouve sous des formes atténuées dans d'autres droits. On y rattache différentes règles destinées à protéger la liberté, la santé, la sécurité du travailleur et qui constituent autant de limites au pouvoir de direction.

Aux Pays-Bas, la directive selon laquelle l'employeur doit se comporter en bon employeur comporte de nombreux prolongements: il doit s'abstenir de violence, d'actes indécents; il doit permettre au salarié qui le désire de rechercher un nouvel emploi. Spécialement, l'employeur doit témoigner d'égards particuliers au salarié habitant sous son toit, comme dans le cas des travailleurs domestiques. Une loi

spéciale du 4 mai 1960 est venue garantir une certaine liberté dans leur travail aux gens de maison.

En Italie, l'employeur est tenu, comme le salarié, de l'obligation de correction. On y rattache par exemple l'obligation de fournir certaines communications au salarié lui permettant de contrôler la rémunération qui lui est versée, ainsi que les règles relatives à l'hygiène, la prévention des accidents, etc. En fait, en Italie comme aux Pays-Bas, ce n'est guère qu'en matière de travail domestique que l'obligation de protection paraît présenter une utilité effective.

Un autre aspect du même principe est l'obligation — formellement exprimée dans les législations belge et néerlandaise — de donner au salarié les loisirs nécessaires pris sur l'horaire de travail pour remplir les devoirs de son culte (dimanche ou jours de fête religieuse pour un culte quelconque), ses devoirs civiques (devoir d'électeur — exercice des fonctions de tuteur — témoignage en justice) ou familiaux (naissance ou décès au foyer du travailleur). La question devient plus discutable en cas de devoir absorbant prolongé: tel l'exercice des fonctions d'assesseur d'un tribunal de travail — ou un mandat électif. Il faut alors recourir à une autre technique, celle de la suspension du contrat.

#### § 4. CONSÉQUENCES DE L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS

83. Les principes généraux du droit civil concernant l'inexécution demeurent applicables aux rapports de travail. En fait la sanction la mieux appropriée et qu'utilisera la victime de l'inobservation de ses obligations par l'autre partie sera ici la résiliation ou la résolution judiciaire. La notion d'inexécution se trouve donc largement absorbée par la théorie de la rupture du contrat de travail, et étudiée à cette occasion (*infra* n° 90).

Il y a néanmoins deux problèmes qui se sont effectivement posés en droit du travail avec des données particulières: la possibilité de l'exécution forcée, et la responsabilité du salarié pour malfaçon.

#### *Exécution forcée*

84. Jusqu'à quel point les obligations contractuelles sont-elles ici susceptibles d'exécution forcée? Évidemment affirmative pour l'obligation de payer le salaire, la réponse est plus douteuse pour l'obligation de fournir le travail convenu. En droit néerlandais, si le travailleur n'a pas pris les devants en démissionnant, l'employeur peut requérir du juge une condamnation à effectuer le travail promis, con-

damnation éventuellement accompagnée d'une astreinte. Il peut même être recouru à la contrainte par corps.

Au contraire, en droit français, on interprète le code civil comme s'opposant à toute exécution forcée directe de l'obligation de faire. Pareille condamnation sous astreinte sera jugée illégale et il n'en existe pas d'exemple. La même solution a prévalu au Luxembourg: obligation de faire, liée à la personne du travailleur, l'obligation de travailler n'est pas susceptible d'exécution forcée. De même en Allemagne, il est reconnu que l'employeur ne peut contraindre le salarié à effectuer la prestation promise. Toute exécution forcée directe ou indirecte, porterait atteinte à la liberté individuelle; mais cette règle est critiquée dans le rapport national. Quant à l'obligation de l'employeur d'occuper effectivement le travailleur en lui procurant les instruments de travail, elle est justiciable des mêmes directives: l'exécution forcée paraît impossible.

#### *Responsabilité du salarié en cas de malfaçon*

85. Selon le droit des obligations, si le débiteur n'exécute pas ou exécute mal son obligation — mettant en jeu sa responsabilité —, le créancier est en droit de lui réclamer des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé. Pour être rare dans le contrat de travail, à raison du peu de solvabilité du salarié et du rôle qu'y jouent les sanctions disciplinaires, on peut néanmoins se demander comment l'application du principe y est assurée. L'hypothèse la plus intéressante à retenir est celle de la malfaçon, c'est-à-dire celle de l'exécution défectueuse de l'obligation (plutôt que celle de l'inexécution, assez théorique.)

Une première conception soutient que le travailleur est responsable de toutes ses fautes, comme le débiteur contractuel du droit civil. Il devra répondre de ses simples négligences comme de ses fautes volontaires, de ses fautes légères comme lourdes. Une adaptation de cette théorie, dans le sens de l'indulgence pour le travailleur, concède que les fautes du salarié doivent être appréciées *in concreto*, compte tenu des circonstances, de son ancienneté, des services déjà rendus, de son tempérament, de la rareté de ses erreurs. Une telle conception — même ainsi atténuée — a été rejetée par la jurisprudence dans la plupart des pays de la Communauté. En effet, les fautes intentionnelles du travailleur, comme plusieurs rapports le soulignent, constituent dans une large mesure des risques de l'entreprise: l'employeur en tient compte dans son organisation et dans le montant de la rémunération accordée.

Cependant, en droit allemand, le salarié est tenu à dommages intérêts pour toute faute intentionnelle ou même de simple négligence. De même en droit italien: le code dispose que le travailleur doit faire preuve de la diligence exigée par la nature de la prestation due; il répond de sa *culpa in abstracto* (et non *in concreto*), en fonction de la diligence habituelle; ainsi, quand l'outillage est endommagé par son inattention. Une atténuation est apportée à cette application rigide des principes, au moins en droit allemand, si les travaux effectués sont dangereux ou susceptibles d'entraîner de gros dégâts (machinistes — grutiers — conducteurs de poids lourds). On admet alors que le risque d'erreur est inhérent à la prestation; le travailleur n'est alors pleinement responsable qu'en cas de négligence grave, à l'exclusion de ses fautes légères. Dans le cas où la faute est habituelle, on répartit le dommage proportionnellement entre l'employeur et le travailleur.

86. Le droit français, du moins la jurisprudence de la Cour de cassation, considère au contraire que l'ouvrier auteur d'une malfaçon ne sera déclaré responsable que s'il a commis dans l'exécution de ses obligations professionnelles, une faute lourde équipollente au dol. La responsabilité dans le contrat de travail échappe donc au droit commun de la responsabilité contractuelle. L'explication en est que les malfaçons dues à des fautes légères comptent parmi les risques de l'entreprise. Il en va sensiblement de même en droit belge où le travailleur ne répond de ses fautes légères que si celles-ci présentent un caractère habituel et non accidentel. Il n'est pas normalement responsable des malfaçons résultant de son peu d'habileté, à moins qu'il n'ait trompé le patron sur l'étendue de ses capacités. Enfin, l'ouvrier n'est plus tenu des malfaçons après la réception de l'ouvrage.

On parvient aux mêmes résultats en droit luxembourgeois par interprétation de l'article 1135 du code civil et de la notion d'équité: aucune responsabilité si la malfaçon n'est pas intentionnelle. Quant au droit néerlandais, il admet lui aussi que toutes les fautes commises n'engagent pas la responsabilité du salarié envers l'employeur; celui-ci — selon la Haute Cour — doit subir les conséquences des fautes légères du salarié. Il en est notamment fait application au cas où le salarié est employé comme chauffeur, les dommages causés étant souvent hors de proportion avec le salaire perçu; l'employeur tenu envers la victime ne pourra exercer de recours contre le salarié.

## § 5. MODIFICATION DES OBLIGATIONS NÉES DU CONTRAT

87. En pur droit civil, le contrat comporte un contenu obligatoire, déterminé *ne varietur* lors de la conclusion. Seul un nouvel accord des parties pourrait y apporter un changement quelconque. Seule la novation peut substituer une obligation différente à l'obligation originaire.

Les choses se présentent différemment en matière de contrat de travail, du fait de l'existence d'un pouvoir de direction de l'employeur lié à l'état de subordination du salarié. Ce pouvoir de direction s'étend-il au point de permettre à l'employeur de modifier substantiellement les conditions de travail? Si on fait une place importante à la notion d'entreprise, les pouvoirs de son chef en fonction de nécessités économiques ou techniques justifient plus aisément le droit de modifier la convention originaire.

88. Le principe d'une nécessaire permanence du contenu de l'obligation du salarié semble toutefois être très généralement reconnu.

Ainsi l'article 2103 du code civil italien: «Le travailleur doit être affecté aux tâches pour lesquelles il a été engagé». Au Luxembourg, la jurisprudence considère comme un congédiement l'affectation d'un employé à des travaux manuels. Le nouveau statut des employés dispose que toute modification de la rémunération doit être dénoncée dans les mêmes formes et délais qu'un congé.

En droit français, toute modification à la convention initiale requiert l'accord des parties; si le salarié refuse, cette modification devient impossible ou plus exactement, est analysée par les tribunaux comme un congé donné par l'employeur, qui doit donc le préavis et l'indemnité conventionnelle de licenciement, éventuellement des dommages-intérêts pour rupture abusive. Les conventions collectives en font application à l'hypothèse du déclassement du salarié ou de la mutation dans un autre établissement.

Le droit allemand consacre la même notion de congé conditionnel, avec les conséquences qui en découlent, lorsque l'employeur prétend imposer une modification. En droit belge, l'ouvrier engagé pour tel travail ne peut être obligé de se livrer à un travail d'une autre nature.

En droit néerlandais le transfert du lieu de travail impliquant un déménagement ne peut être imposé, non plus que la mise à la disposition d'une autre entreprise.

89. Mais ce principe doit être concilié avec les exigences que certaines législations font découler du pouvoir de direction et d'organisation de



l'employeur. Si l'employeur respecte la qualification du salarié, il a le droit de l'affecter à d'autres tâches que celles visées au contrat. C'est ce que le droit italien appelle *jus variandi*. Ce droit de changer l'affectation du salarié est pourtant subordonné selon l'article 2103 du code civil italien aux conditions suivantes — que l'on retrouve en droit allemand — : l'affectation doit être temporaire parce que justifiée par des nécessités transitoires; elle ne doit pas, même si elle consiste en une affectation à des tâches inférieures, entraîner de changement substantiel dans la position du travailleur au point de vue moral (prestige); elle ne doit pas entraîner diminution de rémunération, laquelle doit demeurer celle correspondant à la qualification contractuelle; enfin, si elle comporte affectation à des tâches de qualification supérieure, elle doit s'accompagner de la rémunération correspondante, donc plus élevée. Il y a promotion si l'affectation à des tâches de valeur supérieure est durable.

En droit français, on considère que la nature de certains contrats, la volonté tacite des parties ou encore les usages, s'accommodent de certaines modifications par décision unilatérale: la mutation d'un employé de banque d'une succursale à une autre; le changement d'affectation sans changement de rétribution dans l'intérêt de la bonne marche de l'entreprise. En droit néerlandais (art. 1639), un travail de nature différente peut être exigé du salarié à certaines conditions (un remplacement si le contrat laissait une marge suffisante autorisant un changement).

#### Section IV

#### LA CESSATION DU CONTRAT DE TRAVAIL (6)

90. Les causes de cessation du contrat de travail sont dans leurs grandes lignes les mêmes dans les six pays de la communauté. Mais les conditions dans lesquelles elles opèrent varient assez sensiblement. Après avoir dressé la liste de ces causes, il conviendra d'exposer plus complètement les modalités de la plus importante d'entre elles: la résiliation du contrat à durée indéterminée par volonté unilatérale, laquelle fait apparaître d'assez sérieuses divergences de conception d'un pays à l'autre.

---

(6) Voir *La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Luxembourg, 1958. Des principes et des normes internationaux à ce sujet contenus dans la recommandation (n° 119) concernant la cessation de la relation du travail, adoptée par la Conférence internationale du travail en 1963.

Des développements spéciaux seront également consacrés à la force majeure (impossibilité d'exécution) et au changement dans la personne de l'employeur, car il est alors indispensable d'expliquer pourquoi le contrat de travail ne cesse pas toujours comme les principes du droit civil l'exigeraient.

Les obligations des parties postérieures à la cessation du contrat seront enfin indiquées.

#### § 1. DIFFÉRENTES CAUSES DE CESSATION

91. Ces causes font l'objet de classification diverses selon les rapports. On peut, comme le rapport belge, opposer aux causes générales de dissolution des contrats du droit civil, celle qui est plus particulière au droit du travail (résiliation unilatérale). On distinguera avec le rapport français les causes propres au contrat à durée déterminée, ou au contrat à durée indéterminée. On opposera enfin aux causes qui procèdent de ce que le rapport de travail est à exécution successive (résiliation - arrivée du terme), les causes qui s'expliquent par son caractère synallagmatique (différents types de résolution), à quoi on ajoutera l'accord et la disparition des parties: c'est la base de la classification retenue par le rapport italien.

##### A - Causes communes aux différents types de contrat

92. Le contrat de travail peut toujours être dissous par *accord mutuel* (*mutuus dissensus*). L'indemnité de préavis n'est pas due. Plus délicate est la question de savoir si les parties peuvent réserver à l'une seule d'entre elles, par une clause conventionnelle, la faculté de résilier le contrat (*jus poenitendi*). Déclarée possible dans le rapport italien, elle se heurte à l'objection que la réciprocité de la faculté de résiliation unilatérale est réglementée par des dispositions d'ordre public et que pareille clause permettrait de les tourner (jurisprudence française). De toutes manières, l'exercice de ce *jus poenitendi* supposerait le respect d'un préavis ou le paiement d'une indemnité, correspondant à l'indemnité de brusque rupture. Le rapport luxembourgeois signale que les tribunaux exerceraient leur contrôle sur la licéité de tout accord mettant fin au contrat.

93. Le contrat de travail peut être dissous par la *disparition des parties* (décès). Incontestée en ce qui concerne le décès du salarié (bien que certains l'expliquent par l'intuitus personae du rapport — d'autres par l'impossibilité d'exécution de la prestation), la règle demande à

être examinée de près en ce qui concerne le décès de l'employeur: une distinction semble nécessaire, faite par la doctrine italienne. Si le contrat de travail se situe dans le cadre d'une entreprise, la mort de son chef n'entraîne pas extinction du rapport de travail. La question se confond dans celle — plus vaste — du changement intervenu dans la personne de l'employeur (voir infra n° 119). Si le contrat de travail demeure indépendant de toute entreprise (domestique - infirmière) on peut admettre que le décès de l'employeur mette fin au contrat. Encore l'accord n'est-il pas général pour estimer que le contrat prend fin de plein droit; et la tendance dominante est-elle d'accorder en pareil cas au salarié un préavis, ce qui suppose que les héritiers doivent dénoncer le contrat. D'autres législations (Belgique) sont plus restrictives et admettent que la mort du patron, même en dehors de toute entreprise, met fin au contrat seulement sous certaines réserves: engagement conclu *intuitu personae* ou disparition, du fait de la mort, de l'activité pour laquelle le salarié a été embauché (infirmière travaillant pour un médecin). Ni au Luxembourg, ni en Allemagne, ni aux Pays-Bas le décès de l'employeur ne met normalement fin au contrat. C'est une question d'espèce.

La *confusion* est également à mentionner parmi les causes d'extinction du rapport individuel de travail: il en est ainsi lorsqu'un enfant unique est le salarié de son père et que celui-ci vient à décéder.

L'annulation du contrat de travail (voir n° 152) constitue en réalité une cause de cessation.

94. La *résolution judiciaire*, bien qu'elle soit réservée par certains à la seule hypothèse du contrat à durée déterminée, est le plus souvent présentée comme une cause d'extinction du rapport contractuel commune à tous les contrats. En pratique, elle est rendue le plus souvent inutile dans le contrat à durée indéterminée par la résiliation pour juste motif ou motif impérieux, qui intervient comme sanction d'une faute.

La résolution suppose une faute d'une des parties et l'intervention d'une décision judiciaire. En général, les tribunaux exigent une faute suffisamment grave (insubordination - absences répétées du salarié). Elle peut s'accompagner de l'octroi de dommages-intérêts.

On se demande si l'insertion d'une *clause résolutoire* expresse est possible dans le contrat de travail. La question a été soumise aux tribunaux de plusieurs pays à propos de la clause prévoyant la résolution de l'engagement en cas de mariage d'un salarié ou d'une salariée, clause

d'une légalité au moins contestable. En Italie la clause résolutive en cas de mariage est défendue par la loi.

Le rapport français limite la résolution judiciaire au contrat à durée déterminée, et indique qu'elle est assez sensiblement dérogoire à l'article 1184 du code civil (possibilité de résolution immédiate par la victime de l'inexécution avec contrôle judiciaire *a posteriori* éventuel voir infra n° 101).

La *force majeure* entraîne également dans la plupart des pays dissolution du contrat puisque — dans une convention synallagmatique comme le louage de services — l'impossibilité d'exécution entraînant extinction d'une des obligations, fait en même temps disparaître la cause de l'autre (voir infra). Cette cessation du contrat de travail pour impossibilité d'exécution est parfois confondue avec la résolution; elle en est parfois distinguée sous le nom de résolution automatique.

#### B - Causes propres à chaque type de contrat

95. La distinction des contrats à durée déterminée et indéterminée revêt une grande importance au point de vue des modes d'extinction.

Le contrat à durée déterminée prend fin par définition à *l'arrivée du terme convenu*. On y assimile l'expiration de l'entreprise ou l'accomplissement de la tâche pour laquelle le contrat avait été formellement conclu. Il faut rappeler qu'en général, l'insertion d'un terme extinctif suppose une stipulation des parties et parfois même la rédaction d'une clause écrite, faute de quoi la limitation dans le temps est considérée comme sans existence légale et le contrat demeure à durée indéterminée.

En droits belge et luxembourgeois, si l'exécution du contrat se poursuit après l'expiration du terme (reconduction tacite), la convention se transforme en engagement à durée indéterminée. Il en va de même en droit français, italien et allemand.

L'arrivée du terme entraîne en général cessation des relations contractuelles sans que les parties aient besoin de s'informer l'une l'autre. Le congé est donc inutile.

Le mode d'extinction propre au contrat de travail à durée indéterminée est la *résiliation par volonté unilatérale* (article 2118 du code civil italien — lois belges sur le contrat de travail et le contrat d'emploi — article 23, livre I du code du travail français — loi néerlandaise de 1907 modifiée par loi du 17 novembre 1953 — article 620 BGB).

La logique semble exiger que ce mode d'extinction soit réservé au contrat à durée indéterminée. Cependant, le rapport allemand signale que le contrat à durée déterminée peut aussi être résilié avant terme — en cas de faute grave. Et le rapport français fait état de la même entorse aux principes: au lieu de résolution judiciaire *stricto sensu*, la pratique admet la résiliation immédiate par volonté unilatérale du contrat à durée déterminée si une faute grave a été commise, de nature à interdire le maintien des rapports entre employeur et salarié. Le contrôle judiciaire n'interviendra qu'*a posteriori*, si la victime du renvoi l'estime injustifié. Elle obtiendra des dommages-intérêts. Cette extension de la faculté de rupture par volonté unilatérale s'explique dans une large mesure, nous allons le voir, par son ambiguïté (ambivalence).

## § 2. LA RÉSILIATION DU CONTRAT DE TRAVAIL PAR VOLONTÉ UNILATÉRALE (7)

97. Si les droits des six pays consacrent cette technique et lui accordent une valeur fondamentale dans la cessation du rapport individuel de travail — il s'en faut que l'accord soit complet. Certaines orientations analogues sont perceptibles, mais des divergences de principe subsistent, et l'évolution est loin d'avoir atteint le même degré dans chaque pays.

### A - Le respect du préavis (délai-congé)

98. Tous les pays subordonnent l'exercice du droit de résiliation au respect d'un délai de préavis ou délai-congé.

Ce respect du délai-congé a d'abord été conçu comme une obligation contractuelle, découlant du contrat de travail. Il en résultait que sa durée était souverainement fixée par les parties lors de la conclusion. Il en résultait aussi qu'il était réciproque, chaque partie ayant un intérêt propre à être prévenue que l'autre entendait mettre fin au contrat. Cette origine contractuelle du préavis ne faisait pas obstacle, à ce qu'il soit fixé par le règlement intérieur — par adhésion tacite des parties — ou la convention collective. A défaut on pouvait encore admettre le recours aux usages de la profession, ces usages ayant valeur conventionnelle (exemple: loi belge du 10 mars 1900).

Le respect du délai-congé a cessé d'avoir aujourd'hui ce caractère. Même là où sa durée demeure fixée par les usages ou les conven-

---

(7) *La cessation de la relation de travail*, rapport B.I.T., Genève, 1962.

tions, l'obligation même de s'y conformer est devenue une obligation légale impérative.

### *Similitudes et dissemblances*

99. En France, depuis la loi du 19 juillet 1928, tout contrat à durée indéterminée n'est susceptible de rupture unilatérale que moyennant le respect du délai-congé. La durée de celui-ci est fixée par les usages ou, le plus souvent, par les conventions collectives. Cependant, en cas de congédiement émanant de l'employeur, le caractère impératif de la réglementation s'est accusé et une loi du 19 février 1958 a imposé le respect au profit du salarié, d'un délai de préavis minimum d'un mois, à la condition toutefois d'une ancienneté de services de six mois. L'usage et la convention collective ne règlent plus que la durée du préavis en cas de congé donné par le salarié, ou au cas de congé donné par l'employeur à un salarié ayant moins de six mois d'ancienneté.

Aux Pays-Bas, le législateur de 1907 a imposé le respect du délai-congé. La durée de celui-ci, pour les deux parties, était fonction de la périodicité de paiement du salaire. Celles-ci conservaient cependant la faculté d'interrompre immédiatement les rapports contractuels à la condition de payer soit le salaire correspondant à la période du délai-congé, soit une indemnité correspondant au préjudice causé. La rupture immédiate rend «redevable de dommages-intérêts». On a reproché à cette législation de légaliser des délais-congé trop brefs (normalement une semaine pour les ouvriers manuels). La loi du 17 novembre 1953 a atténué en partie ce reproche en introduisant désormais un élément d'ancienneté dans le calcul de la durée du congé.

En Allemagne la résiliation du contrat à durée indéterminée, au moins dans sa forme dite ordinaire, implique l'obligation de respecter le délai-congé. Celui-ci est soit légal, soit contractuel. Selon le paragraphe 621 BGB la durée du préavis dépend de la périodicité de paiement du salaire. Des différences existent au surplus entre employés et ouvriers. Selon des lois récentes, certaines catégories de salariés (employés âgés) bénéficient d'un délai-congé prolongé par la loi. Pour le surplus, la matière reste purement conventionnelle.

Au Luxembourg, l'employeur comme le travailleur peuvent mettre fin au contrat en le dénonçant et en respectant un délai de préavis. Celui-ci est fixé par la loi pour les employés (article 21 du statut); il est de deux, quatre ou six mois, selon l'ancienneté et réduit de moitié s'il s'agit d'un congé donné par le salarié à l'employeur. Il est fixé par

l'usage ou la convention collective pour les autres salariés. Il varie de 6 à 24 jours (deux semaines dans la sidérurgie).

En Italie, le délai de préavis est fixé par voie de convention collective, en tenant compte de l'ancienneté et de la qualification; il est de moitié moins long lorsque congé est donné par le travailleur. Des décrets législatifs de 1960 ont érigé les délais de préavis conventionnels en minima légaux.

Enfin, en Belgique, la rupture suppose un préavis. Sinon, la partie qui prend l'initiative de la rupture doit une indemnité pour défaut de préavis (qui est égale au salaire). Il est signalé que même donné sans respecter le préavis, le congé met fin au contrat: les droits de la partie congédiée se résolvent simplement en indemnité (la règle semble identique sur ce point dans tous les pays). Depuis la loi de 1922 relative au contrat d'emploi et surtout depuis la loi du 4 mars 1954, le préavis est d'ordre public au profit du salarié, employé ou ouvrier. Ce préavis est plus long au profit du salarié que de l'employeur. Deux caractéristiques initiales du préavis de la loi de 1900 (son caractère interprétatif ou facultatif et son caractère réciproque) ont donc été abandonnées. Pour sa durée, il est tenu compte de l'ancienneté dans l'entreprise. Mais le préavis de l'employé demeure plus long que celui de l'ouvrier.

Signalons enfin que la résiliation, comme l'embauchage, demeure encore dans certains pays, un acte purement consensuel qui produit effet dès que l'autre partie en a connaissance. Il en est ainsi en Allemagne. Dans d'autres pays comme la France, le Luxembourg, le congé — au moins lorsqu'il est le fait de l'employeur — doit nécessairement revêtir la forme d'un écrit notifié à l'autre partie (en France par voie de lettre recommandée avec accusé de réception).

100. De cet exposé, il paraît bien résulter que les lois nationales, d'accord sur le principe de l'obligation de respecter le délai de préavis et sur sa sanction en cas de congédiement brusque (indemnité de brusque rupture équivalente au salaire de la période de préavis), divergent encore sur les points suivants: 1° existence ou absence d'un minimum, 2° autorité légale ou conventionnelle qui en fixe la durée, 3° durée effective du délai, 4° différences entre ouvriers et employés.

On peut néanmoins enregistrer certaines tendances prévalentes: tendance à faire du délai de préavis un délai utile par l'octroi de temps libres destinés à permettre la recherche d'un emploi; tendance à l'allongement du délai, lequel correspond de moins en moins comme jadis à

un simple intervalle entre deux paies; tendance à tenir largement compte de l'ancienneté et à rapprocher la condition de l'ouvrier de celle de l'employé.

Il est enfin une tendance contemporaine qui mérite une mention plus particulière: *l'inégalité selon les parties* au contrat du régime du délai-congé. C'est en droit français qu'elle semble revêtir le maximum d'importance: le rapport souligne que la liberté de résilier, longtemps conçue comme strictement symétrique de part et d'autre parce que devant permettre à chacun de se dégager d'un lien autrement illimité dans le temps, n'a plus aujourd'hui la même portée pour l'employeur et pour le salarié. Et le droit français distingue aujourd'hui la *démission*, pleinement libre, du *licenciement* dont la réglementation s'accroît (loi du 19 février 1958): le délai-congé minimum légal et la nécessité de notifier le congé par lettre recommandée avec accusé de réception ne s'appliquent qu'au seul licenciement. Les anciennes règles conventionnelles continuent à régir la démission. Il en va de même en Allemagne en vertu de la législation de *protection contre le licenciement*: les autorisations administratives ne sont requises qu'en cas de licenciement; le délai-congé minimum exceptionnel n'existe qu'en cas de licenciement.

En Italie, en cas de démission, les délais sont moitié moins longs qu'en cas de licenciement (comme au Luxembourg): dans le secteur de l'industrie le principe de l'égalité est abandonné par les conventions collectives et la réglementation légale correspondante de 1959-1960. Enfin, en Belgique, les délais de préavis sont plus longs en cas de licenciement — et en ce cas seulement, ils ont valeur impérative.

Mais en droit néerlandais, quand en 1953 on a modifié la réglementation du congédiement, on a laissé subsister le bilatéralisme des règles: elles s'appliquent au licenciement comme à la démission du salarié. Mais le délai-congé relatif à la durée de service est doublé en cas de licenciement.

#### B - La résiliation: concept univoque ou plurivoque?

101. Dans sa légitimité première, la résiliation était seulement l'expression d'une volonté tendant à mettre fin à un lien juridique dont la durée ne pouvait être perpétuelle. Elle était la manifestation d'une liberté, de la part de chaque partie. C'est ce que le droit allemand appelle la résiliation *ordinaire*. Il l'oppose à la résiliation de caractère *exceptionnel*, qui peut être pratiquée lorsqu'il existe un motif grave de résolution anticipée du contrat de travail.



La seconde fonction de la résiliation unilatérale apparaît en effet lorsqu'une faute dans l'exécution a été commise par l'une des parties: au lieu de faire procéder à la résolution en justice du contrat afin d'y mettre fin, conformément au droit commun, l'autre partie pourra utiliser le droit de donner congé et le faire servir aux mêmes fins que la résolution judiciaire. Cette technique se révèle si pratique que ce congédiement pour motif grave (qui n'est plus simplement le fait de reprendre sa liberté) est utilisé dans le contrat à durée déterminée. En Italie, la doctrine et la jurisprudence répugnent à faire application, au contrat de travail, même à durée déterminée, de la résolution judiciaire et la remplacent par la *résiliation pour juste motif*. En France, celle-ci se substitue à la résolution dans le contrat à durée indéterminée; selon le rapport français elle a même tendance à s'y substituer dans le contrat à durée déterminée (où pourtant la résiliation proprement dite est inconnue), sous le nom de résolution immédiate, unilatérale, ou non judiciaire. De même en Belgique et au Luxembourg, le statut des employés privés et la jurisprudence font application de la résiliation immédiate, lorsqu'il y a un motif grave, sans nécessité de recourir à la justice. Aux Pays-Bas, le même fait est signalé. Souvent même (Allemagne, Luxembourg), une faute n'est pas exigée et tout fait rendant la continuation des relations contractuelles impossible, permet cette rupture immédiate.

Le phénomène est donc absolument général: il y a eu progressivement un *dédoublement fonctionnel* de la résiliation unilatérale. La grande différence entre le contrat de travail et tout autre contrat privé, est que les parties peuvent se faire justice à elles-mêmes, par suite des caractères propres du rapport de travail: il doit pouvoir être instantanément rompu sans attendre l'issue d'une procédure judiciaire. Certes un contrôle de la faute subsistera, mais au lieu d'être *a priori*, il se situera *a posteriori*.

En général, on reconnaît qu'on se trouve devant une résiliation à fins sanctionnatrices et non à fins libératrices, par le fait que dans la première hypothèse, l'auteur est le plus souvent dispensé de respecter le délai de préavis (résiliation immédiate). La conséquence normale semble être que si le congé s'accompagne d'un préavis, aucun contrôle judiciaire n'est admissible, puisqu'il ne s'agit que de l'exercice de la liberté de rupture, non de la forme spécifique du droit de résoudre le contrat. Mais l'examen des différentes législations témoigne en réalité de plus de complexité.

### C - La résiliation: acte discrétionnaire ou acte contrôlé

Deux conceptions vont ici directement s'affronter, dont les conséquences sont fort différentes. On ne peut, de façon simpliste, opposer les législations qui admettent un contrôle judiciaire des motifs de congé (fondé sur l'abus du droit) et celles qui récusent ce contrôle (théorie du droit entièrement discrétionnaire). Toutes les législations en effet admettent plus ou moins un contrôle judiciaire. Ce qu'il est nécessaire d'opposer, compte tenu de l'ambivalence du concept souligné précédemment, ce sont les législations qui admettent *toujours* la possibilité de saisir le juge en cas de résiliation en invoquant l'illégitimité des motifs, et ceci même si le congé a été prononcé dans des conditions de régularité formelle absolue (système du contrôle général au fond) — et celles qui n'admettent la possibilité d'une instance judiciaire qu'au cas où la résiliation se présente comme du type sanctionnateur et non si elle ne constitue que l'exercice normal du droit de rompre. Ce qui revient à dire que si le congé s'accompagne du préavis exigé, il devient de ce fait discrétionnaire. S'il est prononcé brusquement, donc anormal dans ses conditions formelles, il pourra être soumis à un contrôle de fond <sup>(8)</sup>.

103. Le système juridique selon lequel chaque partie au contrat de travail bénéficie du droit discrétionnaire de donner congé en respectant le préavis triomphe sous une forme particulièrement nette en Belgique. Dans ce cas, elle ne pourra se voir assignée devant un juge pour être condamnée à une indemnité. Elle ne doit aucune explication. C'est seulement si l'une des parties — le plus souvent l'employeur (mais la réciprocité est totale en droit) — résilie le contrat sans préavis, au motif que l'autre partie a commis une faute grave, que cette dernière pourra contester l'existence ou la qualification de cette faute et saisir le juge afin d'obtenir une indemnité. L'Italie semblait avoir instauré un système très analogue et on y qualifiait le congé assorti de préavis, d'acte non causé: les accords interconfédéraux de 1950, dont la substance a été reprise par les deux décrets législatifs du 14 juillet 1960, paraissent avoir transformé le droit positif sur ce point: en effet, ils instituent un contrôle sur les motifs des licenciements individuels, contrôle confié à un collège arbitral et pouvant conduire à la condamnation de l'employeur à une amende, en cas de licenciement injustifié.

Le même système était appliqué avec une parfaite logique par la jurisprudence néerlandaise par interprétation de la loi de 1907:

(8) Voir *La cessation de la relation de travail*, op. cit. *La stabilité de l'emploi*, op. cit.

les juges n'avaient pas à examiner — si les parties avaient respecté les règles formelles de la résiliation — les motifs de celle-ci. L'opposition de la régularité formelle et de la motivation de fond était catégorique. La résiliation était un *acte abstrait*, ne requérant aucune juste cause mais seulement régi par des conditions formelles. La seule question qui pouvait se poser était de savoir si le délai de préavis avait été respecté.

104. Les Pays-Bas se rangent, depuis la loi du 17 novembre 1953, parmi les pays qui consacrent un deuxième système: selon cette loi, le juge a le pouvoir de qualifier une résiliation de «*manifestement déraisonnable*», même si son auteur a respecté les règles de forme, c'est-à-dire l'obligation de donner préavis, et d'accorder de ce chef à l'autre partie des dommages-intérêts. Le nouveau principe fonctionne bilatéralement.

C'est en France que cette seconde conception l'emporte avec le plus d'ampleur. On est parti également de cette idée que la partie qui résiliait le contrat en respectant le délai congé ne pouvait engager sa responsabilité. Mais la jurisprudence, dès le XIX<sup>e</sup> siècle a utilisé en cette matière la technique civiliste de *l'abus du droit*. Le législateur a ensuite consacré la construction prétorienne: et il a notamment précisé que les dommages-intérêts pour rupture abusive ne se confondaient pas avec ceux alloués pour inobservation du délai-congé. En pratique, l'employé qui reprend sa liberté se verra rarement reprocher un motif illégitime, et les cas de condamnation à dommages-intérêts intéressent surtout l'employeur.

Le rapport français s'est efforcé de dresser un tableau des motifs que les tribunaux jugent illégitimes (intention de nuire — atteinte aux libertés publiques du salarié, notamment à sa liberté syndicale ou à son droit de grève — désir d'éluider une obligation légale ou conventionnelle — omission des formes de congédiement prévues par la convention collective ou le règlement intérieur — renvoi motivé par la grossesse ou la maladie — renvoi prononcé par pure légèreté), et ceux qu'ils estiment légitimes (essentiellement la faute du salarié et les nécessités d'ordre économique liées à l'organisation et au fonctionnement de l'entreprise, dont l'employeur est seul juge). On observera que la faute grave seule justifie le congédiement sans préavis, une faute ordinaire justifie le congédiement avec préavis. Ce qui caractérise donc le système français, c'est un contrôle judiciaire général des motifs du congédiement.

105. L'Allemagne ne paraît se ranger entièrement derrière aucune des deux conceptions précédemment analysées. La seule forme de contrôle qui y soit pratiquée, en vertu de la loi du 10 août 1951 sur la protection contre le licenciement, est l'action devant la juridiction du travail à raison du caractère *anti-social* du licenciement (notion plus objective que celle de licenciement abusif ou déraisonnable). Mais cette action n'est pas recevable dans le cas du congé de caractère exceptionnel, c'est-à-dire prononcé pour motif grave sans respecter le délai de préavis. Contrôle judiciaire limité donc, laissant aux parties la possibilité de se rendre justice à elles-mêmes en mettant fin immédiatement et sans délai au contrat.

L'employeur a donc intérêt à indiquer le motif du licenciement — sinon il risque que le tribunal en cas de litige ne déclare le licenciement nul comme anti-social, faute de motivation. L'action en protection qui conduit à l'annulation du licenciement est une action autonome, différente de l'action en dommages-intérêts. Les motifs antisociaux du droit allemand sont analogues aux motifs illégitimes du droit français. On tient compte et du comportement du salarié et des nécessités de fonctionnement de l'entreprise.

#### *Réparation du préjudice*

106. Une question se pose au cas de résiliation irrégulière aussi bien dans la forme que dans le fond: elle a trait à la possibilité de prononcer une *réparation en nature* sous forme de rétablissement forcé du rapport de travail (réintégration) au lieu d'une condamnation à dommages-intérêts.

En France, la Cour de cassation se fondant sur l'article 1142 du code civil (les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent en dommages-intérêts en cas d'inexécution) estime qu'il n'est pas possible à un juge de prononcer la réintégration d'un salarié irrégulièrement congédié. Les rapports de confiance qui doivent exister entre patron et salarié s'opposent au recours à l'exécution forcée.

La solution est directement contraire en droit néerlandais: lorsqu'une partie a mis fin soit de façon irrégulière, soit de façon déraisonnable, au rapport de travail, le juge peut la condamner à rétablir ce rapport de travail: le salarié devra reprendre le travail abandonné — l'employeur réintégrer le salarié. Certes, il pourra se faire que les parties n'acceptent pas cette coopération forcée, mais alors celle qui refusera se rendra coupable de violer une décision de justice: elle pourra être condamnée à une somme qui comportera un élément de

peine privée. La réintégration du salarié est prononcée également par les juges allemands.

En général, la réparation prendra la forme d'une *indemnité en argent*. En cas de rupture brusque, cette indemnité correspondra en général au salaire de la période du préavis. Dans les législations qui admettent la rupture abusive ou déraisonnable, cette indemnité — qui sera calculée de manière à réparer le préjudice réellement subi et variable selon l'ancienneté, la fonction occupée, etc., ne se distingue pas des dommages-intérêts ordinaires.

### § 3. L'IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTION

107. La notion de force majeure, envisagée du côté du salarié ou de l'employeur, et ses conséquences exactes, ne sont pas aisées à définir dans les rapports de travail.

En droit civil, il y a force majeure lorsque une circonstance extérieure au débiteur, indépendante de toute faute à lui imputable, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution de l'obligation définitivement et totalement impossible — et pas seulement plus difficile ou plus onéreuse. Son effet est de libérer le débiteur de son obligation, l'exonérant par là même de toute responsabilité du fait de l'inexécution. Au surplus, dans un contrat synallagmatique, du fait de la corrélation des deux obligations, l'impossibilité d'exécuter frappant l'une des parties, entraîne la résolution du contrat (résolution dite automatique).

Ce n'est pas sans de sérieux assouplissements que cette théorie a pu être transposée en matière de louage de services. Il est classique d'examiner d'abord l'empêchement frappant le travailleur — ensuite celui concernant l'employeur (l'entreprise) <sup>(9)</sup>.

#### A - Impossibilité du chef du salarié

108. Quels sont les événements qui peuvent à premier examen, rendre pour le salarié l'exécution de l'obligation impossible? Une liste à peu près identique se retrouve dans les différents droits, mais le législateur est tantôt intervenu pour imposer certaines solutions, tantôt s'est abstenu, laissant le champ libre aux conventions collectives, ou aux tribunaux. Si on laisse de côté le *décès* du salarié, incontestablement constitutif d'une impossibilité d'exécution, diverses législations, ont prévu le cas de la *grossesse et de l'accouchement* — et celui de *l'appel*

---

(9) Voir *La stabilité de l'emploi*, op. cit.

*ou du rappel sous les drapeaux.* Il n'y a pas à se demander si ces événements sont constitutifs de la force majeure, puisqu'ils sont envisagés au moins pendant une certaine période de temps, comme tels par la loi, ou s'ils entraînent la résolution du contrat, puisque précisément la loi est intervenue pour écarter cette conséquence rigoureuse pour le salarié, et parfois préjudiciable à l'employeur. Le contrat n'est donc pas résolu ou rompu. Il subsiste, de telle sorte que la femme un certain temps après l'accouchement pourra reprendre son emploi; — et de même (dans une mesure moindre), le salarié libéré de ses obligations militaires. Pour exprimer l'idée que ces deux circonstances libèrent *temporairement* le salarié de son obligation de travailler, mais ne mettent pas fin au contrat de travail, on dit en général que le contrat de travail est *suspendu*.

109. Les autres événements mettant le salarié hors d'état de remplir son obligation, tel que *l'accident ou la maladie*, constituent-ils des cas de force majeure et entraînent-ils extinction du rapport de travail; exonèrent-ils le salarié de sa responsabilité en cas d'absence?

Si l'impossibilité d'exécuter est *temporaire*, elle ne saurait entraîner la résolution du contrat, lequel est seulement suspendu. C'est notamment ce qui se produit en cas de maladie de brève durée du salarié. Certes, l'employeur sera peut-être porté à résilier le contrat, mais il en prend alors l'initiative, doit respecter le préavis et s'expose à ce que cette résiliation soit jugée abusive.

Évidemment cette absence due à la force majeure ne saurait s'accompagner d'une réclamation de dommages-intérêts au salarié qui n'en porte pas la responsabilité.

(Sur le droit au salaire malgré l'absence du salarié, voir n° 118).

110. S'il s'agit d'une impossibilité *définitive*, le rapport de travail se trouve normalement éteint *ipso jure*. Personne ne prend l'initiative de cette rupture; d'où il résulte qu'aucun préavis n'est nécessaire; l'employeur ni le salarié ne sauraient être condamnés pour rupture abusive; aucune indemnité conventionnelle de licenciement n'est due. Il s'agit d'une résolution automatique résultant de la force majeure. Il en est ainsi non seulement lorsque le salarié est absolument incapable de travailler mais aussi lorsqu'il ne peut plus remplir les tâches prévues au contrat.

La jurisprudence française a longtemps hésité à en faire application au cas de maladie prolongée du salarié. Elle préférerait se placer

sur le seul terrain du congédiement: la maladie prolongée nécessitant le remplacement du salarié, constituait un motif légitime de congédiement pour l'employeur, exclusif de tout abus de sa part. C'était à l'employeur néanmoins de prendre l'initiative de la rupture, il devait donner préavis et accorder l'indemnité de licenciement si elle était prévue. La cour de cassation vient d'abandonner cette attitude et considère aujourd'hui que la prolongation de la maladie du salarié constitue un cas de force majeure entraînant la résolution du contrat. L'employeur n'a plus à donner préavis ni à payer l'indemnité de licenciement.

En droit italien, on fait une place à l'impossibilité définitive *partielle* (cas de l'incapacité permanente partielle consécutive à un accident). Le contrat n'est pas résolu de plein droit. Mais de façon originale, la loi permet à l'autre partie de réduire le montant de la contre-prestation ou, à son choix, de résilier le contrat si elle n'a pas intérêt à son exécution incomplète.

113. Le salarié, s'il peut être jugé responsable de toute absence irrégulière, est libéré si cette absence est due à la force majeure.

La loi belge précise qu'il ne peut être infligé de dommages-intérêts au salarié absent des lieux du travail par force majeure: celle-ci l'exonère en effet de toute responsabilité. Toute clause en sens contraire est nulle. Il appartient à l'ouvrier de prouver le cas de force majeure qu'il invoque pour se justifier, et on admet les cas d'impossibilité morale (décès d'un proche parent). En pareille hypothèse, la prestation pour n'être pas impossible, est «inexigible». Le salarié en est dispensé en vertu d'une sorte d'autorisation tacite. Souvent les conventions collectives indiquent ces motifs d'ordre personnel ou familial qui justifient l'absence du salarié.

D'autre part, dans les différentes législations, des dispenses sont prévues pour l'accomplissement de différents mandats ou l'exercice de fonctions publiques. Au Luxembourg, si le temps consacré semble excessif, il peut y avoir réduction de la rémunération ou cessation d'emploi. Une application de cette dispense d'exécution, résulte de la possibilité pour les salariés exerçant des fonctions de délégués du personnel de suspendre leur travail pour l'accomplissement de leurs fonctions. Il serait alors plus exact de parler d'absence ou d'inexécution justifiée plutôt que résultant de la force majeure. (Sur le maintien du salaire, voir *infra* n° 118.)

### B - Impossibilité du chef de l'employeur

112. Il faut tout d'abord s'assurer ici qu'un lien existe entre l'inexécution du contrat par l'employeur et l'activité de l'entreprise. Ce lien n'est pas aussi visible que pour le salarié; ce n'est qu'indirectement que les événements relatifs à l'activité de l'entreprise, influencent la possibilité pour l'employeur de fournir du travail au salarié. Le décès de l'employeur ne met pas fin au contrat à la différence du décès du salarié (voir supra).

Quels sont les événements qui peuvent ici répondre à la définition de la force majeure? Un cataclysme naturel ou un bombardement, détruisant les installations matérielles de l'entreprise (bâtiments, machines), perturbent gravement son activité, l'interdisent même parfois, et peuvent rendre l'exécution du contrat de travail absolument impossible. Il n'en va pas exactement ainsi pour les événements d'ordre économique: outre que le risque économique est supporté par l'employeur, non par les salariés — ces événements sont souvent prévisibles dans leurs conséquences et rendent l'exécution du contrat plus difficile ou plus onéreuse, mais non impossible.

113. Le *ralentissement temporaire de l'activité de l'entreprise* pour motifs économiques (limitation des commandes), ne constitue certainement pas une cause de rupture des contrats, car elle ne présente aucun caractère de la force majeure. Elle peut s'accompagner d'une réduction de l'horaire de travail (donc des salaires versés), ou de certaines compressions de personnel: les licenciements collectifs qui interviennent alors, sont le fait de l'employeur, avec les conséquences qui en découlent, et non le résultat de la force majeure.

114. L'*arrêt temporaire de toute activité* productive, par voie de fermeture totale durant un temps limité, ne constitue pas non plus un cas de force majeure. La fermeture a été décidée et voulue par l'employeur, non imposée par une circonstance à lui non imputable. Les contrats de travail subsistent donc, alors même que — par suite de la non-exécution de son obligation par l'employeur — le salarié se trouve empêché d'exécuter sa propre obligation. Certaines conséquences en matière de salaires pourront seulement en résulter.

Si la fermeture provisoire ne constitue pas un cas de force majeure, l'obligation de l'employeur de fournir du travail survit. Il est indiqué par exemple, dans le rapport luxembourgeois, qu'il sera bien avisé en occupant le personnel à des travaux d'entretien ou de répa-



ration. La mise en non-activité (accompagnée d'une interruption de paiement des salaires) constitue une faute contractuelle, même si les salariés peuvent toucher des indemnités de chômage.

En Belgique, les lois du 4 mars 1954 et du 20 juillet 1960 édictent des règles particulières qui consacrent une certaine extension de la force majeure. Lorsque un «manque de travail» est le résultat de causes économiques, l'employeur peut unilatéralement prendre la décision de suspendre totalement ou partiellement l'exécution du contrat de travail. A la condition de notifier sa décision sept jours à l'avance au personnel (par voie d'affichage) et à l'administration, il peut instituer pendant quatre semaines au maximum, un régime de travail à temps réduit. Pendant ce temps, du reste, le salarié peut résilier le contrat sans préavis. L'employeur peut même instituer une fermeture provisoire totale de l'entreprise aux mêmes conditions.

Il y a là une remarquable dérogation aux principes selon lesquels les circonstances économiques ne peuvent être considérées comme déliant l'employeur de son obligation continue de fournir du travail. On peut voir là un nouveau progrès fait par la technique de la suspension.

115. Avec la *cessation définitive de l'exploitation*, on atteint un degré plus accusé encore dans la paralysie des obligations contractuelles. Si l'on suppose que cette cessation a été décidée de son plein gré par le chef d'entreprise, se refusant à assumer plus longtemps une activité estimée contraire à ses intérêts, il n'est pas possible de considérer qu'il y ait force majeure. Celle-ci doit rendre l'exécution impossible et non pas uniquement plus difficile ou plus onéreuse. Il appartient à l'employeur de prendre l'initiative de la rupture — légitime dans son principe — et de respecter le préavis.

De même la faillite ou l'admission au règlement judiciaire de l'employeur ne constituent pas des causes de résolution automatique des contrats de louage de services. En droit italien ces événements ne constituent même pas de justes motifs de résiliation des contrats à durée indéterminée. Les contrats continuent. Si le syndic ou l'administration décident de cesser toute activité, les contrats de travail seront résolus *ipso jure* moyennant indemnité de préavis et l'indemnité de licenciement (d'ancienneté) restant due. Au Luxembourg, il est indiqué que la faillite entraîne résiliation immédiate des contrats, sauf lorsque le curateur de la faillite (syndic) décide de continuer à faire appel aux salariés, ce qui paraît exceptionnel.

116. La véritable force majeure ne peut faire son apparition que si une circonstance indépendante de la volonté de l'employeur, imprévisible et inévitable, l'empêche absolument de maintenir son entreprise en activité. Encore est-il nécessaire de distinguer selon que cet empêchement est *temporaire ou définitif*.

Temporaire sera l'empêchement dû à la faute d'un tiers (interruption dans la fourniture de l'électricité, de carburant); l'interruption de l'exploitation due à une circonstance atmosphérique (intempérie), ou à un cataclysme naturel dont les conséquences peuvent être réparées.

Dans tous les cas, l'impossibilité temporaire de faire travailler les ouvriers entraînera une simple suspension. Il est évident que la rupture serait ici préjudiciable au salarié et à l'employeur. (Quant au problème soulevé par le maintien du salaire, voir *infra* n° 118.)

117. Si l'impossibilité de poursuivre l'activité de l'entreprise est absolue et *définitive* (destruction complète - fait du prince tel que la réquisition, l'interdiction administrative), le contrat de travail se trouve en général résolu *ipso jure*. L'employeur n'est pas responsable de la rupture et n'a pas à donner congé. En droit italien, le droit aux indemnités de licenciement ou d'ancienneté subsiste cependant.

#### C - Maintien du salaire au cas de suspension du contrat

118. Lorsque le salarié se trouve empêché de fournir la prestation de travail par suite d'un événement indépendant de lui, ou suspend son travail pour un motif légitime, dans quelle mesure peut-il — malgré la stricte corrélation que la cause du contrat établi entre travail et salaire — prétendre percevoir la rémunération?

Lorsque l'employeur est empêché de faire travailler le salarié par suite d'un événement indépendant de sa volonté, ou décide de ne plus procurer de travail au personnel pour un motif légitime, dans quelle mesure le salarié peut-il néanmoins prétendre recevoir une rémunération? La réponse à ces questions constitue un complément nécessaire à l'étude de la théorie de l'impossibilité d'exécution.

En Allemagne lorsque l'impossibilité de travailler existe du chef du salarié — qu'il y ait ou non faute de sa part, — il perd en principe sa créance de salaire (article 325 BGB). Toutefois en l'absence de faute de sa part — et si l'empêchement est de brève durée, le droit au salaire est conservé (article 616 BGB). La durée maxima était pour les employés de six semaines et une loi du 12 juillet 1961 relative à l'amélioration de

la sécurité économique des ouvriers en cas de maladie, a rapproché la condition des ouvriers de celle des employés.

Si l'impossibilité de travailler découle d'une faute de l'employeur, le salarié conserve son droit au salaire dont il faut seulement déduire ce qu'il a pu gagner en travaillant ailleurs (article 324 BGB).

Il existe au surplus en Allemagne une réglementation pour les cas fortuits mettant l'employeur hors d'état de faire travailler le salarié — en l'absence de toute faute de sa part. Tel le manque de matières premières ou la grève partielle. Le Tribunal du travail du Reich a élaboré à cet effet la *théorie des risques de l'entreprise* selon laquelle au moins en principe et sous réserve de clauses particulières des conventions collectives, ces risques doivent être supportés par l'employeur, le salarié conservant normalement son droit au salaire. Il n'en va autrement que si l'événement menaçait l'existence même de l'entreprise. Dans certains cas, l'événement peut justifier une réduction de la rémunération (idée de partage du risque).

Au Luxembourg, la jurisprudence, appliquant le statut des employés, a décidé que le salaire restait dû en cas d'arrêt de l'entreprise, tant que le contrat subsiste. Le même statut dispose expressément en ce sens pour les cas de maladie ou accident. Les conventions collectives prévoient la conservation du salaire dans le cas défini de dispense du travail pour des motifs d'ordre social, familial ou personnel.

Aux Pays-Bas, bien que la règle (article 1638, b) soit qu'aucun salaire n'est dû pour le temps pendant lequel le travail n'a pas été exécuté, exceptionnellement (article 1638, c), le salarié conserve son droit au salaire «pour une durée relativement courte» lorsque la maladie ou l'accident l'empêchent d'exécuter son travail. La durée est appréciée selon les cas d'espèce (en jurisprudence, une semaine par année d'ancienneté, avec maximum de six semaines pour les travailleurs manuels — de plusieurs mois pour les employés supérieurs). Il faut aujourd'hui combiner cette règle avec celle des assurances sociales, ce qui aboutit au versement d'un complément à l'indemnité d'assurance sociale. De même, le droit au salaire est conservé si l'interruption de travail résulte de l'accomplissement de devoirs légaux non indemnisés (devoir d'électeur - devoir militaire) ou de circonstances involontaires exceptionnelles (décès, naissance dans la famille). Il s'agit en tous cas d'absence de courte durée.

L'empêchement de fournir le travail laisse également subsister le droit à rémunération (article 1638, d) dans les hypothèses suivantes:

Si le salarié était prêt à fournir la prestation et que l'employeur n'en a pas profité par sa propre faute (refus intentionnel de faire travailler) ou son propre fait (vacances, maladie), le salaire reste dû. Il en est de même — et c'est là une règle particulièrement remarquable — si l'employeur n'a pu faire travailler par suite d'un empêchement comptant parmi les risques normaux de l'entreprise (panne mécanique — défaut d'approvisionnement en matière première — fléchissement de la vente des produits — difficultés financières de l'employeur). En revanche, l'employeur n'est pas tenu de verser le salaire lorsque le travail a été rendu impossible par un empêchement imprévu constitutif de force majeure (incendie — effet de la guerre).

Au surplus, la doctrine néerlandaise admet qu'en cas de toute interruption de travail, la nourriture et le logement — s'ils étaient obligatoires en vertu du contrat — demeurent dus.

En France, en cas d'impossibilité pour le salarié de fournir sa prestation (maladie) aucune règle légale n'astreint l'employeur à maintenir le salaire. On considère toujours que le principe demeure de la corrélation stricte du droit au salaire et de l'exécution du travail. Mais il existe une tendance, notamment en vertu de clauses des conventions collectives, à mettre à la charge de l'entreprise, si la maladie ne dépasse pas une certaine durée — le salaire correspondant à ce qui n'est pas versé par la sécurité sociale.

En Belgique, la loi du 20 juillet 1960 sur le salaire hebdomadaire garanti a renversé la règle ancienne: le salaire est conservé pendant 7 jours en cas d'incapacité de travail due à un accident du travail, à l'état de grossesse; une partie du salaire est conservée pendant 7 jours en cas de maladie ou d'accident de droit commun. Ces différentes hypothèses concernent le cas d'interruption du chef du salarié. Quant aux interruptions du chef de l'employeur, elles justifient le maintien du salaire pendant 7 jours en cas d'incident technique dans l'entreprise, de manque de travail dû à des causes économiques <sup>(10)</sup>.

En Italie (article 2110 du code civil) il est dû au salarié, en cas d'accident, de maladie, de grossesse, par application des usages ou des conventions collectives, soit l'entière rétribution soit par la suite une indemnité correspondant à une fraction de cette rétribution.

En définitive le rôle des conventions collectives paraît sur ce point déterminant dans tous les pays.

---

(10) Consulter pour plus de détails: P. Horion, *Suspensions du travail et salaire garanti* — Liège, 1961.

## § 4. LE TRANSFERT DE L'ENTREPRISE

119. Dans quelle mesure les contrats de travail en cours vont-ils se trouver affectés par un changement dans la personne de l'employeur? Ne convient-il pas d'éviter une atteinte à la stabilité de l'emploi aussi fâcheuse pour les salariés que pour le nouvel employeur? C'est par l'utilisation de techniques assez différentes selon les pays de la Communauté qu'un tel problème a été résolu.

En Allemagne, la doctrine et la jurisprudence ont progressivement élaboré une construction très complète, en partant des principes généraux du droit des obligations. La difficulté consiste dans la transmission non d'une créance isolée, mais de l'ensemble des droits et obligations nés du contrat de travail. Or, en principe, les droits ou les obligations d'une partie ne peuvent passer à un tiers sans l'accord du co-contractant (articles 414 et 415 BGB). Cette règle s'appliquera au contrat de travail (ou au rapport de travail qui en est issu): le transfert de celui-ci dans son intégralité dépend de l'assentiment de l'autre partie, donné à un moment quelconque et même tacitement.

Le droit allemand est parvenu en cas de transfert de l'entreprise à l'idée que le consentement des travailleurs est *présumé*. En effet pour ces derniers la personne de l'exploitant importe moins que le travail à fournir. Il convient à la fois de ne pas apporter d'obstacle à la cessibilité des exploitations et de ne pas troubler la stabilité de l'emploi. Cédant son exploitation l'employeur cède le droit à la prestation de travail même sans accord exprès des salariés. Il en va de même au Luxembourg. Mais il cède en même temps ses obligations (salaires, charges sociales): cette cession s'opère à la date du transfert, de telle sorte que l'employeur précédent reste tenu des salaires correspondant à la période de travail antérieure à la cession.

Cependant, il existe une autre difficulté: doit-on admettre que le consentement du cessionnaire soit lui aussi tacite ou présumé? La jurisprudence allemande répond négativement. Les droits et obligations résultant des contrats de travail ne sont transmis au cessionnaire que s'il donne à ce transfert son accord exprès (notamment concernant la continuation de l'emploi de dirigeants ou employés supérieurs). Toutefois, en cas d'entreprise commerciale, selon le paragraphe 25 alinéa 1<sup>er</sup> HGB le cessionnaire est tenu de toutes les obligations contractées par le précédent exploitant si l'affaire est poursuivie sous la même raison sociale: les travailleurs ont alors deux débiteurs au lieu de un: le transfert cesse d'être volontaire et on est arrivé à l'idée d'un transfert de plein droit.

Enfin s'il y a transmission légale (par décès ou fusion) l'ayant-cause devient employeur. Les contrats de travail continuent, sans qu'ici l'accord des travailleurs soit requis.

Cette construction générale demeure dans ses grandes lignes valable pour les droits qui se contentent d'appliquer ici les principes généraux du droit civil (Belgique, Pays-Bas, Luxembourg): nécessité d'un accord au moins tacite des travailleurs et d'un accord exprès du cessionnaire. Ce dernier n'a aucune obligation légale de reprendre le personnel de son prédécesseur, auquel cas le précédent employeur demeure tenu envers ses salariés et devra donc les congédier avec préavis. On se demande seulement, lorsqu'une clause de reprise est inscrite dans l'acte d'acquisition, dans quelle mesure les salariés pourraient s'en prévaloir. Tout dépend des termes dans lesquels la clause est rédigée. Souvent deux contrats de travail successifs régissent le personnel.

Aussi bien en Belgique qu'aux Pays-Bas (article 1639, *k*, du code civil) une atténuation a été apportée à la règle de la discontinuité du rapport de travail: pour le calcul de l'ancienneté, pour celui du délai-congé, on tient compte de l'ensemble des contrats de travail comme s'ils n'en constituaient qu'un seul. Il en est de même au Luxembourg en ce qui concerne le droit du congé annuel.

120. Dans les pays où existent des dispositions légales précises en ce sens comme en Italie (article 2112 du code civil) ou en France (article 23, alinéa 7, livre I du code du travail), ne constituent des causes d'extinction du rapport de travail ni la transmission *post-mortem*, ni la cession, l'apport en société, la transformation ou la fusion; plus généralement selon la formule française «la modification dans la situation juridique de l'employeur». Chaque fois que l'entreprise subsiste, malgré le changement d'employeur, les contrats de travail en cours se trouvent maintenus. Seule l'absence d'entreprise peut susciter une hésitation (contrat de travail domestique).

Faut-il en déduire qu'en vertu de ces textes, le contrat de travail a cessé d'unir un employeur à un salarié, mais a pour effet d'insérer un salarié dans une entreprise? L'article 23, alinéa 7 du code du travail ne permet pas, en France, une déduction aussi radicale: il déclare seulement que les contrats de travail subsistent. On peut aussi bien en conclure qu'il y a, en pareil cas, une exception à l'effet relatif des contrats, propre au droit du travail.

## § 5. EFFETS DE LA CESSATION DU CONTRAT ET OBLIGATIONS POSTÉRIEURES

121. Le contrat de travail ayant pris fin, chaque partie reprend normalement son entière indépendance. La liberté du travail doit être considérée comme la règle. Le salarié peut à son gré rechercher un nouvel emploi et conclure un nouveau contrat de travail, comme aussi bien s'établir à son compte. L'employeur est libéré de ses obligations envers lui, et ne peut plus rien exiger de lui. Néanmoins, certaines obligations peuvent *survivre* à la cessation du contrat, subsistant tout au plus certaines modifications. Comme le souligne le rapport belge, la fin du contrat ne signifie pas l'extinction de toutes les obligations; il en est bien entendu ainsi de l'obligation de payer le salaire dû et non encore versé, ou les commissions; il en est ainsi de ce qui a été systématisé plus haut sous le nom d'obligation de fidélité du salarié. Ce qu'il en subsiste est parfois complété et renforcé par l'accord des parties (clause de non-concurrence).

D'autres obligations découlent directement de la cessation — soit impérativement (certificat de travail) — soit facultativement, s'il a été convenu que la cessation du contrat s'accompagnerait de certains versements (indemnités de licenciement, d'ancienneté, etc.). Un compte s'établit ainsi entre les ex-parties au contrat dont l'apurement donne naissance au versement d'un solde constaté par un reçu signé du salarié. Ce reçu sert de preuve au règlement mais implique le plus souvent aussi une sorte de transaction (reçu pour solde de tout compte) (contra droits belge et italien).

## A - Clauses de non-concurrence

122. Une fois libéré de son engagement antérieur, le salarié peut parfaitement se livrer à une activité indépendante ou salariée, même faisant concurrence à son ancien employeur. Il doit seulement s'abstenir de toute concurrence *déloyale*. On estime ainsi le plus souvent que la non-révélation des secrets de fabrique s'impose même après la cessation du contrat. Encore faut-il que cette interdiction ne l'empêche pas d'utiliser dans son nouvel emploi, les connaissances par lui acquises chez son précédent employeur.

L'employeur peut vouloir exiger plus et imposer d'avance au salarié venant à quitter son emploi de s'abstenir de *toute concurrence*.

Deux intérêts s'affrontent ici: d'un côté le légitime souci de l'employeur de protéger des secrets de fabrication ou d'éviter qu'un ancien employé ne s'efforce de capter sa clientèle (en particulier les ingénieurs,

les représentants de commerce ou les employés supérieurs). D'un autre côté le principe de la liberté du travail exige que la clause ne réduise pas à néant la faculté du salarié de gagner son existence; pressé par la nécessité ou sans réflexion suffisante lors de l'embauchage, il risque de se lier pour l'avenir dans des conditions draconiennes. Un équilibre difficile doit être établi, ce qui explique que dans tous les droits, la clause de non-concurrence soit assujettie à des règles restrictives. Ces règles concernent aussi bien la clause insérée dans le contrat que celle qui viendrait à être stipulée lors de la cessation. Elles visent le salarié s'embauchant auprès d'un concurrent ou travaillant pour son propre compte.

Le régime de la clause ne résulte pas toujours de prescriptions légales. Il a été souvent élaboré par la jurisprudence. Au Luxembourg, il existe un texte (article 13 du statut) mais pour les seuls employés. En Italie, on trouve un article dans le code civil (article 2125). En Belgique, les lois coordonnées visent le cas du seul employé et s'en tiennent à une directive générale. Aux Pays-Bas, l'article 1637 *x* modifié en 1953 est le siège de la matière. En Allemagne, il n'existe pas de règle légale, non plus qu'en France où le régime de la clause est purement jurisprudentiel.

#### *Conditions de la validité*

123. Les conditions de validité de la clause sont loin d'être uniformément les mêmes.

Dans certains cas la clause est *interdite*: aux Pays-Bas, en Allemagne, au Luxembourg, lorsque l'employé est mineur lors de l'embauchage, en Allemagne lorsque le traitement de l'employé est inférieur à un certain *minimum* lors de l'expiration de l'engagement; en Belgique, si la rémunération de l'employé ne dépasse pas 120.000 francs, au Luxembourg, si elle est inférieure à 150.000 francs par an. Enfin, en Allemagne, aux Pays-Bas et en Italie, elle n'est valable que si elle fait l'objet d'un *écrit*. Partout une interdiction générale et absolue de travailler entraînerait la nullité de la clause.

124. Il existe de plus, des conditions auxquelles est subordonnée la validité de la clause. Ces conditions concernent l'activité, le temps ou le lieu.

La clause doit comporter une limitation à une branche d'activité professionnelle donnée; parfois, elle fonctionne seulement si l'activité exercée est identique à celle du patron (Luxembourg). En France, elle



peut concerner une branche quelconque d'activité professionnelle à condition de laisser au salarié la possibilité d'exercer le métier qui lui est propre.

La clause ne doit pas comporter une limitation d'une durée trop longue: une année au Luxembourg — cinq ou trois années en Italie selon qu'il s'agit de cadres ou de salariés ordinaires, — deux années en Allemagne. En France, les conventions collectives consacrent en général une durée maxima de deux ans.

La clause doit comporter une limitation géographique circonscrite au rayon d'action de l'entreprise.

Il est parfois ajouté que la clause ne doit pas rendre trop difficile à l'employé la recherche de moyens d'existence ou ne doit causer au salarié un préjudice injuste (Pays-Bas). Il y a là plutôt une directive pour le juge.

Une condition supplémentaire de validité est exigée par le droit italien (article 2125 du code civil): le contrat contenant une clause de non-concurrence doit comporter une compensation en argent au profit du travailleur; il en va de même en droit allemand. Aux Pays-Bas, cette indemnité peut être allouée par le juge. En France, elle est prévue par certaines conventions collectives.

125. Il existe parfois des motifs qui entraînent la caducité d'une clause par ailleurs valable: il en est ainsi lorsque l'employeur a résilié irrégulièrement le contrat, par exemple sans respecter le préavis (Luxembourg). Aux Pays-Bas, on va même plus loin: si l'employeur a rompu le contrat de telle sorte qu'il est redevable de dommages-intérêts — si même, sans prendre l'initiative de la rupture, il a fourni au salarié un motif impérieux de rompre — il ne peut se prévaloir de la clause.

### *Sanction*

126. Quelles sont les sanctions en cas d'inobservation de la clause? Normalement, le salarié qui l'enfreindra s'exposera à une action en dommages-intérêts de la part de l'employeur. Il tentera de se défendre en arguant de la nullité de la clause. Le droit néerlandais a donné au juge de très larges pouvoirs d'appréciation et même d'arbitrage: le juge peut annuler la clause si — par rapport aux intérêts de l'employeur — elle est la source d'un préjudice injuste et disproportionné pour le salarié; il peut aussi en réduire la portée, soit dans l'espace, soit dans le temps, soit quant à l'ampleur des activités interdites; le juge peut encore réduire le chiffre des dommages-intérêts contractuellement fixés pour le cas de violation de la clause; il peut enfin, si le

maintien de la clause est fondamental pour l'employeur, condamner celui-ci à verser en contre-partie une indemnité équitable. Cette indemnité n'est pas obligatoire pour l'employeur: elle demeure à la discrétion du juge. Celui-ci peut — afin d'éviter de prononcer la nullité de la clause — la valider moyennant indemnisation du salarié auquel elle cause préjudice trop gravement. Si cette indemnité est jugée trop élevée par l'employeur, il peut toujours s'en affranchir en renonçant à la clause.

De façon générale, la violation de la clause ne saurait entraîner la nullité du second contrat, mais seulement une condamnation à dommages-intérêts. Le second employeur complice peut être condamné solidairement avec le salarié.

### B - Le certificat de travail

127. Il paraît très communément admis que l'employeur a l'obligation de délivrer au salarié lorsque l'engagement prend fin, un certificat appelé certificat de travail. Cette obligation est généralement considérée comme d'ordre public, en ce sens que le salarié ne pourrait renoncer à l'avance à demander ce certificat. Il doit permettre au salarié de démontrer qu'il est libre de tout engagement et qu'il possède une qualification donnée par son expérience antérieure. Tel était déjà un des objets du livret ouvrier (lequel subsiste en Italie). En outre, le certificat est destiné à favoriser la politique de l'emploi.

Quel est son contenu? Le législateur a partout limité les mentions que ce certificat devait contenir. En Belgique — de même en Italie ou en France — le certificat doit indiquer: 1° les dates auxquelles l'engagement a commencé et a pris fin; 2° la nature de l'activité exercée. Cette exigence vaut à la fois pour le contrat de travail et pour le contrat d'emploi. En France, doit être précisée la nature des emplois successivement occupés.

En Allemagne et aux Pays-Bas, tel est également le contenu du certificat *simple*: mais le travailleur peut également réclamer un certificat *qualifié*: celui-ci fait état notamment de la conduite et de l'exécution du travail.

S'il peut comporter toutes sortes d'appréciations, le danger est que le certificat gêne le salarié dans sa demande d'emploi. S'il ne comporte qu'une appréciation partielle et limitée aux aspects favorables, le danger est qu'il ne fournisse aux tiers (futurs employeurs) que des informations tronquées. C'est pourquoi en France et en Belgique, le certificat ne peut en principe porter que les mentions obligatoires à

l'exclusion de toute autre. En Italie, l'employeur ne peut formuler une appréciation négative ni le travailleur prétendre à l'inscription d'une appréciation favorable. Aux Pays-Bas, s'il y a eu un motif urgent de licenciement immédiat (faute grave), l'employeur a le droit d'en faire mention, même contre le gré du salarié.

Si un employeur refusait de délivrer un certificat, il s'exposerait à une condamnation à dommages-intérêts et — en France — à une sanction pénale. En outre, le salarié peut faire condamner l'employeur sous astreinte à le lui délivrer.

En Italie, lorsque le contrat de travail a pris fin, l'employeur doit restituer au salarié le livret de travail, lequel doit mentionner la durée de service, la qualification et la rémunération.

### C - Indemnité de licenciement <sup>(11)</sup>

128. L'employeur peut être amené à verser au salarié, en conséquence de l'exercice du droit de résiliation unilatérale, différentes indemnités: indemnité de délai-congé en cas de brusque rupture, dans tous les pays; dommages-intérêts pour rupture injustifiée ou déraisonnable, dans les pays qui admettent cette institution. Mais c'est alors une irrégularité que ces indemnités sanctionnent (voir § 1<sup>er</sup>).

Autre chose est l'indemnité dite de licenciement ou d'ancienneté. En France, les conventions collectives ont voulu protéger, même si le congédiement est régulier, le travailleur chevronné attaché depuis de longues années à l'entreprise. L'indemnité de licenciement est accordée chaque fois que le congédiement est prononcé sans faute grave du salarié. Elle est proportionnelle à son ancienneté. Par là l'indemnité de licenciement apparaît comme une technique originale dans le cadre d'une politique systématique de l'emploi. D'une part en pesant sur la volonté de l'employeur, elle encourage la *prévention* même du risque du licenciement; d'autre part si le risque néanmoins se réalise, elle en assure l'*indemnisation*. Le rapport français insiste sur deux revirements récents de la jurisprudence: d'abord réservée à l'hypothèse du licenciement, *stricto sensu*, et donc propre au contrat à durée déterminée, l'indemnité a été étendue au contrat à durée déterminée, d'abord plusieurs fois reconduit, puis non renouvelé. Mais en revanche, les tribunaux refusent désormais de l'accorder au cas de rupture du

---

(11) Voir *La protection des travailleurs en cas de perte de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Luxembourg, 1961.

contrat à durée indéterminée à la suite de la maladie prolongée du salarié.

En Belgique, une indemnité de nature similaire existe, depuis la loi du 27 juin 1960: c'est l'indemnité pour perte d'emploi due à la fermeture, mais elle a évidemment une portée plus restreinte. Elle est subordonnée à une ancienneté minima, à l'absence de congédiement pour motif grave, et surtout à la circonstance que le congédiement précède ou suit immédiatement la fermeture de l'entreprise. Elle n'existe que pour le contrat à durée indéterminée. Elle se cumule avec l'indemnité de préavis. La loi contient des règles précises en ce qui concerne le calcul de l'ancienneté et fixe le taux de l'indemnité proportionnellement à celle-ci. La loi a créé au surplus un fonds spécial d'indemnisation destiné à se substituer aux employeurs défaillants.

En Italie, au cas de cessation du contrat de travail à durée indéterminée (même en cas du décès du travailleur et en cas d'impossibilité absolue et définitive de continuer l'entreprise), il est dû aux travailleurs une indemnité dite d'ancienneté: c'est le seul pays où cette indemnité soit accordée par la loi à tout salarié quel qu'il soit (article 2120 du code civil). Réserve doit être faite pour le cas de licenciement pour faute et pour celui de démission volontaire. Selon les conventions collectives l'indemnité d'ancienneté est due aussi en cas de démission volontaire; il en est de même selon la loi pour les gens de maison. L'indemnité d'ancienneté est également prévue par la loi en cas de cessation d'un contrat à durée déterminée.

Au Luxembourg, après quinze ans, l'employé a droit à une indemnité d'ancienneté, qui peut se cumuler avec une pension de vieillesse anticipée.

## CHAPITRE II

### L'ÉVOLUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL COMME SOURCE DE LA RELATION INDIVIDUELLE

129. Alors que la première partie de ce rapport revêtait un caractère positif, et correspondait à l'examen d'une matière juridique identifiée et nettement délimitée — la seconde partie ne peut s'exprimer en réalité que sous une forme interrogative ou dubitative: dans quelle mesure le contrat de travail a-t-il fait son temps comme source primordiale et cadre de la relation individuelle de travail? Existe-t-il une alternative au contrat?

Le débat demeure essentiellement doctrinal, comme en témoignent différents rapports. Il est néanmoins né de certains faits de l'histoire juridique et sociale de ces dernières décennies — et s'est nourri de ces faits.

Le premier est le *déclin de l'autonomie de la volonté comme source de la réglementation des rapports individuels de travail*. A vrai dire, il n'y a pas là un phénomène spécifique du droit du travail. Tout au plus y est-il plus marqué que dans les autres domaines du droit privé. Il conviendra d'en rappeler sommairement les formes et les modalités, et de rechercher s'il entraîne ici condamnation du rôle traditionnel du contrat.

Le second de ces faits apparaît plus topique: l'application du droit du travail *indépendamment de l'existence de tout contrat individuel de travail*, soit à des situations dérivant d'autres contrats, soit à des situations non contractuelles, mais légales ou statutaires. Exprimée un peu autrement, la question qui se pose est à cet égard de savoir si le contrat de travail reste le *critère normal de l'application des diverses dispositions du droit du travail* ou s'il a cessé de remplir cette fonction.

Finalement, c'est un troisième fait, le plus troublant, qui a incité principalement certaine doctrine contemporaine à prôner la substitution de la notion de relation de travail à celle de contrat de travail: *la participation du travailleur à une communauté organisée, l'entreprise*. Celle-ci n'est-elle pas en effet à l'origine de certains effets inexplicables par le seul mécanisme du contrat?

### Section I

#### DÉCLIN DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ COMME SOURCE DU RAPPORT INDIVIDUEL DE TRAVAIL

130. Une remarquable convergence se manifeste dans le droit du travail des six pays et les six rapports sont d'accord pour indiquer que les parties ne peuvent plus guère déterminer librement le contenu du contrat qu'elles concluent. Le droit du travail même se définit par une série de restrictions apportées à l'autonomie des parties. A vrai dire, le déclin de ce pouvoir autonome s'exprime dans deux séries d'interventions: au niveau des autorités étatiques (législation, réglementation); au niveau des autorités «professionnelles» (convention collective — accord d'entreprise).

## § 1. LÉGISLATION ET RÉGLEMENTATION DU TRAVAIL (12)

131. L'intervention du législateur dans les rapports individuels du travail, a été évidemment motivée par l'inégalité des parties. Alors que pour d'autres contrats, la libre discussion entre les intéressés pouvait conduire à des règles justes, dans la formation du contrat de travail l'une des parties subissait nécessairement les conditions imposées par l'autre en matière de salaire et de conditions de travail (contrat «d'adhésion»). L'interventionnisme législatif a été pratiqué dans tous les pays dès la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, sous la pression de l'opinion et des travailleurs, pour corriger les conséquences de cette inégalité. Cet interventionnisme relève du droit privé ou du droit public (distinction faite notamment dans le rapport néerlandais). Il concerne aussi bien la formation du lien contractuel et sa dissolution d'une part — que le contenu du lien contractuel d'autre part. Mais, il apparaît clairement que les interventions de la première catégorie, malgré leur caractère parfois spectaculaire, ont une portée infiniment moins profonde que celles de la seconde.

**A - Réglementation de la formation et de la rupture du contrat**

132. Elle se manifeste sur les points suivants, dont on se contentera de dresser le tableau:

- *Interdictions d'embauchage.* Elles visent les enfants au-dessous d'un certain âge — et, pour certains travaux, les femmes.
- *Obligations d'embauchage.* En général, elles n'ont guère été édictées que temporairement au profit de certaines victimes de la guerre, et sous forme de la réintégration obligatoire dans l'emploi ou d'une priorité d'embauchage (France - Pays-Bas). Comme tendance très générale, on peut mentionner également l'emploi obligatoire d'un chiffre minimum de travailleurs handicapés ou invalides: l'obligation n'existe qu'en pourcentage. En Italie, la loi «sur l'emploi obligatoire» de la main-d'œuvre agricole a été déclarée inconstitutionnelle.
- *Institutions de placement.* Leur rôle est de lutter contre le chômage en orientant les demandeurs vers les emplois disponibles et de régulariser le marché du travail, sans limiter le libre recrutement par l'employeur, ni le libre choix par le

(12) La réglementation du travail fera l'objet d'études distinctes dans le cadre de cette collection.

salarié. Nulle part, sauf en Italie, ces institutions n'ont le monopole du placement. L'embauchage direct demeure licite. Et s'il est recouru aux services de placement, il n'en résulte aucune obligation pour le salarié d'accepter l'emploi proposé, ni pour l'employeur, le candidat à l'emploi. Les employeurs signalent les emplois vacants, les demandeurs d'emploi se font inscrire.

- *Contrôle de l'embauchage.* La nécessité fréquemment admise d'une autorisation ou tout au moins d'une déclaration pour l'embauchage de tout salarié, n'a pas pour effet, en général, d'entraîner la nullité de l'embauchage non autorisé. Sa portée est d'ordre purement économique. Elle n'est sanctionnée que par une amende (France - Luxembourg - Italie). En outre, en Italie la procédure administrative d'embauchage est le préalable nécessaire à l'engagement; si elle n'est pas respectée, le contrat est annulable. La liberté de choix de l'employeur ne disparaît toutefois que s'il a eu recours à une demande numérique; elle demeure s'il procède par voie de demande nominative (sauf respect éventuel des priorités).

Une procédure administrative d'autorisation des embauchages doit en principe être introduite en Belgique (loi du 14 février 1961). Elle est ignorée en Allemagne.

Ce contrôle est plus sévère concernant les *travailleurs étrangers*; en France, par exemple, la nécessité d'une carte de travail permet aux autorités publiques d'exercer un contrôle rigoureux de l'emploi, et l'embauchage d'un salarié étranger démuné de carte entraîne la nullité du contrat. De même un régime d'autorisation existe au Luxembourg et en Belgique.

133. *Contrôle de la rupture.* Lorsque l'autorisation des services compétents est requise pour la résiliation du contrat, des considérations d'ordre économique entrent en jeu. Cette procédure administrative demeure sans incidence sur la validité du congédiement, sauf aux Pays-Bas où, non autorisé, il est nul d'une nullité relative. Dans ce dernier pays, l'autorisation n'est pas requise si la résiliation est prononcée pour un motif urgent ou intervient d'un commun accord. Dans les autres cas, l'autorité administrative compétente apprécie si la rupture est raisonnable. Ce contrôle administratif ne fait pas double emploi avec le contrôle judiciaire. En Italie, le contrôle s'exerce par voie arbitrale *a posteriori* dans le secteur industriel.

*Interdictions de rupture.* Lorsque la loi interdit de licencier les femmes enceintes ou certains grands malades, elle ne fait encore que protéger certains salariés particulièrement exposés. La mesure est du reste exceptionnelle. Quant à la nullité, selon la loi allemande, des congédiements «socialement injustifiés», elle ne constitue qu'un aspect du contrôle judiciaire du congédiement (supra n° 105).

#### *Signification de cette réglementation*

134. Faut-il déduire de cette intervention que la libre formation du rapport et sa libre rupture ont cessé d'exister? La réponse doit être catégoriquement négative. Le marché du travail reste en règle générale un marché libre. Aucune atteinte n'est portée au libre recrutement de la main-d'oeuvre par le chef d'entreprise, ni au libre choix de l'emploi par le salarié, donc à la pleine liberté de conclusion. Les interdictions d'embauchage sont de simples règles d'hygiène sociale et de santé publique protectrices du travailleur. Aussi bien existe-t-il également en droit civil de nombreuses interdictions à visées protectrices. Les obligations d'embauchage sont pratiquement négligeables et n'ont le plus souvent qu'une existence temporaire. Quant au contrôle de l'emploi et du congédiement, il n'a pas pour effet de restreindre la liberté des parties, mais seulement de donner aux autorités administratives un moyen d'exercer une influence sur l'orientation de la main-d'oeuvre et de connaître la situation du marché du travail. L'institution du placement (public ou privé) est aussi ancienne que le libéralisme et ne peut être considérée comme une entrave à l'autonomie contractuelle. La seule réserve qu'il soit utile de faire concerne au total les travailleurs étrangers; et encore l'application du principe de libre circulation des travailleurs dans le marché commun devrait conduire à l'effacement de toute restriction même sur ce point.

#### **B - Réglementation du contenu du contrat**

135. Les conditions de travail ont cessé, pour partie, d'être librement débattues par les parties. Bien que la législation du travail n'ait pas atteint le même développement dans tous les pays et ne couvre pas partout les mêmes domaines, on peut, dans les grandes lignes, considérer que les points suivants ont cessé d'être principalement sous la coupe du contrat individuel de travail: la durée journalière ou hebdomadaire du travail, les pauses, le repos hebdomadaire, l'hygiène du travail et la sécurité du travail, et dans plusieurs pays, le congé annuel. Une réglementation minimum impérative a plus ou moins vidé, à ces différents points de vue, le contrat individuel de son contenu, contrat



qui a néanmoins conservé sa fonction bénéfique d'amélioration de la condition du salarié.

136. Le même processus est visible, encore que moins accusé, en matière de salaire: le législateur a fixé, dans certains pays, un minimum ou des minima de salaires; a réglementé — et ceci bien avant de s'intéresser aux taux du salaire — *son paiement*: c'est-à-dire l'époque, le lieu où le salaire devait être payé. Il a pris différentes mesures pour en assurer le paiement ponctuel et effectif (restrictions à la compensation, etc.). Il existe un régime légal de la créance de salaire, à peu près uniforme partout. Cependant, un certain décalage existe manifestement entre conditions de travail et conditions de salaire: dans la majorité des pays, le chiffre du salaire demeure matière relevant de la décision des parties, d'accords collectifs ou paritaires, ainsi en Belgique ou en Allemagne.

On doit cependant tenir compte d'une institution néerlandaise très originale: l'arrêté-extraordinaire de 1945 a créé aux Pays-Bas un collège de conciliateurs d'État, qui a compétence pour fixer des règles obligatoires relatives aux salaires et autres conditions de travail. En outre, pendant 17 années toute convention collective devait être approuvée par ce collège pour être valable; depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1963 cette dernière tâche a été transférée à la Fondation du travail (organisme permanent, volontaire et paritaire, dans lequel les organisations centrales d'employeurs et de travailleurs collaborent) qui auparavant ne jouait qu'un rôle (très important) consultatif. C'est aussi le collège des conciliateurs qui déclare les conventions collectives «d'obligation générale» (extension). Le collège peut déroger à la législation civile existante, excepté aux normes impératives. L'employeur qui ne respecterait pas les directives du collège ou les conventions collectives approuvées s'expose à des sanctions pénales. Les Pays-Bas limitent donc, en matière des salaires et autres conditions de travail, la liberté contractuelle plus que les autres pays. Et ils associent à cette direction quasi administrative des salaires, les organisation syndicales ouvrières et les groupements patronaux. Le rapport estime que la liberté contractuelle individuelle a presque disparu aux Pays-Bas en ce qui concerne les conditions fondamentales du travail et des salaires. Ailleurs la liberté des salaires demeure de principe.

#### *Signification de cette intervention*

137. Incontestablement, les interventions qui se sont produites plus tôt sur ce second terrain, ont aussi revêtu plus d'ampleur. Peut-on en

conclure que le contrat de travail n'aurait plus de contrat que le nom et serait devenu un cadre vide? Certes non. Une large marge subsiste où peut se donner carrière la volonté des parties: le taux du salaire reste normalement libre, au-dessus du minimum légal éventuel; l'organisation du travail reste un champ complètement libre pour l'initiative de l'employeur: les postes de travail, les normes, les tâches, sont fixés par lui seul. Ce ne sont guère que les conditions externes du travail qui sont réglementées et — somme toute — les installations dans lesquelles le travail a lieu; la tâche et la qualification du salarié dépendent avant tout du contrat.

De toute manière ce statut légal préétabli voit son application subordonnée à un accord de volontés, donc à une convention. Le contrat demeure au minimum l'acte-condition capital sans lequel cette réglementation légale deviendrait sans objet.

Annexe au § 1<sup>er</sup>

**Libre circulation et marché du travail dans l'Europe des Six**

138. Le principe de la libre circulation de la main-d'oeuvre entre les six pays européens a d'abord été inscrit dans le traité du 18 avril 1951, instituant la C.E.C.A. Selon l'article 69 les États signataires s'engagent à écarter toute restriction fondée sur la nationalité en ce qui concerne l'emploi dans les industries du charbon et de l'acier. Mais la non-discrimination ne concerne que les travailleurs «*de qualification confirmée*» qui devront faire l'objet de définitions appropriées.

En application de l'article 69, la décision entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1957 institue une carte de travail de la Communauté, délivrée aux travailleurs de qualification confirmée.

Sont considérés comme des travailleurs «de qualification confirmée», les travailleurs qui ont exercé pendant une période déterminée et avec un salaire supérieur à celui de manoeuvre, l'un des métiers qui sont inscrits dans la liste qui constitue la première annexe de la décision.» Une deuxième liste de métiers est entrée en vigueur le 5 juillet 1963. Les deux listes comprennent ensemble 174 métiers.

La carte de travail permet à son titulaire qui doit avoir la nationalité d'un des États membres de la Communauté, de répondre librement sans que les réglementations sur le recrutement et l'emploi de la main-d'oeuvre étrangère lui soient opposables, à une offre d'emploi émanant soit d'un office de travail, soit d'un employeur des secteurs charbon et acier d'un autre pays de la Communauté, dans l'un des métiers du secteur industriel (charbon ou acier) pour lequel elle a été délivrée.

La décision organise en outre un système de mise en contact des offres et demandes d'emploi.

L'article 48 du traité (du 25 mars 1957) instituant la Communauté économique européenne, prescrit que pour la fin de la période de transition au plus tard, la libre circulation des travailleurs devra être réalisée entre les États membres de la Communauté, ce qui implique notamment l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne l'emploi. Cette disposition a pour effet d'autoriser le déplacement des demandeurs d'emploi pour répondre à un *emploi effectivement offert*. Cette dernière formule semble exclure la possibilité pour les travailleurs de se déplacer à la recherche d'un emploi et ne leur permettre de bénéficier de la libre circulation que lorsqu'ils disposent d'une offre d'emploi.

En application des articles 48 et 49 du traité, le Conseil de la Communauté a adopté pour une première étape, le règlement n° 15, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1961 (J.O.C.E. 26 août 1961), directement obligatoire pour les six États membres (13). Ce règlement sera remplacé dès le 1<sup>er</sup> mai 1964 par un deuxième règlement valable pour une seconde étape et qui restera en vigueur jusqu'au 31 décembre 1967. Ce deuxième règlement est caractérisé par l'abandon de la priorité du marché national de l'emploi, que le règlement n° 15 avait maintenue. Ceci signifie que les travailleurs de la Communauté peuvent d'ores et déjà occuper les emplois vacants sur l'ensemble du territoire de celle-ci. Cet abandon de la priorité du marché national de l'emploi est néanmoins assorti d'une clause de sauvegarde permettant aux États membres de maintenir dans les régions et professions particulièrement menacées la priorité qui permet de réserver les emplois vacants à la main-d'oeuvre nationale appropriée disponible. Le maintien, ou le rétablissement de la priorité du marché national de l'emploi doit être justifié par l'État membre à la Commission et ne peut en tout état de cause permettre le refus du permis de travail aux ressortissants d'un autre État membre passé un délai de 15 jours.

Cette règle fondamentale constitue une étape très importante vers l'abolition définitive et totale de la priorité des marchés nationaux entre les six États membres, puisque pour atteindre la situation prévue par le traité pour la fin de la période de transition, il suffira d'abolir les clauses de sauvegarde.

---

(13) Pilliard: *La libre circulation des travailleurs dans les pays de la C.E.E.* (Dr. soc. 1961, 476). Schiefer: *Marché du travail européen* (libre circulation et migration), Eurolibri 1961. Rapp. l'accord sur le régime de la circulation des personnes élaboré par le Conseil de l'Europe et signé le 13 décembre 1957 et le document O.E.C.E. A (60) 32.

Par ailleurs, le règlement prévoit que les travailleurs qui auront exercé deux ans d'emploi régulier sur le territoire d'un État membre seront assimilés aux travailleurs ressortissants de cet État et pourront par conséquent accéder à tous les emplois disponibles sans qu'en aucun cas la priorité du marché national puisse leur être opposée.

Il marque également un progrès très important vers l'assimilation des travailleurs aux nationaux en accordant à tous les travailleurs qui pourront justifier de trois ans de présence dans une entreprise le droit d'éligibilité aux organes de représentation du personnel dans cette entreprise. Le règlement n° 15 avait déjà confié aux travailleurs le droit de vote à ces organes, mais non le droit d'éligibilité.

Un progrès a également été accompli dans l'admission de la famille du travailleur, qui avait reçu du règlement n° 15 le droit de se faire rejoindre par son conjoint et ses enfants mineurs, et qui pourra dorénavant se faire accompagner ou rejoindre par tous ses ascendants et descendants à sa charge, à condition qu'il dispose d'un logement «normal».

Une autre disposition fondamentale doit être signalée: celle qui établit la priorité du marché communautaire de l'emploi et prévoit les mécanismes d'examen des marchés de l'emploi pour mettre en oeuvre effectivement cette priorité.

Ce règlement qui prévoit d'autres dispositions importantes, en faveur des travailleurs et de leurs familles et qui maintient les organismes créés par le règlement n° 15 (bureau européen de coordination, comité consultatif tripartite, comité technique), réalise dans une très large mesure les buts fixés par les articles 48 et 49 du traité et crée ainsi dans la Communauté une situation déjà très voisine de la libre circulation totale prévue par le traité.

## § 2. CONVENTIONS COLLECTIVES ET ACCORDS D'ENTREPRISE (14)

### A - Conventions collectives

139. Le déclin de l'autonomie de la volonté, au sens classique, est dû à un second ordre de raisons. La négociation des conditions de travail, faussée par l'inégalité des parties sur le plan individuel, s'est déplacée sur le plan collectif. Les groupements professionnels (syndicats) d'employeurs et de travailleurs dans le cadre habituel de la *branche d'ac-*

---

(14) Voir G. Syropoulos: *Le droit des conventions collectives de travail dans les pays de la C.E.C.A.*; Dehove: *Droit et pratique des conventions collectives dans les six pays de la Communauté 1963.*

*tivité* discutent ensemble des conditions de travail et les inscrivent dans une convention collective. En Belgique, la négociation est institutionnalisée par la création des commissions paritaires.

On ne saurait dire toutefois qu'il y a effacement du principe d'autonomie. Simplement la faculté de fixer librement le contenu du rapport de travail s'exerce au niveau des groupements et non plus des individus — ce que les doctrines allemande et italienne appellent fort justement: *autonomie collective*.

Les conventions collectives n'imposent jamais aux employeurs d'obligation de contracter. Aucune restriction n'existe à cet égard à la liberté contractuelle.

La principale fonction des conventions collectives sera de déterminer les conditions de travail et le taux des salaires, en fonction de la qualification et de l'emploi occupé. Leur contenu est variable et n'a pas à être ici analysé, mais elles indiquent toujours les conditions auxquelles devront être passés les contrats individuels qui se trouvent ainsi uniformisés. Elles constituent, manifestement à ce titre une limite apportée à la liberté des parties de régler librement leurs droits et obligations.

140. La doctrine allemande — dont s'est inspiré Paul Durand en France — pour préciser les rapports existant entre convention collective et contrat individuel distingue depuis longtemps deux aspects dans la convention collective. D'une part, celle-ci crée certains droits et certaines obligations à charge ou au profit des organisations signataires. A ce premier point de vue (point de vue conventionnel ou obligatoire), elle ne concerne pas le rapport individuel de travail. Mais, d'autre part, elle établit des normes qui vont régir la formation, le contenu, la cessation des relations de travail. A ce second point de vue *normatif* la convention collective va lier les parties au contrat individuel. Quels sont les employeurs, quels sont les salariés qui seront tenus de se conformer à ses dispositions? Dans les six pays — selon des modalités diverses — il est nécessaire qu'une intervention administrative se manifeste pour rendre la convention applicable à d'autres qu'aux parties et à leurs adhérents, c'est-à-dire aux isolés (extension — déclaration d'obligation générale). Mais, des nuances importantes existent cependant au cas où cette déclaration d'extension n'aurait pas lieu. En France, si un employeur est lié par une convention, elle s'applique nécessairement à tout son personnel. En Allemagne, elle ne s'applique qu'au personnel adhérent du groupement signataire — quoiqu'il soit

indispensable de tenir compte du principe de l'égalité de traitement. Aux Pays-Bas, l'employeur a l'obligation d'étendre les conditions de travail de la convention collective à ceux des salariés qui ne sont pas liés par la convention.

141. La convention collective ne joue évidemment de rôle important que là où n'existe pas de statut légal complet. Ainsi au Luxembourg, on n'y recourt dans la pratique que pour les ouvriers, et non pour les employés à raison du statut légal qui régit ces derniers.

Les conventions collectives ont introduit certaines pratiques obligatoires en matière de conclusion des contrats individuels (nécessité d'un écrit — obligation d'embauchage portant sur un certain pourcentage de travailleurs âgés); elles en ont précisé les conditions essentielles (montant de la rémunération — durée des congés), ainsi que les modalités de la rupture (durée des délais-congés, motifs et formes du licenciement, indemnités de congédiement).

#### **B - Accords collectifs d'entreprise**

142. On rencontre certains actes d'origine collective, élaborés au niveau de l'entreprise, bien que l'entreprise elle-même ne soit pas une source juridique restreignant l'autonomie de la volonté.

En Italie, la tradition corporative allait dans le sens des accords exclusivement intersyndicaux. Demeure encore aujourd'hui interdit, en vertu de l'accord interconfédéral pour l'industrie, l'accord d'entreprise entre le chef d'entreprise et la commission interne, sans intervention des syndicats.

Mais ailleurs, les interventions professionnelles au niveau de l'entreprise sont nombreuses. Les accords collectifs d'entreprise sont de deux types: en France, aux Pays-Bas et en Belgique, ils sont conclus entre chef d'entreprise et syndicats; en Belgique, ils ne peuvent avoir que valeur supplétive et non impérative puisqu'ils ne peuvent être rendus obligatoires par arrêté. Ils s'appliquent si le contrat individuel n'y déroge pas. En France, adaptant la convention collective conclue par les syndicats représentatifs, ils s'imposent lors de la conclusion du contrat individuel.

Au contraire, en Allemagne, les accords de ce type sont conclus entre l'employeur et le conseil d'entreprise; ils s'appliquent à tout le personnel syndiqué ou non, et régissent les contrats de travail comme une convention collective: les règles y contenues s'appliquent impéra-

tivement au contrat individuel et s'y substituent au besoin (sauf clause plus favorable). Mais les accords d'entreprise ne peuvent concerner les rémunérations, le conseil d'entreprise n'étant pas compétent à cet égard, à moins toutefois qu'une convention collective ne l'ait prévu formellement.

### C - Le règlement de l'entreprise

143. Le règlement intérieur lie les parties au contrat individuel, puisque chaque salarié l'accepte du fait qu'il est embauché et travaille dans l'établissement. Il constitue donc une manifestation d'autonomie individuelle; très logiquement, aux Pays-Bas, il doit être approuvé par écrit lors de l'embauchage par le salarié ainsi que toute modification ultérieure qui lui est apportée. Cependant, dans plusieurs pays, il est élaboré collectivement (en Belgique, au Luxembourg et en Allemagne par le conseil d'entreprise ou les délégations ouvrières) — aux Pays-Bas, en Italie et en France, quoique soumis pour avis en comité d'entreprise, il émane de l'employeur seul.

En Belgique, il contient des clauses obligatoires qui sont autant de restrictions apportées à la rédaction des contrats individuels (heures de travail — modes de calcul du salaire — époque de paiement — préavis). Son rôle paraît important. Ailleurs (Pays-Bas - France), son rôle est en déclin car il ne constitue pas une véritable convention d'entreprise. Il faut encore mentionner en Belgique les décisions des conseils d'entreprise: ce sont eux qui ont compétence pour fixer la date des vacances annuelles et pour la distribution des avantages prévus par les œuvres sociales qu'ils gèrent.

144. En conclusion, on peut affirmer avec le rapport italien qu'une distinction fondamentale doit être faite entre le contrat comme source de réglementation et le contrat comme source génétique (ou fait constitutif) du rapport de travail. Si le contrat a vu son rôle décroître de façon tangible au premier point de vue à raison du développement d'une «législation de contenu», soit de droit public — soit de droit privé — mais de caractère impératif, il continue à jouer un rôle pratiquement inchangé au deuxième point de vue: la législation qui a réglementé l'embauchage ou le licenciement a laissé subsister l'acte juridique originaire et n'a porté que des atteintes limitées à la liberté de conclure ou de ne pas conclure et au libre choix du contractant.

Le déclin de l'autonomie de la volonté est donc un fait; l'existence d'un rapport de travail qui serait d'origine non contractuelle, un tout autre problème.

*Section II***APPLICATION DU DROIT DU TRAVAIL INDÉPENDAMMENT  
DU CONTRAT DE TRAVAIL**

145. Les faits qu'il convient d'examiner sous cet angle peuvent être abordés selon deux méthodes convergentes: en premier lieu en dressant le tableau des hypothèses où le droit du travail, par suite d'un phénomène d'expansion souvent décrit, est appelé à régir soit des contrats autres que le contrat de travail, soit même des situations juridiques non contractuelles. On peut aussi en second lieu passer en revue les principales lois sociales (lois du travail et, extensivement, lois d'assurance sociale) et rechercher si le contrat de travail reste le critère d'assujettissement à ces lois ou si son déclin se manifeste encore à ce point de vue. Il sera alors possible de répondre à la question essentielle suivante: la coïncidence traditionnelle entre le droit du travail et le contrat de travail a-t-elle pris fin? Dans l'affirmative, convient-il de substituer au contrat de travail une notion plus souple et plus commode pour servir de critère à sa place?

**§ 1. ASSIMILATION AU CONTRAT DE TRAVAIL D'AUTRES CONVENTIONS ET DE SITUATIONS NON CONTRACTUELLES**

146. Au siècle dernier, une identification était communément admise entre droit du travail et contrat de travail. Le régime de protection du travail s'appliquait à celui qui s'était engagé dans les liens d'un louage de services. Cette coïncidence s'est lentement altérée. Elle impliquait que le travailleur — pour bénéficier de la législation du travail — soit dans une position subordonnée. Pour diverses raisons le législateur a parfois délaissé cette conception logique mais rigide. On indiquera rapidement quelles situations contractuelles le contrat de travail a, en quelque sorte, absorbées. Cela n'a été possible dans chaque cas qu'en vertu d'une décision formelle du législateur, les tribunaux ne pouvant modifier ici les principes législatifs. On insistera plus longuement — parce que l'extension peut se révéler d'une autre signification et d'une autre portée — sur les situations non contractuelles appelées à tomber sous l'emprise du droit du travail.

**A - Contrats assimilés au contrat de louage de services**

147. Lorsque le législateur a simplement décidé de baptiser contrat de travail une convention qui jusque là était qualifiée de mandat ou de



louage d'ouvrage, afin de faire bénéficier le prestataire de lois sociales, on ne peut que s'incliner devant sa décision: le cas le plus topique est celui du voyageur et représentant de commerce français. Le cadre du contrat de travail est alors simplement étiré pour pouvoir inclure telle catégorie de travailleurs, dont la situation juridique prête à hésitation. Mais il y a là une tendance propre à la France. En Allemagne, le représentant n'est pas un salarié; il bénéficie seulement de certaines règles par assimilation. En Italie, il est un auxiliaire autonome du chef d'entreprise, régi par un contrat d'agence. La loi a seulement étendu certaines règles du contrat de travail (préavis) au contrat d'agence (voir n° 36).

148. Selon une formule différente, les lois du travail ont parfois été déclarées applicables à des situations contractuelles qui concernaient un travailleur non salarié (parce que juridiquement indépendant), tel un petit entrepreneur, mais qui était sous la dépendance économique d'une entreprise. Tel a été le cas, dans tous les pays, des travailleurs à domicile. La loi française dispose à cet égard d'une formule caractéristique:

«les travailleurs à domicile bénéficient des dispositions législatives et réglementaires applicables aux salariés».

Du même ordre est en droit français la situation des gérants de succursales. Cette application du droit du travail à d'autres contrats n'est souvent que partielle: ainsi, en France, les agents généraux d'assurances bénéficient de la protection des salariés en matière de rupture de leur contrat; en Italie, les représentants de commerce. Aux Pays-Bas, où les personnes rémunérées exclusivement au pourboire ne sont pas liées par un contrat de travail, elles sont assujetties aux assurances sociales. En Italie, on estime qu'il s'agit d'un contrat innomé, dans la mesure où le contrat de travail suppose le versement d'une rémunération par l'employeur. Les personnes rémunérées au pourboire n'en bénéficient pas moins des lois sociales.

149. On peut rapprocher de cette irradiation du contrat de travail en direction de contrats à qualification indécise, l'extension dont a bénéficié le *contrat d'apprentissage*. Il existe des divergences d'une législation à l'autre quant à savoir de quelle catégorie de conventions ressortit le contrat d'apprentissage (voir n° 24). Tantôt il est considéré comme une variété de contrat de travail (Italie - Allemagne), parfois sous condition

(Belgique), tantôt comme un contrat différent (France - Luxembourg) du type des conventions d'enseignement ou de formation; dans ce cas, il est admis qu'il se combine parfois avec un contrat de travail (Pays-Bas). Mais, de toutes façons, il existe une tendance à faire profiter l'apprenti des mêmes droits et de la même protection que le salarié. Ainsi, en Belgique, au Luxembourg (où l'on souligne à la fois les différences mais la parenté des deux contrats), en France, en Allemagne (notamment en ce qui concerne le bénéfice des conventions collectives).

Aux Pays-Bas, toutefois, les articles 1837 et 1639, z, du code civil relatifs au contrat de travail ne sont pas applicables au contrat d'apprentissage. En Italie, en sens inverse, les dispositions générales sur le travail subordonné sont applicables à l'apprentissage, dans la mesure où elles sont compatibles avec la spécialité du rapport.

150. Le bilan de cette assimilation au louage de services pur, de types contractuels soit indécis, soit très proches de lui, se solde par un actif assez maigre. Dans un pays comme la Belgique, on ne conçoit même pas de relations volontaires de travail (non indépendant) dans un cadre autre que le contrat de louage de services (le contrat d'apprentissage y étant généralement inclus). Et pour un travailleur indépendant, tel l'artisan, il est certain que les lois sociales ne lui sont pas applicables. Le rapporteur belge peut dire qu'il n'y a guère de situations étrangères au louage de services auxquelles s'appliquent, en tout ou en partie, les règles du droit du travail sous réserve cependant de certains agents publics. En Allemagne ou en France, il y a des personnes qui ont été *assimilées* à des travailleurs salariés: la catégorie la plus importante et toute traditionnelle est celle des travailleurs à domicile, aux côtés de laquelle il faut placer — en France plus nettement qu'en Allemagne — les représentants de commerce. Plus généralement, certaines règles considérées comme spécifiques du louage de services, ont pénétré par osmose dans d'autres types contractuels. En Italie, on arrive au même résultat par la technique de la «*spécialité*» de certains rapports de travail.

Est-il possible d'en conclure que le contrat de travail n'est plus le *seul* contrat à tomber sous la coupe du droit du travail? Une telle conclusion serait manifestement excessive. Les exceptions, limitées, ne doivent pas masquer une règle qui demeure générale et incontestable; cette règle est qu'il y a coïncidence normale entre droit du travail et contrat de travail.

## B - Situations non-contractuelles assimilées au contrat de louage de services

151. Rappelons tout d'abord que la convention de travail à titre gratuit n'est pas un contrat de travail (voir n° 20). Est-elle un contrat différent? Une distinction doit être prise en considération: le stagiaire, le travailleur au pair, qui travaillent à titre gratuit, sont dans les liens d'un contrat *sui generis*, intermédiaire entre contrat de travail et contrat d'apprentissage, mais qui est le plus souvent assimilé au contrat de travail (Allemagne). Le droit du travail s'y applique tout naturellement. Celui qui «donne un coup de main» bénévole et occasionnel, en revanche, ne le fait pas en exécution d'un contrat véritable. Aussi est-il douteux qu'il soit soumis au droit du travail. Le rapport luxembourgeois indique cependant que celui qui profite d'une prestation de travail non rémunérée est tenu aux obligations légales concernant la prestation de travail. Cela paraît assez exceptionnel. L'aide occasionnelle bénévole n'est pas constitutive d'un rapport de travail prétendument extra-contractuel.

### 1° Nullité du contrat de travail

152. L'hypothèse de la nullité du contrat de travail a donné naissance à des constructions théoriques considérables, au demeurant peu en rapport avec l'importance pratique de l'enjeu. Dans cinq des six droits ici confrontés, la discussion s'appuie seulement sur des principes généraux. Dans le droit italien, le problème est rendu plus complexe du fait de l'insertion dans le code civil d'un article 2126, d'interprétation difficile et controversée.

Les cas de nullité du contrat de travail, doit-on d'abord souligner, sont rares: on en trouve une énumération plus théorique que pratique dans les rapports: vices de consentement — infraction aux règles de capacité — illicéité de la cause (prostitution - contrebande) — absence d'écrit si celui-ci était exigé *ad validitatem* — absence de carte de travail dans les cas d'embauchage d'un étranger (hypothèse sans doute la plus pratique) — violation de l'article 1780 du code civil sur la prohibition de l'engagement à vie (signalé comme ayant donné lieu à jurisprudence au Luxembourg) — contrat de travail entre époux aux Pays-Bas.

Ces violations des règles de formation du contrat entraîneront la nullité de telle ou telle clause, mais pas nécessairement celle du contrat tout entier, à moins que la clause nulle n'ait été une condition

déterminante dans l'intention des parties. Un affrontement doctrinal mettra aux prises la *conception dite contractuelle* de la nullité et la *conception anticontractuelle* qui débouche, pour ses partisans, sur la théorie de la *relation de travail*.

Dans la logique du système de la nullité des contrats, aucune difficulté n'apparaît si la nullité est constatée ou prononcée avant que le contrat ait été exécuté, c'est-à-dire avant que la prestation de travail ait commencé à être fournie. Cette nullité opère rétroactivement comme toute nullité. Mais si le contrat a reçu un début d'exécution, la nullité, par essence rétroactive, a pour effet de faire considérer que le contrat n'a jamais été conclu. D'où impossibilité pour le salarié de réclamer le salaire correspondant au travail fait. Il doit recourir à une action en répétition de l'indu, ou mieux, — puisqu'il ne s'agit pas d'une somme d'argent susceptible de restitution — en enrichissement sans cause afin d'être indemnisé du travail effectué sans contre-partie. Mais il doit prouver l'enrichissement de l'employeur et cet enrichissement peut être d'un montant inférieur au salaire primitivement stipulé. Les conséquences de cette théorie sont donc imparfaites. Aux Pays-Bas, la doctrine y fait cependant au besoin appel, et la jurisprudence française s'y est parfois référé.

153. Pour éviter de tels résultats, on propose de considérer que du jour de la conclusion du contrat jusqu'au jour de son annulation, c'est la prestation de travail de fait, fournie pendant un certain laps de temps, qui produit un effet juridique. Il y a substitution complète à un rapport d'obligation que la nullité a effacé, d'un rapport *ex lege*. Cette doctrine est notamment celle qui est avancée pour expliquer l'article 2126 du code civil italien. Cet article affirme que la nullité ou l'annulation est sans effet pour la période pendant laquelle le rapport de travail a reçu exécution: le travailleur a droit pour le travail accompli, à rémunération: c'est donc, le rapport contractuel n'ayant jamais pris naissance, que la loi lui a substitué une relation de travail originale, d'origine non contractuelle.

Cependant, le rapport italien fait très justement observer que ce prétendu rapport de travail *ex lege* n'est pas un véritable rapport de travail. Il lui manque un élément essentiel, à savoir l'obligation de travailler. Celle-ci ne peut pas, sans absurdité, naître du seul fait de l'exécution du travail. Cette obligation n'existant pas — il en va de même de l'obligation de payer la rémunération. Et si l'employeur doit tenir compte du travail fourni, la somme qu'il doit verser n'est pas réellement une rémunération. Même l'article 2126 du code civil italien

doit trouver une autre interprétation. La conception de la relation de travail non contractuelle comme moyen de justifier la non-rétroactivité de la nullité du contrat apparaît donc discutable.

154. Elle se révèle au surplus superflue. Si l'on examine les législations qui ne s'écartent pas de la conception contractuelle, elles n'hésitent pas à rejeter la rétroactivité. Les motifs donnés sont à vrai dire variables. En droit belge on fait appel à la relativité d'une nullité de protection. En droit allemand, on fait état du caractère de communauté marquant le contrat de travail. Mais il n'apparaît pas clairement que ce caractère puisse avoir ici quelque effet. Plus exacte paraît l'affirmation selon laquelle le travail accompli constitue un fait sur lequel il ne saurait être question de revenir. Elle rejoint l'explication courante en France selon laquelle, dans le contrat de travail comme dans tout contrat successif, la nullité ne peut pas rétroagir car il n'est au pouvoir de personne d'effacer ce qui a eu lieu. C'est donc une impossibilité de fait qui commande ici le rejet de la rétroactivité. De là on peut déduire que les causes d'invalidité du contrat de travail opèrent comme des causes de dissolution (cela se produit déjà pour la résolution). Le rapprochement s'impose ici avec les nullités de société par exemple. Il faut liquider ce qui a été en fait accompli dans le passé et cette liquidation doit s'opérer conformément aux prévisions des parties c'est-à-dire au contrat. Le rapport de travail jusqu'à la date du prononcé de l'annulation est donc bien un rapport contractuel (peut-être comme le suggère le rapport italien, un rapport contractuel de fait, comme la société nulle est une société de fait).

Les différents droits tirent généralement les mêmes conséquences du rejet de la rétroactivité et de l'effet de l'annulation pour l'avenir seulement, à l'instar d'une résiliation: le salarié a droit au salaire, au bénéfice des lois du travail, et même (en vertu d'une disposition formelle le plus souvent) des lois de sécurité sociale. Le droit luxembourgeois précise que la nullité constitue une juste cause de résiliation du contrat. Poussant cette idée dans ses conséquences logiques la jurisprudence française dans un récent arrêt a même décidé que le salarié avait droit au préavis ou à une indemnité de brusque rupture; de même à la délivrance d'un certificat de travail.

155. Cette absence de toute rétroactivité est-elle générale et illimitée? L'article 2126 du code civil italien dispose que si la nullité découle de l'illicéité de l'objet ou de la cause, l'anéantissement rétroactif du contrat a lieu normalement, car alors estime-t-on, le travailleur a

connaissance comme l'employeur de l'illicéité ou de l'immoralité. Cette exception se retrouve dans le droit allemand et luxembourgeois; le contrat n'a pu alors se former. Mais cette exception ne concerne pas le contrat conclu en infraction à la législation du travail: par exemple, le contrat convenant d'un travail sans repos hebdomadaire; le droit à rémunération est alors conservé.

En droit français, la jurisprudence ne connaît aucune exception au principe de l'annulation *ex nunc*: elle en a fait application au cas de l'étranger embauché sans carte de travail, et au cas d'absence d'écrit (dans l'hypothèse d'un contrat d'apprentissage qui requiert un écrit pour sa formation).

Finalement, on trouve dans tous les rapports la même observation, à savoir que l'annulation d'un contrat est extrêmement rare et que la résiliation se substituera le plus souvent à l'action en annulation. Quoique théorique, le débat a cependant cet intérêt de montrer que le droit positif parvient à écarter toute rétroactivité, sans pour cela avoir besoin de recourir à l'idée d'une relation de travail imposée par la loi et étrangère à tout contrat.

## 2° Contrat de travail et statut

156. L'atteinte au monopole du contrat de travail se vérifie plus nettement dans une série d'hypothèses où la relation individuelle de travail paraît bien exister, alors qu'aucun contrat n'a été conclu, parce que le prestataire se trouve placé dans une situation légale ou statutaire apparemment exclusive de toute convention. Nous tenterons une systématisation de ces situations malgré les divergences dans les données du problème et les solutions apportées. Nous pourrions en déduire que là où le contrat de travail est écarté, aucun rapport de travail véritable ne subsiste.

Effectivement, il existe un certain nombre d'hypothèses où l'on rencontre une prestation de services — identique à celle fournie par le travailleur salarié — fournie contre rémunération et un état de subordination — semblable à celui dans lequel il est placé — sans qu'il y ait réellement un contrat de travail. La source des droits et des obligations des parties est alors d'ordre statutaire; le prestataire de services appartient en général à un corps, à une collectivité: administration publique (État - collectivité locale - établissement public), communauté religieuse, communauté familiale.

### *Agents de l'État et des collectivités publiques*

157. Il y a unanimité dans les six pays pour affirmer que les fonctionnaires ne sont pas unis à l'État ou à la collectivité qui les emploie par un contrat de travail. En général, le fonctionnaire se trouve dans une situation de droit public de type statutaire, où la volonté n'a aucune part. Des divergences apparaissent en revanche pour les agents non fonctionnaires qui semblent bien être à la limite du contrat et du statut.

Selon le droit allemand, l'opposition du droit public et du droit privé conduit normalement à distinguer les fonctionnaires publics, des ouvriers et employés des personnes publiques. Le *fonctionnaire*, bien qu'au service d'autrui, bien que tenu d'une prestation de travail, n'est pas soumis à un contrat de travail. Il est lié par une relation d'investiture publique. Le droit du travail, partie du droit privé, lui est inapplicable. Au contraire, les *ouvriers et employés des administrations publiques* sont régis par le droit privé et le contrat qui les relie à leur employeur est un *contrat de travail*.

Aux Pays-Bas, on retrouve cette classification. Le *fonctionnaire* proprement dit est dans une relation de droit public (et le rapport néerlandais indique comment l'on définit le fonctionnaire). Mais l'administration peut aussi recruter des agents *contractuels* qui seront, eux, dans les liens d'un *contrat de travail de droit privé*. Il demeure que l'ensemble de la législation sur le contrat de travail n'est cependant pas applicable à ces «contractuels».

Le droit luxembourgeois a d'abord été dans le sens de la soumission des non-fonctionnaires à la législation sur le contrat d'emploi privé. Mais la dernière jurisprudence les exclut du champ de cette loi. Un arrêté du 17 janvier 1958 les place dorénavant dans une *position statutaire*, à base contractuelle toutefois qui emprunte à la fois au régime des fonctionnaires (stabilité) et à celui des employés. Certains agents publics ont été formellement classés dans la catégorie des employés privés.

Selon le droit belge contemporain, on ne peut se contenter d'une opposition entre fonctionnaires investis de «l'imperium» et employés ou ouvriers de l'État et des collectivités publiques. En effet, ces agents ont cessé d'être soumis à un contrat, mais ont reçu de l'autorité publique un statut. La Cour de cassation a estimé que la soumission à un statut était la forme normale pour le personnel des organismes de droit public. On peut donc considérer que les agents *même non fonctionnaires* des collectivités publiques ne sont pas, en Belgique et sauf exception, dans

les liens d'un louage de services. Il arrive cependant que les collectivités engagent des agents par un louage de services ce qui conduit à une triple classification. Il est signalé, au surplus, que la loi sur le contrat d'emploi et la loi sur le contrat de travail ne sont pas applicables aux agents de l'État et aux autres personnes publiques recrutés et placés dans une position statutaire.

En France, la situation est encore différente. Si l'on met de côté les fonctionnaires qui sont dans une position statutaire, leurs droits et leurs obligations étant définis par la loi — il faut distinguer deux types d'agents: les agents contractuels de l'administration, participant au fonctionnement d'un service public administratif, sont dans les liens d'un contrat, mais d'un *contrat de travail de droit public*, parfois même d'un *statut* (personnel administratif des départements et communes). On en déduit notamment que les litiges qui les opposent à leur employeur sont de la compétence des tribunaux administratifs, non des conseils de prud'hommes. Ne leur sont applicables que les règles de droit du travail qui ne se révèlent pas incompatibles avec le caractère public de leur contrat. Au contraire, le personnel des services publics et des entreprises publiques à caractère industriel et commercial, est composé de salariés de droit privé. Leur contrat est un *contrat de travail de droit commun*.

L'Italie paraît bien consacrer un système similaire. Sont liés par un rapport de droit public les employés de l'État, des départements et des communes. Conservent au contraire leur statut d'employés privés les employés d'organismes publics économiques.

158. Si bien que si l'on met de côté les fonctionnaires, qui constituent un extrême — et les salariés des personnes privées, qui se situent à l'autre — la catégorie intermédiaire est loin d'être homogène et soumise à un régime juridique uniforme. On rencontre:

- 1° le contrat de travail de droit privé ou contrat d'emploi: Allemagne - Pays-Bas - Belgique quelquefois - France (services publics industriels et commerciaux) - Italie (organismes publics économiques). Encore est-il souvent signalé que le contrat de droit privé déroge sur plusieurs points au droit commun: Pays-Bas.
- 2° un statut de droit privé, distinct de celui des salariés ou employés: Luxembourg.
- 3° un contrat de travail de droit public (France) ou un rapport de droit public (Italie).



- 4° un statut de droit public distinct de celui des fonctionnaires: France (agents des collectivités locales).

159. Si l'on prend l'exemple des salariés français des entreprises publiques, bien que recrutés par contrat, ils sont en général soumis à un statut réglementaire, qui joue en définitive le rôle de convention collective (statut du mineur - statut du personnel du gaz et de l'électricité de France - statut du personnel navigant de l'aéronautique civile - etc.). L'opposition entre contrat et statut n'est donc pas absolue. Les travailleurs «à statut» sont néanmoins régis par un contrat individuel de travail; et finalement, le statut n'est rien d'autre qu'une réglementation spéciale du contrat de travail dérogeant partiellement au droit commun et remplaçant la convention collective.

Dans les six pays, certaines catégories de travailleurs ont reçu ainsi un statut: le cas le plus fréquent est celui des agents des chemins de fer.

Une interpénétration se produit, menant à cette constatation que l'opposition contrat-statut est quelque peu dépassée. Ainsi la condition du fonctionnaire public tend à se rapprocher à certains égards de celle du salarié.

#### *Le travail dans les rapports familiaux*

160. Dans quelle mesure l'appartenance à une même famille, c'est-à-dire l'existence de liens institutionnels de parenté, s'oppose-t-elle ou non à la conclusion d'un contrat de travail?

*Dans les rapports entre parents et enfants*, il n'y a pas à vrai dire, d'objection véritable si l'enfant est *majeur* puisque le lien familial n'implique plus aucune hiérarchie. La seule difficulté sera alors de s'assurer que la collaboration fournie ne s'explique pas par un simple désir d'entraide familiale. Non seulement on recherchera s'il y a subordination, mais aussi, en pareille occurrence, s'il y a rémunération. Tout se ramènera en définitive à une question de preuve.

Si l'enfant est *mineur*, l'objection peut être tirée de l'existence de l'autorité paternelle et de ses conséquences, notamment du devoir d'obéissance pour l'enfant, et du devoir d'entretien pour le père ou la mère: le contrat ne va-t-il pas modifier ces institutions qui permettent au père d'exiger une certaine tâche de l'enfant mais lui imposent de subvenir à des besoins? Au surplus, le contrat de travail est fondé sur une certaine opposition d'intérêts — inconnue dans le groupe familial. Se pose donc le problème préalable de la validité d'un

tel contrat entre parent employeur et enfant mineur. En France, en Allemagne, en Belgique, elle est admise. De même en Italie et au Luxembourg; mais on insiste sur ce fait que le travail fourni dans le cadre familial n'est jamais présumé avoir donné naissance à un rapport contractuel; la preuve difficile de l'existence d'un tel contrat doit donc être apportée. Le rapport italien souligne que si l'activité déployée est de nature «extra domestique», la présomption qu'elle constitue un simple effet des devoirs familiaux n'est qu'une présomption *juris tantum*; la preuve contraire de la nature contractuelle de l'activité étant toujours possible.

Deux situations pourront donc se rencontrer:

Compte tenu de l'usage fréquent dans certains milieux agricoles ou artisanaux, d'assister le chef de famille dans son travail, on admettra souvent qu'il y a application pure et simple de la solidarité familiale. La subordination est celle qui unit les enfants au chef de famille, non à un employeur. On parle quelquefois alors (Belgique - Luxembourg) d'«aides familiaux» ou d'«aidants». Les lois du travail excluent en général *expressis verbis* de leur application, les établissements artisanaux où ne sont occupés que des membres de la famille sous l'autorité du père (ainsi en Italie et en Belgique).

Mais rien n'interdit, si la preuve d'un contrat avec versement d'un salaire est rapportée, de considérer que le rapport de travail devient purement contractuel, même si le cadre familial lui imprime en fait une physionomie originale.

En définitive, le seul problème qui se pose ici est celui de la combinaison d'un contrat et du statut familial. Là où la validité d'une telle combinaison est admise (et elle semble l'être très généralement), une ventilation sera à opérer entre effets du statut (obéissance — entretien) et effets du contrat (travail - rémunération).

161. *Dans les rapports entre époux*, on doit distinguer l'hypothèse où la femme se présente comme salariée du mari de celle où le mari est salarié de sa femme.

Dans le *premier cas*, deux opinions sont soutenables et ont été effectivement défendues. L'institution conjugale, a-t-on dit parfois, est règlementée par la loi. Elle comporte certains devoirs. Si la femme apporte à son mari son concours, elle le fait en exécution du devoir d'assistance que la loi lui impose. Mais on peut répondre à cela que cette obligation se limite aux tâches quotidiennes du foyer.

Si la femme assiste son mari dans les mêmes conditions qu'une employée, aucune raison ne s'oppose à ce qu'à sa qualité de conjointe s'ajoute celle de salariée. Cela évitera au mari de recourir à une aide extérieure.

Les contrats entre époux ne sont pas, sauf exception, prohibés. En France, la loi (article 243 du code de sécurité sociale) ne s'est préoccupée que des conditions d'assujettissement du conjoint à la sécurité sociale, l'admettant si la femme participe effectivement à l'activité du mari et perçoit une rémunération normale, — l'excluant au cas inverse qui relève de la simple entraide familiale. C'est implicitement admettre que la femme peut être salariée du mari. La jurisprudence française a admis la licéité du contrat de travail entre mari et femme. En Allemagne, si la femme va au delà de l'assistance qu'elle doit apporter à son conjoint, rien ne fait obstacle à ce qu'il y ait un véritable rapport de travail entre conjoints. Il en est de même en Italie.

Au Luxembourg, on souligne le caractère exceptionnel du contrat de travail entre conjoints et on ne l'admet que s'il n'y a pas communauté de biens. En matière de sécurité sociale, la loi est plus sévère que la loi française, en ce qui concerne l'affiliation des conjoints, parents, beaux-parents et grands-parents, frères et soeurs de l'employeur.

La tendance dominante est donc d'admettre que la femme peut parfaitement être salariée du mari: le statut conjugal n'exclut pas le contrat de travail subordonné; le second viendra s'ajouter au premier. Seuls les abus et les fraudes feront obstacle à cette règle normale. S'il y a en revanche simple entraide familiale, le droit du travail demeurera inapplicable: aucun salaire ne sera dû et l'affiliation à la sécurité sociale sera refusée.

162. Le *second cas* est plus délicat au point de vue de sa régularité. En France, il n'y a pas de norme légale instituant l'égalité des époux. Le mari, quoiqu'il ne soit plus investi de l'autorité maritale (qui a disparu en même temps que l'incapacité de la femme), demeure chef de famille: cette fonction tolère-t-elle l'existence d'un lien de subordination du mari à la femme? La doctrine incline en général à l'admettre, séparant rapports de travail et rapports conjugaux. La jurisprudence n'est pas aussi nette que dans l'hypothèse inverse. En Allemagne l'égalité entre époux étant complète, la solution demeure la même que dans l'hypothèse où le mari est l'employeur. En Belgique, le contrat de travail est toujours licite entre personnes parentes ou alliées, sans aucune réserve.

Un pays, fait exception: aux Pays-Bas, l'article 1637, *i*, du code civil prohibe expressément le contrat de travail entre époux, disposition sans analogue dans aucun des autres pays de la Communauté. La raison donnée en est que l'état de subordination est incompatible avec l'égalité qui est de règle entre conjoints. On ajoute aussi que le contrat de travail entre époux permettrait de violer le régime de biens entre époux (par exemple, de tourner l'interdiction de la donation et de la vente entre époux). Enfin cela permettrait des fraudes en matière d'immatriculation à la sécurité sociale.

### *Membres des communautés religieuses*

163. Quel est leur statut juridique? Cette question délicate a soulevé un peu partout des difficultés. La jurisprudence néerlandaise assez nuancée considère que l'élément de subordination fait souvent défaut; certains ministres du culte ne sauraient être régis par un contrat de travail ( ministres des cultes protestants). Mais elle retrouve parfois le lien de subordination dans d'autres situations (chantre du culte israélite - sacristain du culte catholique).

Dans les pays à prédominance catholique, notamment en France, le problème se pose en des termes différents. Certes, le prêtre catholique est subordonné à son évêque: mais il ne sera pas pour autant considéré comme un salarié, car il n'y a pas réellement de contrat comportant une prestation en échange d'une rémunération. Le ministre du culte entre dans une communauté (l'Église) et se trouve soumis par suite à une certaine autorité: mais sa situation est d'ordre statutaire, et se trouve régie par le droit des associations et personnes morales. La solution demeure la même pour les ecclésiastiques dont l'activité n'est pas purement religieuse, même si ces personnes sont mises à la disposition d'un tiers (hôpital - établissement d'enseignement), qui les fait travailler; elles restent membres de la communauté religieuse et ne sont pas salariées du tiers utilisateur; en effet, il n'y a pas de véritable échange de consentement entre ces ecclésiastiques et leur «employeur». Ils ne font qu'obéir à leurs supérieurs. Cependant en droit allemand et en droit italien le religieux au service d'une personne morale laïque, et tout particulièrement d'un établissement hospitalier, est lié par une relation contractuelle de travail (éventuellement, par un contrat d'entreprise et de louage d'ouvrage). En sens inverse la loi belge sur le personnel hospitalier les exclut de son champ d'application comme n'étant pas occupés en vertu d'un contrat de travail ou d'emploi. Des divergences existent donc sur ce point particulier.

En Italie, la position juridique des laïcs au service du culte (sacristains, organistes) est mentionnée comme controversée dans le cadre de l'interprétation du traité du 11 février 1929.

### 3° *Le travail effectué en exécution d'une obligation légale*

164. *Les requis.* Du travail effectué dans un cadre statuaire, il faut distinguer le travail effectué en exécution d'une obligation légale. On semble alors aux antipodes de l'autonomie de la volonté individuelle et la relation de travail non contractuelle paraît s'imposer comme seule explication.

Il en est ainsi notamment de la réquisition. En Belgique, la réquisition doit être précédée d'une recherche de la possibilité de maintenir un contrat préexistant ou de la possibilité d'un embauchage volontaire. Il est ajouté que l'exécution de la prestation imposée dans l'intérêt public «ne modifie ni la nature ni les conditions du contrat qui unit l'employeur et le travailleur intéressés». Il demeure qu'on se trouve devant une exception au principe que la prestation de travail doit résulter de la volonté individuelle. Cette exception, formellement consacrée au Luxembourg mais toute temporaire du reste, ne s'explique pas autrement que par la nécessité ou les circonstances exceptionnelles, dont il a toujours été admis qu'elles permettraient d'écarter temporairement la règle juridique normale. Au surplus, l'obligation de répondre à une réquisition est de même nature que celle d'accomplir ses obligations militaires.

La réquisition et le travail qu'elle permet d'exiger, n'obligerait à mettre en doute le caractère exclusivement volontaire du rapport de travail que si elle devenait un procédé normal et général. C'est pour s'opposer à cette pratique — qui ne serait autre que celle du travail obligatoire — que la liberté du travail est considérée comme un principe constitutionnel dans les six pays; tel en Allemagne, l'article 12, alinéa 4 de la loi fondamentale: un travailleur ne peut être contraint de prendre un emploi et le travail forcé est illicite sauf peine privative de liberté prononcée par les tribunaux. Aucun acte de l'État ne peut être formateur d'un rapport de droit privé. La circonstance qu'entre le requis et celui qui bénéficie de son travail, la loi suppose une sorte de contrat de travail fictif, est un hommage rendu au principe que le rapport de travail ne peut être que volontaire.

165. *Les détenus.* Quant au travail effectué sous la contrainte par les condamnés à une peine privative de liberté, son sens et sa portée sont

tels qu'il ne saurait être question d'y voir une atteinte au principe de la liberté du travail. Il ne naît entre l'administration et le détenu aucun rapport de travail, comparable à celui qui unit employeur à salarié. Le travail est alors une peine, qui implique un procès judiciaire régulier, non une prestation de service (en ce sens, formellement, la jurisprudence du Luxembourg).

166. *Les chômeurs.* On peut s'interroger sur le régime juridique applicable au chômeur astreint d'effectuer un certain travail pour avoir droit à une allocation. On peut tout d'abord (jurisprudence néerlandaise) rechercher si la somme versée en échange du travail constitue ou non un salaire. On peut, aussi, plus largement, poser la question suivante: y a-t-il entre le chômeur et celui qui lui procure du travail ou bénéficie de son travail, un contrat de travail? Ou ne se trouve-t-on pas en présence d'une relation de travail *sui generis*, en tous cas non contractuelle? Le débat concerne surtout le bénéfice de la sécurité sociale. La controverse semble dater de la période où les chômeurs étaient affectés en groupe à l'accomplissement de travaux d'intérêt général (constructions de routes, etc.). Le travail pouvait être envisagé alors comme la condition d'un droit à une assistance en argent: aucun contrat de travail, mais aussi aucun rapport de travail n'existait. Dans les hypothèses plus fréquentes aujourd'hui où le chômeur est employé par telle ou telle collectivité publique ou privée, on doit admettre qu'un véritable contrat de travail est conclu. Au Luxembourg, il est précisé que les travaux de chômage sont exécutés sur la base contractuelle. La liberté du chômeur n'est peut-être pas entière car refuser l'emploi, c'est se priver d'une allocation; mais n'est-ce pas le cas de tout demandeur d'emploi?

## § 2. LE CRITÈRE DE L'ASSUJETTISSEMENT AUX LOIS DU TRAVAIL ET AUX LOIS D'ASSURANCE SOCIALE

### A - Le contrat de travail comme condition d'application de la législation du travail

167. En dehors d'exceptions sans grande portée, en principe le droit du travail régit les seuls salariés subordonnés travaillant dans le cadre d'un contrat de travail. Dès l'instant où les travailleurs à domicile sont assimilés à des salariés et où le contrat d'apprentissage est une simple variété de contrat de travail, la coïncidence est quasi-parfaite et le contrat demeure le critère exclusif d'application de la législation protectrice du travail (conditions de travail et paiement du salaire).

La même constatation s'impose en ce qui concerne la compétence des juridictions du travail, laquelle est définie par l'existence entre les parties en litige, d'un contrat de travail (avec extension aux représentants de commerce en Allemagne).

En Belgique, les lois du travail précisent qu'elles s'appliquent aux relations résultant d'un louage de services unissant un employeur responsable de leur application à un salarié protégé par elles (lois sur les vacances annuelles, l'hygiène et la sécurité du travail, le repos dominical). Seules les lois sur la durée du travail et le travail des femmes et des enfants ne précisent pas *expressis verbis* leur critère d'application: cependant elles excluent les établissements purement familiaux, à moins qu'ils ne soient dangereux, incommodes ou insalubres. La Belgique est probablement des six pays celui où la règle est le plus catégoriquement affirmée et scrupuleusement respectée: en ce qui concerne le secteur privé tout le droit du travail y est subordonné à la notion de louage de services.

En Italie, un certain décrochage est plus sensible: les règles sur la prévention des accidents (sécurité du travail) s'appliquent aux travailleurs bénévoles, aux membres des sociétés coopératives de production, aux élèves de l'enseignement technique ou des laboratoires-écoles. Les règles sur l'horaire du travail et la protection des femmes et des enfants s'appliquent aux sociétés coopératives de production, aux élèves des laboratoires-écoles.

C'est aux Pays-Bas que le décalage est le plus net entre le champ d'application de la législation «protectrice» du travail et le contrat de travail. En effet, dans la loi néerlandaise de 1919 par exemple — et au point de vue de la limitation de la durée du travail — le critère utilisé est celui du «*travail effectué dans une entreprise*». Peu importe donc la relation juridique dans le cadre de laquelle ce travail est accompli. Il suffit qu'un travail soit *exécuté en fait* (enfant travaillant pour ses parents - apprenti - associé - travail accompli dans le cadre d'un engagement de droit public - salarié prêté à une autre entreprise). Bref, la qualification du rapport juridique ne joue ici aucun rôle, même si dans la majorité des cas il s'agit d'un contrat de travail.

L'arrêté extraordinaire de 1945 sur les rapports de travail a lui aussi un champ d'application plus large que le contrat de travail, et englobe tous ceux qui *travaillent pour le compte d'autrui*. L'arrêté emploie aussi l'expression: *relation de travail*, mais en y attachant le sens vague et général de relation juridique découlant d'un contrat même différent du louage de services (relation de service ou emploi

au service de quelqu'un). Au total, il est admis que le fonctionnement des institutions mises en place par cet arrêté est conditionné par l'exécution effective d'un travail pour autrui.

En France, le champ d'application de la réglementation du travail est délimité non par un critère inhérent à la qualité juridique de celui qui travaille, mais par un critère purement objectif: celui d'*établissement* industriel ou commercial, public ou privé, de quelque nature qu'il soit (livre 2, article 1<sup>er</sup>, code travail). Et lorsqu'elle mentionne les personnes, elle se contente de nommer les ouvriers ou employés «occupés dans ces établissements» (on observera qu'il ne s'agit pas d'entreprises mais d'établissements).

Si la coïncidence, surtout dans les cas français ou néerlandais, n'est pas parfaite — l'explication en est que la législation s'applique souvent plus à des entreprises ou des établissements (et par suite à ceux qui y travaillent) qu'à telle ou telle catégorie de personnes. Cela n'implique aucune exclusive contre le contrat: cela signifie seulement que cette réglementation n'étant pas une réglementation du contrat, mais une réglementation de police du travail, doit viser des établissements ou des entreprises — non des employeurs et des travailleurs salariés.

#### **B - Le contrat de travail comme condition d'assujettissement aux assurances sociales**

168. Au Luxembourg, la jurisprudence retient comme critère d'application dans le droit de la sécurité sociale, la notion de dépendance économique, conçue comme la situation de celui qui n'est pas propriétaire des moyens de production, ni de la production elle-même, et qui par conséquent travaille pour le compte d'un autre. La loi du 29 août 1951 sur l'assurance-pension des employés privés procède ainsi d'une conception extensive de la notion — non certes de salarié en général — mais d'employé. Plus généralement, la législation luxembourgeoise de sécurité sociale depuis la loi du 31 juillet 1901 assujettit, par assimilation aux salariés: les ouvriers, aides, compagnons, domestiques et apprentis, les employés et les fonctionnaires (partiellement). Et il est indiqué que l'assujettissement n'est pas lié à la relation individuelle de travail mais à des éléments de fait, à savoir: l'occupation d'une personne ayant la condition sociale de salarié pour le compte d'un employeur. Le cas normal est bien l'occupation sur la base du contrat de travail. Mais on ne tient pas compte de sa validité. Il faut, au demeurant, que



l'occupation rémunérée soit la profession du bénéficiaire, ce qui exclut les occupations occasionnelles et accessoires. On retient donc ce que le rapport appelle la *condition sociale* ou plus précisément, *professionnelle* du salarié.

En France, l'idée de dépendance économique a influencé le régime d'affiliation à la sécurité sociale. Selon le code de sécurité sociale (article 241), sont affiliés aux assurances sociales «... les personnes salariés ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs — et quels que soient le montant ou la nature de la rémunération — la forme, la nature ou la validité de leur contrat.» L'idée à retenir est celle d'une affiliation non d'après la nature du contrat, mais selon qu'il y a ou non travail pour un employeur: c'est le triomphe du critère de la dépendance ou du travail pour autrui par opposition au travail pour soi-même. Suit une liste de personnes dont la qualité de salarié est discutable et qui doivent cependant être affiliées. L'article 415 du même code en matière d'accidents du travail utilise un critère analogue.

En Belgique, les lois sur les allocations familiales pour salariés, la sécurité sociale, la réparation des accidents du travail, les pensions de retraite et de survie pour ouvriers ou employés, sont formelles: leur applicabilité est conditionnée par un contrat de louage de services. Les lois de sécurité sociale propres aux travailleurs indépendants sont séparées et reposent sur des critères différents (allocations familiales - pensions). La Belgique constitue donc un cas privilégié où l'identité est complète entre la notion de rapport de travail au sens du droit du travail et au sens du droit de la sécurité sociale.

En Italie, le droit de la sécurité sociale marque une nette tendance à se détacher du contrat de travail. Le rapport juridique «de prévoyance» ressortit au droit public et, par conséquent, non seulement la protection s'étend à des travailleurs non subordonnés, tels que membres des coopératives, métayers et colons, membres des professions libérales, petits entrepreneurs (artisans), mais encore elle couvre le travail fourni sur une base extra-contractuelle: travail familial pour la réparation des accidents du travail; travail des religieux ou ecclésiastiques pour l'assurance invalidité et vieillesse (lois du 5 juillet 1961 qui ont créé deux fonds alimentés par des cotisations et des subventions de l'État).

Aux Pays-Bas, au point de départ des assurances sociales, le critère était celui des entreprises assujetties (assurances accidents, invalidité, maladie). En bénéficiaient les travailleurs occupés dans ces

entreprises. Aujourd'hui, il est admis que la sphère d'application de ces lois n'est pas limitée aux travailleurs engagés dans les liens d'un contrat de travail «de droit civil», mais s'étend (de façon variable d'ailleurs) à d'autres personnes considérées comme des travailleurs; il suffit qu'ils exécutent un travail à l'entreprise pour le besoins d'une autre personne (travail pour autrui). C'est le cas de certains «petits entrepreneurs», des personnes rémunérées au pourboire, etc. La vie courante faisant apparaître certaines situations dans lesquelles l'existence d'un contrat de travail apparaît douteux, une jurisprudence nuancée permettra à certaines conditions de réclamer le bénéfice de telle ou telle loi d'assurance sociale.

169. On peut donc admettre que — sauf en Belgique — les personnes appelées à bénéficier des assurances sociales ne sont pas définies de façon stricte par le contrat de louage de services qu'elles exécutent. Celui-ci constitue le fondement normal mais non limitatif de l'assujettissement aux assurances sociales. La volonté du législateur de régler favorablement ces multiples cas marginaux — les différences existant entre le régime de sécurité sociale des travailleurs indépendants et celui des travailleurs dépendants, différences souvent favorables aux seconds — l'autonomie du droit de la sécurité sociale enfin, — expliquent ce déplacement du critère du contrat de travail.

Faut-il en déduire qu'une autre notion doit venir relayer le contrat de travail? La conclusion dépasserait les prémisses: l'assujettissement aux assurances sociales ne doit pas être nécessairement tributaire du droit du travail. Au demeurant, le phénomène, s'il diffère en degré de celui qui est déjà constatable à l'intérieur même du droit de travail (travailleurs à domicile - voyageurs de commerce - etc.), n'en diffère pas par nature. Ce phénomène d'assimilation de certains travailleurs aux salariés a conduit au critère élargi du *travail pour le compte d'autrui* ou *travail économiquement dépendant* (Pays-Bas - France - Luxembourg). On ne saurait y voir un abandon de l'idée de contrat de travail, c'est-à-dire de travail volontairement accepté, mais plutôt le fruit d'un raisonnement d'analogie, déjà perceptible dans le § 1, permettant de passer d'un type contractuel défini à d'autres types contractuels mal définis ou voisins.

*Section III**L'ENTREPRISE COMME SOURCE DU RAPPORT INDIVIDUEL  
DE TRAVAIL*

170. Déjà le maintien des contrats de travail en cas de cession de l'entreprise avait paru malaisé à comprendre à l'aide des seuls mécanismes contractuels traditionnels.

De même l'application du droit du travail à un travailleur engagé par un contrat nul ou à des travailleurs obligés exceptionnellement à fournir un travail sans y avoir consenti (requis, chômeurs), avait incité certains auteurs à douter de la nécessité d'un contrat à l'origine du rapport de travail.

Encore fallait-il expliquer d'où dérivait ce rapport. Cette explication n'est-elle pas que — dans la grande majorité des cas au moins — le travailleur participe à un groupement organisé, l'entreprise? Ne serait-ce pas là la clef expliquant la physionomie originale de ce lien de droit d'employeur à travailleur si difficile à ramener au lien d'obligation du droit civil? Le rapport individuel de travail serait un rapport de type «institutionnel» ou «associatif». Certes, ce rapport peut être précédé d'un contrat mais ce n'est pas une règle générale; et ce contrat n'est pas la source véritable du rapport. Un système global, unitaire doit être imaginé, qui rend compte de tous les rapports de travail, y compris ceux de caractère extracontractuel. Ce système est connu sous le nom de *théorie de la relation de travail*. Il est intimement lié à une *construction de l'entreprise comme communauté de travail*. Il apparaît opportun de rechercher une vue d'ensemble au moins schématique d'une telle conception, bien qu'elle soit présentée avec des nuances d'un rapport à l'autre, avant d'en rechercher les prolongements en droit positif, et finalement de constater qu'elle est unanimement rejetée. Il restera alors à prendre l'exacte mesure du rôle joué par l'entreprise dans les rapports de travail.

**§ 1. LA DOCTRINE DE LA RELATION DE TRAVAIL**

171. La doctrine allemande qui procède de l'organicisme de Gierke, peut se résumer, telle qu'elle apparaît chez les successeurs de Lotmar, comme tendant à définir en termes juridiques la communauté de travail et à rattacher la source du rapport de travail à l'entrée dans cette communauté et non plus au contrat. Dans cette conception, le contrat de travail n'est ni nécessaire, ni suffisant pour déterminer l'apparition

d'un rapport de travail. De type associatif ou communautaire, il prend naissance par l'insertion du travailleur dans l'entreprise, envisagée comme une communauté de travail, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas de contrat. S'il y a contrat, celui-ci n'engendre pas le rapport de travail, mais crée seulement des obligations préliminaires: il oblige le travailleur à se tenir à la disposition de l'employeur pour être prêt à entrer dans l'entreprise. S'il n'y a pas de contrat, le rapport de travail peut cependant exister: ce qui le constituera, c'est l'intégration à l'entreprise; à partir de là, le rapport conçu comme d'ordre institutionnel ou statutaire développera ses effets comme rapport entre personnes membres d'un groupe. La réponse à la question de savoir si cette intégration doit être volontaire ou non, demeure équivoque.

Autrement dit, cette doctrine raisonne sur le *plerumque fit*, à savoir le fait que le travail est généralement fourni dans une entreprise. Elle se développe en trois temps: dans un premier temps, elle analyse le *contenu du rapport de travail* et y décèle les caractères non d'un rapport d'obligation (d'échange), mais d'un rapport associatif ou institutionnel; dans un second temps, elle explique ces caractères par la *nature même de l'institution* au sein de laquelle ce rapport s'exerce — institution qualifiée de «communauté»; enfin, dans un troisième temps, elle en déduit que la *source de ce rapport* ne peut pas être un contrat de travail, ce dernier étant un contrat d'échange, créateur d'obligations, mais la participation à cette communauté, dès le moment où le travailleur s'y trouve intégré.

#### A - Contenu du rapport de travail

172. Au premier point de vue, la doctrine se rattache aux précédents féodaux signalés dans le rapport allemand: en réaction contre le BGB, entaché de libéralisme, la doctrine juridique allemande moderne traite le rapport de travail, non comme un rapport patrimonial (tel que celui qui unit un créancier à un débiteur) mais personnel, à base de «fidélité» de la part du travailleur et de «protection» de la part du patron. Elle met en relief le devoir de loyauté réciproque, et, comme le précise le rapport allemand — elle insiste sur le devoir du salarié de «servir les intérêts de l'employeur», comme pour ce dernier de protéger ceux du travailleur. Cette conception reste prédominante dans la doctrine allemande (bien qu'elle commence à susciter certaines critiques mentionnées dans le rapport allemand).

En droit allemand, partant de là, on rattache au contrat de travail certaines obligations inconnues dans le droit des autres pays telle

l'obligation de sauvegarder les intérêts de l'employeur, ce qui est parfois malaisément conciliable avec le droit reconnu au salarié de veiller sur ses propres intérêts; telle, de l'autre côté, l'obligation d'assistance (art. 242 et 618 BGB, 120, a, et suiv. Gew. O.), ainsi formulée par Nikisch: l'employeur doit toujours agir, même dans l'exercice de ses droits, pour le bien des travailleurs. Cette vision — conçue à l'instar du rapport de vassalité — ne doit pas être négligée, car c'est d'elle que procède l'en-semble de la construction (voir n<sup>os</sup> 74 et s.).

173. Une conception assez différente de la relation individuelle de travail, qui transparait ici et là dans plusieurs rapports — tel le rapport luxembourgeois ou le rapport néerlandais — consiste à la définir comme un rapport non de droit mais de fait: le fait de l'occupation ou de l'emploi dans tel établissement — indépendamment de l'existence de tout lien juridique (un peu comme la possession par rapport à la propriété). Et le rapport luxembourgeois comme le rapport néerlandais soulignent que le législateur vise souvent l'exercice en fait d'une occupation dans telle catégorie d'entreprises, plutôt qu'une relation juridique précise. Même le rapport allemand indique que, chez les praticiens, telle est la conception dominante: simple élément de fait découlant de la prestation effective de travail ou de l'emploi.

A vrai dire, cette orientation peut être négligée: elle s'explique par le pragmatisme et le réalisme du législateur qui, voulant donner à telle norme de réglementation un champ d'application aussi étendu que possible, renonce à le délimiter au moyen d'un critère juridique et ne prend en considération que le fait du travail (cf. notamment la législation de sécurité sociale).

## B - La «Communauté» de travail

174. La relation de travail, au sens doctrinal originaire de ce terme, s'identifie avec la relation d'appartenance personnelle et de coopération à une communauté, *l'entreprise*. Celle-ci se présente comme une union de personnes autant que comme une organisation technique, union soumise à un statut. Paul Durand, adaptant la doctrine allemande aux idées françaises, a pu y voir une «institution» dont l'ordre interne s'explique par la fin poursuivie: la relation de travail est alors présentée par lui comme le lien juridique unissant dans l'institution le chef d'entreprise à chacun des membres de son personnel. L'entreprise fondée sur une solidarité d'intérêts constitue une communauté organisée

et hiérarchisée: son organe et son chef ne sont autre que le chef d'entreprise. Et Paul Durand lui reconnaissait les trois pouvoirs nécessaires au fonctionnement d'une communauté humaine: un pouvoir législatif qui s'exprime dans la confection du règlement intérieur, un pouvoir exécutif ou de commandement qui s'exprime par les ordres donnés, enfin un pouvoir sanctionnateur ou disciplinaire. Bien entendu, ce chef doit agir en fonction du bien commun de tous. Bref, l'entreprise est conçue comme une société *sui generis*, une sorte de société «de travail», de collectivité humaine poursuivant ses propres fins, distinctes des fins personnelles poursuivies par l'employeur.

### C - Source du rapport: l'intégration

175. Finalement, le troisième volet du tryptique sera de considérer que l'appartenance à l'entreprise engendre seule la relation de travail. On peut l'interpréter comme aboutissant à faire naître le lien de droit d'un simple fait: la prestation effective d'un travail. Plusieurs auteurs cités dans le rapport allemand considèrent pour éviter cette inélégance, que c'est l'intégration à l'entreprise, c'est-à-dire l'embauchage qui suscite cette relation: c'est l'admission dans la communauté, indépendamment de la conclusion d'un contrat, qui permet la formation du lien de participation (pour le domestique l'admission au foyer de l'employeur).

Mais l'embauchage ne doit pas être considéré comme un acte juridique, car on serait vite obligé d'admettre que, concernant deux personnes, il est un acte bilatéral, supposant le consentement des deux intéressés. C'est un fait juridique. Une des conséquences — d'ailleurs pratiquement négligeable — que la théorie de l'intégration tire de cette analyse, est relative à *la date* à laquelle commence la relation de travail. Si l'entrée dans l'entreprise est précédée d'un contrat, comme il peut arriver, ce n'est pas la date à laquelle ce dernier est conclu qui marque le point de départ des droits et des obligations des parties: le droit d'exiger la prestation, le devoir de faire travailler et de payer le salaire ne commencent que le jour de l'entrée dans l'entreprise.

Une autre conséquence de cette théorie dite de l'intégration est que le contrat de travail constitue une simple convention créatrice d'obligations, inapte à faire naître la relation de travail et de caractère purement préliminaire. Sa violation (refus d'entrer au service de l'employeur ou refus d'embaucher effectivement un travailleur disposé à travailler) ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts.

Dès lors, la validité du contrat de travail ne sera pas nécessaire pour l'application du droit du travail (v. supra, ce qui a été dit de la nullité du contrat). Il semble même que la pensée juridique se soit quelque peu centrée sur cette hypothèse d'école et qu'elle ait tenu une place non négligeable dans l'élaboration de la doctrine.

Enfin, les situations non contractuelles, créées autoritairement par l'État, seront entièrement assimilées aux situations contractuelles. La théorie aboutit ainsi à une satisfaisante unification.

176. Le point d'aboutissement sera la notion unitaire de relation de travail. On peut définir celle-ci comme le rapport juridique existant entre le travailleur individuel et l'entreprise qui l'emploie et dans le cadre duquel le travailleur est tenu d'accomplir sa prestation. La notion a atteint un degré d'abstraction et de généralité suffisant pour inclure toutes les hypothèses concrètes de travail subordonné. Elle est devenue entièrement indépendante du contrat de travail et peut donc avoir un contenu radicalement distinct du rapport d'échange. Elle peut même couvrir les situations où le travailleur oeuvre dans une entreprise sans son consentement.

Liée à une conception de l'entreprise, elle peut se substituer complètement à la vieille notion civiliste ou libérale du contrat de travail. Elle constitue la forme extrême des théories anticontractuelles du rapport individuel de travail.

#### § 2. TENTATIVES DE MISE EN OEUVRE DE LA DOCTRINE DE LA RELATION DE TRAVAIL

177. Les répercussions de la doctrine ainsi analysée n'ont pas été à la mesure de son ampleur.

Son influence idéologique demeure indiscutable: la doctrine moderne de droit du travail s'en est à une certaine époque imprégnée. Le rapport italien s'y arrête longuement. Le rapport français souligne l'attrait qu'elle a exercé sur la pensée de Paul Durand. Le rapport allemand témoigne de l'importance qu'ont revêtu les débats doctrinaux dans son pays d'origine. Le rapport néerlandais en traite très complètement. Seul, le rapporteur belge dénie à cette doctrine toute influence dans son pays.

Mais ses répercussions en droit positif ont été (si l'on néglige la période allemande 1933-1945) pratiquement nulles, sauf une seule exception durable. Cette exception mérite d'être analysée de près: elle est constituée par le code civil italien de 1942.

**A - Le code civil italien de 1942**

178. Le code italien de 1942 constitue un excellent document pour une étude positive de la doctrine; il définit non le contrat de travail mais le travailleur, comme collaborateur du chef d'entreprise (art. 2086-2094.) Le rapport de travail n'est pas traité au livre des obligations, mais au livre du travail. L'esprit du droit, que le régime veut instaurer, est d'abandonner le contrat et de se tourner exclusivement vers le statut du travailleur dans l'entreprise. L'employeur n'est envisagé que comme chef d'entreprise, et le critère de la subordination se fonde dans la dépendance hiérarchique à l'égard du chef, dans le devoir d'obéissance imposé au travailleur. Le lien de droit entre le chef et le travailleur devient un lien de collaboration personnelle d'homme à homme.

En réalité ce programme novateur n'a pu être réalisé de point en point. D'abord le contrat de travail n'a pas été éliminé, mais seulement transformé et demeure la source normale du rapport de travail. Alors que les intérêts des parties à un contrat apparaissent normalement opposés (le contrat étant le point d'équilibre de ces intérêts divergents), ils sont ici conçus comme convergents et tendant tous deux à une meilleure productivité du travail. Le rapport de travail est alors envisagé comme un rapport associatif, par opposition à la notion de rapport d'échange; ce qui signifie qu'il constitue un rapport de collaboration en vue d'atteindre un but commun.

Il n'y a rien de surprenant dans ces conditions que le contrat de travail lui-même comprenne selon le code civil de 1942 un élément de collaboration (article 2094 du code civil). Le travailleur est défini en effet comme celui qui s'oblige à collaborer dans l'entreprise au service et sous la direction de l'entrepreneur.

179. L'influence de la doctrine se manifesterait clairement dans l'exposé des *effets du rapport de travail*. Alors que le contrat de travail n'a pu être aisément éliminé pour expliquer l'entrée dans l'entreprise, la *participation à l'entreprise va influencer sur le régime et les effets de ce rapport*, initialement contractuel. Comme le dit parfois la doctrine italienne, la «coïncidence» entre le rapport de travail et le contrat de travail cesse à ce moment. Le rapport dérive bien du contrat mais devient à ce moment indépendant de sa source: il se résorbe en une situation juridique découlant de la participation du travailleur à l'entreprise. Autrement dit, le contenu du rapport va s'enrichir d'une série de devoirs et de pouvoirs liés à l'existence d'une organisation.



D'abord le code va définir la *subordination* en fonction de l'entreprise, et de l'organisation du travail. Elle se confond avec la dépendance hiérarchique à l'égard de son chef. La subordination n'est pas un effet du contrat mais du travail dans l'entreprise (articles 2086, 2104 alin. 2, 2106, code civil). La subordination exprime cette évidence qu'il n'existe qu'un seul chef qui assume les risques et de ce fait dirige le travail: elle n'est plus l'expression d'une volonté contractuelle mais l'effet d'un rapport institutionnel ou d'un statut personnel, ce qui revient au même. C'est cette orientation générale qui explique que la doctrine italienne conçoive la subordination comme de caractère personnel; elle découle de ce que la prestation est «organisée» par le chef d'entreprise. Un lien fonctionnel existe entre chaque prestation et les autres à l'intérieur de l'entreprise. Comme le contrat ne produit pas d'effet à l'égard des tiers, force est de recourir à l'idée de participation à l'entreprise pour expliquer ce pouvoir de coordonner les prestations.

Plus généralement, le code italien, une fois le travailleur entré dans l'entreprise, va donner au rapport de travail un «*aspect institutionnel*», c'est-à-dire ajouter aux effets qui ne s'expliquent que par le contrat certains effets supplémentaires qui sont le reflet de l'organisation dans laquelle le travailleur est intégré. Le rapport ne peut naître comme rapport d'échange, mais d'emblée prend l'allure d'un rapport associatif du fait de la communauté qui unit le chef à ses subordonnés. Ainsi l'article 2105 consacre-t-il une obligation de loyauté, inconnue dans un contrat de droit civil. Ainsi, l'article 2104 exige-t-il que le travailleur fournisse sa prestation en faisant preuve de la diligence exigée... par l'intérêt de l'entreprise (idée de communauté ou de travail dans un but commun). Mieux encore, le code de 1942 reflète une conception résolument autoritaire de la collaboration: selon l'article 2086, le chef d'entreprise interprète seul l'intérêt de l'entreprise et les travailleurs doivent exécuter ses ordres au nom de l'intérêt national (cf. également les articles 2085, 2088 et suivants). Cela montre que la conception dite institutionnelle du rapport de travail risque de mener à toutes sortes de déviations. Quant à l'obligation d'assistance du chef d'entreprise, corrélative de l'obligation de loyauté ou de fidélité, elle n'est pas formulée de façon générale dans le code civil italien (contrairement à la doctrine allemande).

180. Le code civil de 1942 coiffe cet ensemble d'une théorie juridique de l'entreprise d'une logique discutable et qui porte la marque de l'époque à laquelle elle a été conçue. Il s'agit bien d'une communauté, mais où seul le statut personnel du travailleur est défini. Cette commu-

nauté est strictement hiérarchisée et tout entière inspirée du Führerprinzip (articles 2086 et 2105).

181. Le rapport italien souligne deux raisons qui s'opposèrent au succès de la doctrine. La première est d'ordre historique. Conçue en réaction contre le libéralisme, elle s'est trouvée vite dépassée par les conditions de production dans la grande entreprise moderne. L'idée de communauté de travail se révèle inadéquate à rendre compte de ce qui se passe à l'intérieur de celle-ci.

La seconde raison est que le rapport de travail n'implique pas nécessairement l'insertion du travailleur dans une entreprise organisée. Le travailleur à domicile est précisément celui qui se définit par son extériorité à l'entreprise (article 2128 du code civil italien) et le droit italien connaît la catégorie des rapports «non inhérents à l'exploitation d'une entreprise» (article 2239 du code civil). Le rapport de travail ne peut plus dès lors être analysé que comme un rapport d'échange de type traditionnel. Aucune forme institutionnelle ne vient ici le modeler. Il n'y a aucune organisation du travail mais simple échange d'un travail.

#### **B - Formulations atténuées**

182. Aussi bien, existe-t-il des variantes moins catégoriques de la thèse anticontractuelle, et qui ne vont pas jusqu'à cette double affirmation que le rapport du travail s'affirme d'ordre purement institutionnel et découle uniquement de l'intégration dans une communauté.

Ainsi l'opinion éclectique d'auteurs allemands (Hueck Nipperdey 6<sup>e</sup> édition 1953), qui ont pensé sauver le contrat de travail en le qualifiant de contrat associatif ou constitutif de communauté. On reporte à un stade antérieur le contrat, ce qui, dans la doctrine absolue, ne résultait que de l'intégration à l'entreprise. Mais le contenu du rapport demeure inchangé. Rien ne s'oppose alors à ce que l'on voie dans le rapport de travail un rapport associatif et, simultanément, d'ordre contractuel; le contrat de travail devient tout autre chose qu'un contrat d'échange ou producteur d'obligation: une convention constitutive d'une communauté comme le contrat de société.

Le droit néerlandais apparaît comme le seul qui fasse un certain écho à une telle doctrine: le contrat de travail n'est pas considéré comme un simple contrat d'échange, mais comme une convention instituant une véritable coopération. Il ne se limite pas à des dettes de prestation réciproques. Dans ces conditions, il est naturel que le

rapport de travail qui en découle facilite et prépare l'insertion dans un ensemble créé par l'employeur, dans une organisation qui est elle-même tout autre chose qu'une simple addition de contrats de travail: l'entreprise. Autrement dit, la nature du contrat de travail, même conclu avec un salarié isolé, est telle que la participation à une communauté organisée en représente la suite normale et ne modifie en rien le schéma contractuel.

L'exposé du droit néerlandais ne révèle pas toutefois de divergences irréductibles avec les autres droits positifs. Sur l'essentiel, il demeure d'accord: le contrat reste la source unique du rapport de travail.

### § 3. CRITIQUE DE LA DOCTRINE DE LA RELATION DE TRAVAIL

183. En définitive aucun des six rapports ne se fait le défenseur de la théorie de la relation de travail. Les rapports allemand et surtout italien sont les plus affirmatifs dans leur opposition — le premier à la doctrine allemande — le second aux vues du code civil de 1942; le rapport néerlandais apparaît par contre relativement le plus accueillant. Efforçons-nous de systématiser les critiques qui lui ont été adressées.

#### A - Contenu réel du rapport de travail

184. Une première raison de rejeter cette conception — très largement dépassée par le mouvement de l'histoire au demeurant et liée à une philosophie politique condamnée — est que le *rapport de travail n'est pas un rapport associatif ou institutionnel*. Aucun intérêt véritablement commun n'anime les parties; aucune mise en commun, aucune «*affectio societatis*», aucun partage des bénéfices ou des pertes. Au surplus, aucune institution ne naît du contrat, comme il naît une association ou une société du contrat portant le même nom. Il est certes normal d'insister sur le caractère personnel du lien obligatoire, sur l'*intuitus personae* qui préside parfois à la formation de ce lien et sur certaines obligations accessoires en découlant. Mais le *vinculum juris* reste essentiellement un lien d'obligation traditionnel, tel qu'on le rencontre dans les contrats d'échange: le travailleur s'engage à mettre sa force de travail à la disposition de l'employeur et à obéir à ses ordres; l'employeur s'engage à faire travailler le salarié et à lui verser la rémunération convenue. C'est s'éloigner de la réalité juridique et sociale que

de présenter ce rapport comme comportant une obligation de «*fidélité*» et un devoir de sauvegarder les intérêts de l'employeur à charge du travailleur, ainsi qu'une obligation d'assistance et un devoir de veiller sur les intérêts du salarié de la part de l'employeur. Une telle doctrine idéalise le droit existant plus qu'elle ne le reflète.

Seul le rapport allemand se refuse à identifier le rapport de travail à un rapport d'échange, tout en le faisant découler du contrat synallagmatique de travail. Il reste fidèle à cette idée d'un rapport régi par le droit de personnes ou de type communautaire.

Le rapport italien, en revanche, considère comme surannée et contradictoire cette analyse et affirme que le rapport de travail ne peut être qu'un rapport d'échange si sa source exclusive demeure le contrat de travail lui-même: un contrat d'échange ne peut engendrer un rapport communautaire.

En Belgique ou en France, on ne nie certes pas que le rapport de travail n'ait certaines particularités qui le font échapper aux strictes perspectives du code civil. Le rapport belge souligne que ce qui le distingue de tout autre rapport de droit civil est que le salarié concède à l'employeur la jouissance de son activité. Or, la force de travail demeure inséparable de la personne et ne constitue pas une marchandise. Mais ces lieux communs, ajoute-t-il, n'apportent rien d'imprévu. Ils ne modifient pas la structure juridique du rapport qui est axé sur la réciprocité des obligatoires, donc l'échange.

En droit néerlandais, on reconnaît comme en droit belge, que le rapport de travail n'est pas un rapport synallagmatique de droit civil de type ordinaire. Le législateur de 1907 a d'ailleurs «modernisé» le contrat de travail à cette fin. Et les dispositions déjà citées prescrivant à l'employeur de se conduire «en bon employeur» et le travailleur «en bon travailleur», permettent toute la souplesse d'interprétation désirable, sans qu'il soit utile de rompre avec l'analyse traditionnelle.

### *Terminologie*

185. Aux Pays-Bas où l'expression relation de travail est pourtant largement utilisée (arrêté extraordinaire sur les rapports de travail de 1945) — plus qu'en France et en Belgique — on pourrait croire que le concept créé par la doctrine allemande a pénétré le droit positif. Il n'en est rien et, comme le souligne le rapport néerlandais, il y a là une simple question de terminologie. En droit néerlandais, le contrat de travail crée un rapport d'employeur à salarié, appelé rapport de service

ou d'emploi. L'arrêté précité s'étendant (supra section II) à toute hypothèse de travail pour autrui, le législateur a voulu utiliser une expression différente de l'expression traditionnelle (rapport de service ou rapport d'emploi) pour bien montrer que les dispositions de l'arrêté concernaient un certain nombre de situations marginales qui n'étaient pas des rapports d'emploi. Et il a utilisé la formule relation de travail, sans pour cela lui donner le sens qu'elle revêt dans le vocabulaire de la doctrine allemande.

Pourquoi, un peu partout, cet emploi équivoque de l'expression: relation de travail? Le rapport néerlandais s'y arrête longuement et il n'est peut-être pas inutile en effet de dénoncer ici l'imprécision du langage, source de contre-sens, imprécision relevée également dans le rapport allemand. On emploie constamment le terme relation de travail sans pour cela adhérer à la doctrine selon laquelle cette relation serait tout autre chose qu'un lien d'obligation, à savoir un lien de participation ou associatif. Il suffit — comme le font les juristes néerlandais — de lui reconnaître une valeur plus sociologique que juridique. Tentons pourtant de classer ces différentes acceptions:

— On peut tout d'abord réserver l'expression relation de travail au rapport individuel découlant du contrat de travail, afin d'indiquer par là que ce rapport revêt une certaine originalité parmi les rapports obligatoires (sens prédominant en droit français et droit belge et, semble-t-il, en droit contemporain). Aucune opposition n'existe alors entre contrat et relation; la seconde s'ajoute au premier en le prolongeant, mais ne s'y substitue pas. Les synonymes sont alors rapport d'emploi ou de services.

— On peut ensuite admettre que la relation du travail est un concept à compréhension plus large que celui de rapport découlant du contrat individuel — englobant des rapports dérivant de contrats voisins ou assimilés (sens du droit positif néerlandais, arrêté de 1945). Elle ne contredit cependant pas la théorie contractuelle — élargissant seulement les bases du droit du travail ou du droit de la sécurité sociale.

— On peut ensuite, faisant alors perdre toute précision au concept, l'appliquer à toutes les relations auxquelles donne lieu le travail pour autrui, y compris les relations collectives («labour relations»).

— On peut s'en servir pour toutes les relations individuelles, même non contractuelles, nées de l'accomplissement d'un travail dans une entreprise (sens du code civil italien — et de la doctrine allemande).

### B - Ambiguïté de la notion d'entreprise

186. La seconde raison de condamner la théorie est *l'inconsistance de la construction de l'entreprise comme communauté de travail*. En droit allemand, il n'existe aucune notion d'entreprise «en soi», ce qui paraît rendre vide de sens la formule: intégration dans l'entreprise. Le propriétaire d'un établissement et son personnel ne constituent pas une institution juridique autonome, avec laquelle le travailleur nouerait des relations. Le seul partenaire du travailleur est l'employeur (individu ou société). Le rapport italien mentionne dans le même sens que le droit italien ne connaît pas cette institution comme source de règles ou de rapports juridiques. Le chef d'entreprise étant le seul organe de l'entreprise et se confondant avec l'employeur, il lui concède une existence tout au plus sur le plan des réalités sociologiques.

En droit français, la théorie de l'entreprise, défendue par Paul Durand, s'est heurtée à des réserves et des objections mises en lumière dans le rapport français. On peut se demander s'il existe entre les membres de cette prétendue communauté une solidarité d'intérêts réelle: ne contredit-elle pas l'idée que le capital et le travail ont des intérêts divergents? Que le salaire et le profit ne vont pas de pair? Certains projets intéressants tendent à réaliser — sur le plan collectif — ce qu'on a pu appeler une «association capital-travail»; ils sont restés sans prolongement réel en droit positif. En droit français, l'entreprise n'est pas conçue comme une entité autonome, pourvue de la personnalité morale. Elle n'a pas de patrimoine. Ses biens appartiennent au chef d'entreprise ou à la société que celui-ci dirige. L'entreprise s'identifie avec son chef et les salariés ne sont pas *dans* l'entreprise, mais juridiquement extérieurs à elle, parce que précisément à son service. Selon la jurisprudence française, l'employeur n'est aucunement traité comme un chef hiérarchique se situant dans un ensemble institutionnel dont il ne constituerait lui-même qu'un rouage supérieur. Le pouvoir disciplinaire lui permet, dans une entreprise qui constitue sa propriété exclusive et qu'il gère à son gré, d'adopter les mesures qu'il juge nécessaires à son fonctionnement. Il est libre dans ses décisions d'embauchage et de licenciement. Il rédige le règlement intérieur. Sur le plan de la gestion, le chef d'entreprise, seul responsable du risque assumé, bénéficie du pouvoir discrétionnaire de la diriger comme il l'entend sans avoir de comptes à rendre: ce pouvoir va jusqu'à la fermeture et au licenciement collectif du personnel.

Le rapport français reconnaît à la notion une simple valeur d'anticipation.

187. Bien entendu, la plupart des rapports (par exemple, longuement le rapport néerlandais - ou le rapport belge), citant des lois de protection du travail, font ressortir qu'elles se réfèrent fréquemment au travail «dans une entreprise». Mais, il s'agit alors d'un concept purement matériel servant à délimiter le point d'impact d'une réglementation. D'ailleurs, en droit néerlandais, l'entreprise n'est alors nullement définie comme une communauté d'hommes au travail, mais comme «une affaire qu'on exploite en vue d'en retirer des avantages pécuniaires», définition à laquelle sont venues ensuite s'adjoindre des entreprises sans but lucratif. De même lorsqu'on parle de comité d'entreprise, on se réfère à une notion juridique précise mais, comme l'admet le rapport néerlandais, l'entreprise ne joue pas un rôle direct dans la détermination des conséquences juridiques du contrat de travail; et le comité n'est pas chargé d'établir les droits et obligations découlant du contrat de travail.

### C - Source réelle du rapport de travail

188. Il n'est pas possible de voir dans l'entrée au sein de l'entreprise, la source d'où dérive le rapport de travail. Car, comme l'indique en incidente le rapport allemand, rien dans cette conception ne permettrait de s'opposer à ce qu'une mesure d'autorité (affectation d'un travailleur à telle entreprise par décision administrative) soit à l'origine du rapport de travail. Certes, de tels cas ne se rencontrent plus dans le droit positif actuel: en Allemagne, la loi fondamentale s'y opposerait; mais une telle doctrine a pu légitimer — par son ambiguïté même — de tels errements dans le passé; elle se condamne ainsi elle-même. Au demeurant, il ne serait pas plus désirable que la mesure d'autorité s'exerce à l'encontre de l'employeur: les obligations d'embauchage actuellement connues ne sont qu'exceptionnelles — toujours à des fins de protection sociale — et conduisent en dernier ressort à la conclusion d'un contrat.

Sans doute il est manifeste que dans certaines situations on se trouve en présence d'un contrat de travail *fictif* (cas du chômeur ou du grand invalide); plus fréquemment, d'un contrat de travail *tacite*, passé aux conditions prévues par la convention collective, les usages, voire même le règlement intérieur. Mais toujours sera sauvegardée la nécessité du consentement du salarié qui, par l'accomplissement du travail indiqué, exprime son assentiment. La jurisprudence, en France comme en Allemagne, fait largement appel à cette volonté tacite du travailleur, sans pour cela contredire l'impérieuse nécessité d'un accord.

189. Il existe une remarquable convergence des six rapports dans l'affirmation qu'en droit positif, la relation de travail prend naissance seulement par l'effet du contrat. Le rapport italien affirme que le contrat de travail en constitue la condition à la fois nécessaire et suffisante. Le rapport allemand indique qu'aujourd'hui, selon la théorie prédominante — tant en doctrine qu'en jurisprudence — la relation de travail est le lien qui existe entre un travailleur individuel et son employeur, lien en vertu duquel le premier est tenu d'accomplir un travail pour le second, et qui dérive du contrat de travail. Concernant la date de prise d'effet de cette relation, elle remonte à la conclusion du contrat et non pas — comme le soutenait la théorie de l'intégration — à l'entrée dans l'entreprise: précision importante au point de vue du point de départ du délai de six mois nécessaire au fonctionnement de la loi sur la protection contre le licenciement. Le rapport allemand constate qu'en droit privé, il est de règle que les relations juridiques naissent d'un contrat et qu'aucune raison n'existe de soustraire le droit du travail à ce principe. Il ajoute encore que le texte de la loi fondamentale (articles 1 et 2) impose cette solution. Enfin — et cet argument n'est pas sans poids — selon l'opinion commune des milieux du travail, la relation de travail naît du contrat passé entre employeur et salarié.

Le rapport français conclut dans le même sens. Le contrat de travail, même s'il ne fait que déclencher l'application d'un statut réglementaire et collectif préétabli, doit être conservé: il présente, selon Paul Durand lui-même, une valeur psychologique, en manifestant la répugnance pour des mesures autoritaires d'emploi de la main d'oeuvre. Même si l'adhésion à l'institution est pour Paul Durand le fait qui conditionne l'apparition du rapport, il faut, concède-t-il, rechercher la cause de cette adhésion, et elle ne peut être que l'accord de volontés. Il est souhaitable que les parties puissent — même dans une mesure limitée — organiser leurs rapports respectifs. Le rapport français souligne le rôle bénéfique du contrat qui peut toujours améliorer les droits reconnus au travailleur; c'est lui qui attribue la qualification d'où découle la rémunération. On peut ajouter que pour les employés supérieurs, les cadres, les techniciens, le contrat individuel est partout la source primordiale du rapport de travail.

Dans le même sens encore, le droit belge reste attaché au principe qu'il ne peut y avoir relation de travail subordonnée sans convention préalable. Aussi bien le principe de la liberté du travail demeure-t-il la pierre angulaire du droit belge tout entier. Et le rapporteur national en voit l'illustration dans la règle selon laquelle, en droit belge, chaque



partie possède un droit discrétionnaire de donner congé avec préavis. Le législateur belge a manifesté sa volonté réitérée de demeurer fidèle à la théorie contractuelle pure. L'insertion dans une entreprise n'est jamais que l'effet d'une convention.

190. Avec plus de réserves, il est reconnu aux Pays-Bas que le contrat de travail demeure la base juridique principale des rapports individuels de travail — sans en constituer toutefois la source exclusive. C'est finalement aux Pays-Bas que la doctrine semble avoir trouvé le plus d'affinités puisqu'en dehors de la volonté individuelle et de la loi on considère qu'il existe, parmi les autres sources d'application de certaines dispositions du droit du travail, outre la profession, la communauté de travail. A vrai dire, le droit néerlandais ne fait pas de la participation à cette communauté la source même du rapport. Il admet seulement qu'elle exerce sur lui une influence. Au surplus, en droit néerlandais, on considère que la relation de travail peut naître de faits constitutifs autres que le contrat. Le rapport néerlandais dresse le tableau de ces faits parmi lesquels figure en bonne place le lien familial. Si le droit néerlandais ne peut donc être rangé parmi les détracteurs de la théorie contractuelle, il en demeure toutefois le partisan le moins absolu.

191. En définitive, l'entreprise ne peut être traitée ni comme source principale, ni comme source subsidiaire du rapport individuel de travail. Il n'y a pas d'inconvénient à employer cependant l'expression de relation de travail si on ne l'oppose pas à celle de contrat de travail, mais si on la définit comme le rapport juridique découlant de la conclusion d'un contrat de travail ou d'une convention assimilée.

Enfin, il importe de souligner avec insistance que, dans les droits des six pays, aucun rapport individuel de travail *stricto sensu* ne peut naître sans un accord de volonté initial.

Avril 1964



LE CONTRAT DE TRAVAIL  
EN DROIT BELGE

par

PAUL HORION

*Professeur à l'université de Liège*



## TABLE DES MATIÈRES

<i>Introduction</i> . . . . .	159
§ 1. <i>Remarque terminologique</i> . . . . .	159
§ 2. <i>Origine du louage de services</i> . . . . .	159
§ 3. <i>La loi sur le contrat de travail et la loi sur le contrat d'emploi</i> . . . . .	162
§ 4. <i>Évolution du louage de services</i> . . . . .	165
§ 5. <i>Le louage de services et l'insertion du salarié dans l'entreprise</i> . . . . .	168
§ 6. <i>Le louage de services fondement du droit du travail</i> .	170
<b>CHAPITRE I — LE MÉCANISME JURIDIQUE DU LOUAGE DE SERVICES</b> . . . . .	171
Section I - <i>La notion de louage de services</i> . . . . .	171
§ 1. <i>Définition et critère juridique</i> . . . . .	171
§ 2. <i>Distinction du louage de services et des conventions voisines</i> . . . . .	172
§ 3. <i>Des diverses variétés de louages de services</i> . . . . .	175
§ 4. <i>Secteur public</i> . . . . .	177
§ 5. <i>Autres classifications des louages de services</i> . . . . .	179
Section II - <i>La conclusion du louage de services</i> . . . . .	180
§ 1. <i>Les éléments constitutifs du louage de services</i> . . . . .	180
§ 2. <i>Capacité des parties</i> . . . . .	181
§ 3. <i>Forme du louage de services</i> . . . . .	182
§ 4. <i>Preuve du contrat de louage de services</i> . . . . .	183
§ 5. <i>La rescision du contrat d'emploi</i> . . . . .	183
Section III - <i>Les effets du louage de services</i> . . . . .	183
§ 1. <i>Le louage de services, convention synallagmatique</i> . . . . .	183
§ 2. <i>L'énumération légale des obligations des parties et sa portée relative</i> . . . . .	184
§ 3. <i>Le règlement d'atelier</i> . . . . .	185
§ 4. <i>Contrat de travail: Obligations de l'ouvrier</i> . . . . .	188
§ 5. <i>Contrat d'emploi: Obligations de l'employé</i> . . . . .	191
§ 6. <i>Contrat de travail: Obligations de l'employeur</i> . . . . .	192
§ 7. <i>Contrat d'emploi: Obligations de l'employeur</i> . . . . .	197
§ 8. <i>De l'étendue dans le temps des obligations de ne pas faire</i> . . . . .	198

Section IV - La cessation du louage de services . . . . .	200
§ 1. <i>Les modes de cessation du louage de services</i> . . . . .	200
§ 2. <i>La survie des obligations contractuelles</i> . . . . .	203
§ 3. <i>Des clauses de non-concurrence et du débauchage</i> . . . . .	203
§ 4. <i>De la cession de l'entreprise</i> . . . . .	205
§ 5. <i>De la fermeture de l'entreprise</i> . . . . .	205

CHAPITRE II — LE RÔLE DU LOUAGE DE SERVICES  
COMME SOURCE JURIDIQUE DES RAPPORTS DE TRAVAIL . . . . . 208

Section I - Le déclin du principe de l'autonomie de la volonté comme source de la réglementation des rapports de travail . . . . .	208
§ 1. <i>Interventions législatives et réglementaires concernant la conclusion du louage de services: la réglementation de l'embauchage</i> . . . . .	208
§ 2. <i>Interventions législatives et réglementaires concernant les salaires</i> . . . . .	209
§ 3. <i>Interventions législatives et réglementaires concernant les conditions de travail</i> . . . . .	210
§ 4. <i>Interventions législatives et réglementaires concernant la résiliation du contrat de louage de services</i> . . . . .	212
§ 5. <i>Interventions d'origine professionnelle au niveau de la branche d'activité économique. — Les accords du travail</i> . . . . .	213
§ 6. <i>Interventions d'origine professionnelle au niveau de l'entreprise</i> . . . . .	215
§ 7. <i>Application de règles du droit du travail à des situa- tions ne découlant pas d'un louage de services</i> . . . . .	215

Section II. - Le rejet du louage de services comme source — Relation de travail et statut du travailleur dans l'entre- prise . . . . .	218
§ 1. <i>Les théories de la relation de travail et de la détermi- nation des rapports de travail dans le cadre de l'entre- prise</i> . . . . .	218
§ 2. <i>Examen critique - Rôle conservé par le contrat comme source des rapports de travail</i> . . . . .	219

Appendice: Loi du 10 décembre 1962, modifiant notamment la loi sur le contrat de travail et les lois coordonnées sur le contrat d'emploi.

## INTRODUCTION

### § 1. REMARQUE TERMINOLOGIQUE

1. Depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, l'expression *contrat de travail* est employée en France, et aussi dans d'autres pays, en remplacement de la locution traditionnelle de *louage de services* (*locatio operarum*) pour désigner tous les contrats par lesquels un employeur engage un salarié pour travailler sous sa subordination. Elle s'applique au contrat des employés, des domestiques comme à celui des ouvriers.

La Belgique, au contraire, réserve l'expression *contrat de travail* au louage des travailleurs manuels qui fournissent leurs prestations dans les usines, les ateliers ou les chantiers. Il n'y a jamais eu de loi contemporaine s'appliquant aux contrats de toutes les espèces de salariés. La loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail concerne exclusivement les ouvriers manuels qui travaillent dans un lieu qui leur est indiqué par le chef d'entreprise ou patron. Elle ne concerne ni les travailleurs à domicile, ni les domestiques, ni les employés.

Lorsque le législateur belge entend disposer pour l'ensemble des salariés, il parle de *contrat de louage de services* (voir, par exemple: loi sur les allocations familiales; arrêté-loi sur la sécurité sociale des travailleurs (1)). Au cours des dernières années cependant, il tend à substituer l'expression *contrat de louage de travail* à celle de *contrat de louage de services*. Mais il serait prématuré d'affirmer que la nouvelle appellation est généralisée.

Nous emploierons donc l'expression *louage de services* là où les Français disent *contrat de travail*. *Contrat de travail* est réservé à une espèce particulière de *louages de services*.

### § 2. ORIGINE DU LOUAGE DE SERVICES

2. Lorsque, en 1795, les Pays-Bas autrichiens et la principauté de Liège ont été réunis à la République française, les lois françaises ont été publiées sur le territoire de l'actuelle Belgique et parmi elles la loi des 2-17 mars 1791 proclamant la liberté de l'industrie, du com-

---

(1) Lois coordonnées par arrêté royal du 19 décembre 1939, art. 3; arrêté-loi du 28 décembre 1944, art. 2.

merce et du travail et la loi des 14-17 juin 1791 abolissant les corporations et prohibant les associations professionnelles.

Dès lors, dans les campagnes aussi bien que dans les villes, les rapports de travail devinrent exclusivement affaire de contrat. Ce contrat est soumis aux principes et aux dispositions du code civil. Il s'agit d'une espèce des louages d'ouvrage et d'industrie: le contrat de louage de services.

Cette situation va se maintenir sans changement pendant tout le XIX<sup>e</sup> siècle. Le régime du travail est donc caractérisé par l'application la plus ample de la liberté des conventions, de l'autonomie de la volonté. La conception libérale de la liberté et de l'égalité contractuelles produit des effets d'autant plus marqués que le code civil est extrêmement bref en matière de louage des domestiques et des ouvriers.

On ne peut cependant taire que si le code civil est si bref c'est moins parce qu'il entend faire jouir les deux parties d'une réelle liberté que parce qu'il considère que les questions relatives aux ouvriers ne sont pas dignes de lui et qu'il aime mieux les déléguer à des lois de police. Les dispositions qui dans la loi du 22 germinal - 2 floréal an XI (12 avril 1803) ont trait aux ouvriers restent en vigueur en Belgique jusque dans les dernières années du siècle (2).

3. La Belgique est profondément imprégnée du dogme du libéralisme économique le plus absolu. Le principe de la liberté du travail proclamé par la loi des 2-17 mars 1791 et celui de la liberté des conventions qui domine le code civil sont, dès le lendemain de l'indépendance belge, complétés et revivifiés par les dispositions de la Constitution de la Belgique, par les libertés qu'elle assure aux citoyens et notamment la liberté individuelle et la liberté d'association.

Ces principes libéraux sont, encore à l'heure actuelle, la base de tout le système juridique belge. Les dispositions constitutionnelles et légales que nous avons citées sont toujours en vigueur telles quelles. Assurément, le principe de la liberté de l'industrie, du commerce et du travail a-t-il été atrophié ou abandonné dans d'innombrables lois qui, depuis trois quarts de siècle, y apportent des dérogations; mais en votant les diverses lois économiques et sociales, le législateur n'agit jamais que par voie de dérogations spéciales et limitées.

---

(2) Art. 12 et 13, obligation du livret d'ouvrier; art. 15, durée maximum de l'engagement d'un ouvrier fixée à un an.



Les dispositions légales et réglementaires qui constituent le droit social ne peuvent être correctement interprétées et appliquées qu'en partant de principes généraux de liberté que, chaque fois, le législateur s'est abstenu d'abroger et auxquels il n'a apporté que dérogations ou exceptions.

Dans chacun des chapitres du droit social belge, le tableau des règles à appliquer comprend inéluctablement une toile de fond constituée par les principes originaires, notamment ceux qui sont inscrits dans la Constitution de la Belgique, dans la loi des 2-17 mars 1791, dans le code civil: liberté individuelle, liberté d'association, liberté du travail, liberté des contrats.

4. Au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, si le législateur est demeuré indéfectiblement attaché à l'expression traditionnelle des principes libéraux, il n'est cependant pas resté inactif.

Il y a eu, il y a cent ans, une première vague de législation sociale. Actuellement, elle est assurément dépassée, mais il n'est pas sans intérêt d'en indiquer l'esprit.

Averti de l'effroyable condition des travailleurs et de l'indicible misère du peuple par une large enquête ordonnée par le gouvernement en 1843, le législateur s'est obstiné à croire à la précellence des principes libéraux; pendant un demi-siècle, il s'est obstinément refusé à voter n'importe quelle loi «interventionniste», n'importe quelle disposition légale prohibitive, mais il a créé la caisse générale d'épargne et de retraite et a adopté, en 1851, la première loi sur les sociétés mutualistes, mettant ainsi à la disposition des ouvriers qui avaient l'esprit d'épargne et de persévérance, et qui en avaient les moyens matériels, des institutions bien organisées pouvant améliorer leur sort.

Donnant de nouvelles preuves de son attachement aux principes de liberté, il a, en 1866, supprimé le délit de coalition<sup>(3)</sup>, en 1883, supprimé l'obligation du livret ouvrier et abrogé l'article 1781 du code civil, selon lequel le maître était crû sur sa simple affirmation au sujet de la qualité et du paiement des salaires. Remarquons que, par

---

(3) Les articles 414 à 416 du code pénal de 1810 étaient consacrés aux coalitions formées soit entre les maîtres, soit entre les ouvriers. L'article 414 érigeait en délit toute coalition des maîtres tendant à forcer injustement et abusivement l'abaissement du salaire. L'article 415 punissait toute coalition de la part des ouvriers pour faire cesser en même temps le travail, interdire le travail dans un atelier, empêcher de s'y rendre et d'y rester avant ou après certaines heures, et, en général, pour suspendre, empêcher, enchérir les travaux. L'article 416 punissait également les ouvriers qui auront prononcé des amendes, des défenses, des interdictions et toute proscription soit contre les directeurs d'ateliers et entrepreneurs d'ouvrages, soit les uns contre les autres.

ces réformes opportunes et équitables, le législateur ne faisait que donner plus de relief aux conceptions libérales de la liberté et de l'égalité contractuelles.

5. Mais pendant ce temps, l'industrie s'était développée, les chefs d'entreprise s'étaient organisés. Embauchant de nombreux ouvriers, ils les soumettaient à la règle de l'établissement qu'ils dictaient et modifiaient unilatéralement.

Une des premières lois sociales sera la loi du 15 juin 1896 sur les règlements d'atelier, loi qui ne réglemente pas le sens des dispositions contenues dans le règlement d'atelier; à cet égard, elle laisse au chef d'entreprise la liberté la plus absolue. La loi oblige les chefs d'entreprise à mettre en vigueur un règlement d'atelier, réglemente les conditions préalables et concomitantes de publicité du règlement d'atelier et en décide le caractère obligatoire pour les parties: il lie les parties pour toute la durée de l'engagement<sup>(4)</sup>. Chaque ouvrier est censé l'accepter par le fait qu'il s'embauche ou qu'il reste dans l'établissement. Les dispositions du règlement ont un caractère contractuel. La fiction de l'égalité contractuelle des parties est portée à son comble!

### § 3. LA LOI SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL ET LA LOI SUR LE CONTRAT D'EMPLOI

6. Pour amener le législateur à un début de législation protectrice des travailleurs, il fallut les grandes émeutes ouvrières de mars 1886, émeutes spontanées, souveraines et violentes, caractérisées par l'absence d'organisation chez les insurgés. Violences sans complot ni mot d'ordre, sans aucune immixtion d'un parti politique ni de l'étranger, produites par une exaspération sociale longuement accumulée<sup>(5)</sup>. La révolte fut réprimée mais le libéralisme économique reçut des faits une réfutation tragique. Il n'était plus permis de croire que les travailleurs ne se plaignaient pas.

Le législateur se résigna à intervenir dans les rapports entre patrons et ouvriers. Il ne le fit d'ailleurs dans les premières années que d'une façon timorée, se limitant à prohiber les abus particulièrement scandaleux. Ainsi, les premières lois concernent les modalités de paiement du salaire (loi du 16 août 1887) et des mesures limitées de protection des femmes et des enfants (loi du 13 décembre 1889).

(4) Sous réserve cependant des modifications mises en vigueur à la suite d'une procédure identique.

(5) Henri Pirenne, *Histoire de Belgique*. Bruxelles, Lamertin, t. VII, p. 303 et s.

Par cette loi de 1889, le législateur interdit sous des sanctions pénales aux employeurs de faire ou de laisser travailler des femmes ou des enfants en dehors de telles conditions ou au delà de telles limites. Il porte atteinte à la liberté contractuelle. A cette époque, il n'entend porter atteinte au dogme de la liberté contractuelle qu'en faveur des femmes et des enfants. Il reste fidèle au principe pour ce qui concerne l'emploi des hommes de plus de 16 ans. C'est dans cet esprit qu'il va élaborer la loi sur le contrat de travail.

D'un autre côté, il n'entend intervenir que là où l'opinion publique le presse. Jusqu'en 1905, les lois sociales ne concerneront que les ouvriers manuels à l'exclusion des employés.

7. Le 14 août 1891, le gouvernement a déposé sur le bureau de la Chambre des représentants un vaste projet de loi relatif au «louage de services des ouvriers et des domestiques». Ce projet a trait à des matières qui donneront finalement lieu à trois lois séparées: contrat de travail, règlement d'atelier, réparation des dommages résultant des accidents du travail.

Le règlement d'atelier, nous l'avons vu, a fait l'objet de la loi du 15 juin 1896. La loi du 10 mars 1900 est consacrée au contrat de travail des ouvriers. La loi du 24 décembre 1903 donnera au problème de la réparation des dommages résultant des accidents du travail une solution qui s'inspire de la loi française de 1898. Quant au louage de services des domestiques, aucune loi n'est intervenue jusqu'à présent.

C'est ainsi que le louage de services des ouvriers des ateliers ou des chantiers fait l'objet de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail. Quant aux employés, ils devront attendre la loi du 7 août 1922 sur le contrat d'emploi.

Par la loi du 10 mars 1900, le législateur, qui reste indéfectiblement attaché au principe de la liberté des conventions, a essentiellement le dessein de rédiger une loi qui éclaire les parties au contrat de travail sur l'étendue de leurs droits et de leurs obligations par des dispositions supplétives conçues dans l'esprit du code civil.

8. Henri Velge a présenté comme suit les principes fondamentaux de la loi du 10 mars 1900 <sup>(6)</sup>:

- 1° la loi du 10 mars 1900 appartient au droit civil;
- 2° la loi consacre l'égalité des parties;

---

(6) Henri Velge, *Eléments de droit industriel belge*. Bruxelles, Dewit, t. I, 1927, p. 44, n<sup>os</sup> 45 à 48.

3° la loi est interprétative de la volonté des parties;

4° l'usage supplée au silence des parties.

Elle met pleinement en oeuvre la conception libérale de la liberté et de l'égalité des parties:

Sauf de très rares exceptions, ses dispositions sont supplétives. Il en est ainsi en matière de préavis de congé. Elle va même plus loin en cette matière: le préavis n'est pas dû lorsqu'une disposition contraire résulte de l'usage; en outre, dans les entreprises où le règlement d'atelier est obligatoire, il n'y a lieu à semblable préavis que si le règlement l'exige.

Le principe de l'égalité des parties se manifeste particulièrement dans la disposition qui prescrit: «L'obligation et le délai du préavis sont réciproques. S'il était stipulé des délais d'inégale longueur pour les parties en présence, le délai le plus long ferait loi à l'égard de chacune d'elles» (art. 19, al. 3).

9. La loi du 10 mars 1900 ne concerne en aucune manière les employés. Le contrat de louage de services des employés est régi exclusivement par les principes généraux des obligations inscrites dans le code civil. Ce n'est que 22 ans plus tard que le législateur intervient en leur faveur.

La loi du 7 août 1922 sur le contrat d'emploi est conçue sur un tout autre plan et répond à des principes bien différents.

Elle ne traite pas systématiquement de la formation du contrat, des obligations des parties, de la fin du contrat. Elle ne dispose qu'au sujet d'un nombre très limité de points qui ont attiré l'attention du législateur. Elle ne traite guère que de la stabilité de l'emploi (réglementation des contrats à l'essai et pour une entreprise déterminée, préavis de congé, des droits de l'employé en cas de maladie et des commissions dues aux commis voyageurs). Elle n'énumère même pas les obligations des parties. Par son silence à cet égard, elle respecte pleinement la liberté contractuelle.

Tant par sa facture que par la nature de ses dispositions, elle s'éloigne du code civil. Ses dispositions sont en grande majorité impératives ou prohibitives. Les délais de préavis sont d'ordre public en faveur de l'employé. Elle contient cependant quelques dispositions supplétives dans la matière des commissions dues aux commis voyageurs.

Elle abandonne nettement le principe de l'égalité des parties. Ainsi, le délai du préavis de congé dû par l'employé n'est que la moi-

tié de celui dû par l'employeur. De plus, nous venons de le dire, les délais de préavis ne sont impérativement fixés qu'en faveur de l'employé.

Vingt-deux ans de distance dont quatre années de guerre expliquent ces différences fondamentales entre deux législations qui traitent de situations parallèles.

#### § 4. ÉVOLUTION DU LOUAGE DE SERVICES

10. Depuis la première guerre mondiale, les mœurs ont changé progressivement. De moins en moins, ouvriers et employés, dans leur très grande majorité, ont fait preuve de cet esprit de souplesse et de résignation qui leur avait, jusque là, fait accepter sans réaction des régimes de travail établis pratiquement par la volonté unilatérale des employeurs. Les syndicats de diverses tendances sont devenus beaucoup plus puissants. Des revendications se sont fait jour qui ont tendu non seulement à améliorer les conditions de salaire et de travail mais aussi la place des salariés dans les entreprises, le droit de regard, la collaboration active dans l'organisation de l'entreprise, voire la cogestion.

L'adoption de lois nouvelles et la mise en vigueur d'accords collectifs de travail ont modifié radicalement les rapports de travail.

En dehors du cadre des lois qui ont directement trait aux contrats de louage de services, diverses lois protectrices des travailleurs sont intervenues. La réglementation du travail s'est développée tant au profit des employés que des ouvriers, principalement en matière de limitation de la durée du travail, de vacances annuelles payées, de jours fériés payés, de sécurité et d'hygiène du travail. Ces lois limitent l'étendue et les conditions des obligations auxquelles ouvriers et employés peuvent valablement s'engager. Elles bornent les effets des contrats.

Les dispositions légales qui créent les conseils d'entreprise ont eu, en tout cas, pour effet d'instituer officiellement des lieux de contacts, d'explications et de discussions qui modifient l'atmosphère morale des relations de travail.

Mais les lois qui régissent les contrats ont, elles-mêmes, été modifiées à plusieurs reprises.

11. Trois espèces de contrats qui jusque là ne faisaient l'objet d'aucune loi ou, en tout cas, d'aucune loi répondant de façon adéquate aux situations qu'ils concernent ont fait l'objet de législations nouvelles:

- loi du 5 juin 1928 portant réglementation du contrat d'engagement maritime;
- loi du 10 février 1934 portant réglementation du travail à domicile au point de vue des salaires et de l'hygiène;
- loi du 1<sup>er</sup> avril 1936 sur le contrat d'engagement pour le service de la navigation fluviale.

12. La loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail et la loi du 7 août 1922 sur le contrat d'emploi ont été modifiées à plusieurs reprises.

La loi du 10 mars 1900 a été profondément modifiée par la loi du 4 mars 1954 et par la loi du 20 juillet 1960.

En 1954, les modifications principales ont tendu à assurer aux ouvriers une meilleure stabilité de leur emploi:

- en rendant les délais de préavis d'ordre public en faveur de l'ouvrier;
- en allongeant les délais de préavis spécialement au profit des ouvriers qui ont une certaine ancienneté dans l'entreprise;
- en décidant que les délais de préavis ne prendraient cours que le lundi suivant la notification;
- en prescrivant la suspension du délai de préavis à la suite de certains événements, par exemple la maladie de l'ouvrier;
- en augmentant les indemnités pour défaut de préavis;
- en disposant que certains empêchements de travail ne font que suspendre l'exécution du contrat et ne le rompent pas.

L'égalité des parties a été rompue:

- les délais de préavis prescrits sont plus longs lorsque c'est l'employeur qui prend l'initiative du congé que lorsque c'est l'ouvrier;
- ils ne sont impérativement imposés qu'en faveur de l'ouvrier;
- les ouvriers ont droit au salaire de la journée entière dès qu'ils se présentent au travail, même si un événement de force majeure qui les atteint les empêche de travailler;
- les ouvriers ne sont responsables en cas de malfaçon ou en cas de détérioration de matériel que s'ils ont commis une faute lourde ou une faute habituelle dans leur chef.

En 1960, de nouvelles dispositions tendent à garantir le gain hebdomadaire de l'ouvrier même si le travail est suspendu soit pour une cause tenant à sa personne soit à la suite d'un événement qui affecte l'entreprise.

13. La loi du 7 août 1922 a été principalement modifiée par la loi du 11 mars 1954. Ici également, c'est l'amélioration de la stabilité de l'emploi qui est le but principal de l'intervention législative:

- les délais de préavis sont augmentés spécialement au profit des employés qui ont une certaine ancienneté dans l'entreprise;
- ils sont suspendus à la suite de certains événements;
- il est interdit de notifier un congé au cours des six premiers mois d'incapacité d'un employé.

Notons aussi: protection de l'employé contre la pratique des quittances pour solde de tous comptes, protection de l'employé en cas de mort de l'employeur.

Les lois du 8 mai 1959 et du 10 décembre 1962 visent (7), par de nouvelles modifications et additions, la protection des employés engagés pour une durée déterminée de plus de trois mois.

14. Les lois des 4 mars 1954 et 20 juillet 1960 tendent à rapprocher le statut de l'ouvrier de celui de l'employé. Sans doute, ces deux catégories de salariés sont régies par deux lois parallèles et, encore à l'heure actuelle, l'employé est toujours plus favorisé que l'ouvrier. Il en est, en tout cas, ainsi en matière de stabilité de l'emploi. Toutes choses égales, un employé a droit à un délai de préavis de congé plus long que celui donné à l'ouvrier. Par exemple, un employé qui compte 21 ans de services chez le même employeur a droit à un préavis de 15 mois, un ouvrier qui a la même ancienneté a droit à un préavis de 56 jours. Mais les techniques de protection qui dès 1922 avaient été mises en vigueur au profit des employés ont été introduites dans la loi sur le contrat de travail. Nous citerons, par exemple:

- préavis d'ordre public en faveur du salarié;
- préavis plus long pour le salarié que pour l'employeur;
- délai de préavis augmenté en considération de l'ancienneté du salarié;
- délai de préavis ne commençant qu'à la fin d'une période donnée (le mois en cours pour l'employé, la semaine en cours pour l'ouvrier);
- suspension du délai de préavis à la suite de certains événements;
- suspension et non rupture du contrat à la suite de certains événements;

---

(7) Ainsi qu'une loi du 10 décembre 1962.

- maintien du salaire alors qu'il y a empêchement de travailler;
- nécessité d'un écrit pour la validité d'une clause d'essai ou de la limitation de la durée de l'engagement;
- fixation d'une durée maximum de la clause d'essai;
- obligation d'indiquer les fonctions exercées dans le certificat de travail.

La loi du 20 juillet 1960 sur le salaire hebdomadaire garanti est particulièrement significative à cet égard. Pratiquement, les employés ont leur traitement mensuel garanti quels que soit les événements qui surviennent au cours d'un mois. La loi nouvelle tend à faire bénéficier les ouvriers d'un avantage analogue, mais la période de référence est d'une semaine seulement.

#### § 5. LE LOUAGE DE SERVICES ET L'INSERTION DU SALARIÉ DANS L'ENTREPRISE

15. Nous avons vu que les auteurs de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail considéraient essentiellement le contrat de travail comme un contrat répondant à l'esprit du code civil et régi par ses principes. Par préterition, la loi du 7 août 1922 maintient également le contrat d'emploi dans l'aire d'application des principes relatifs aux contrats et aux dispositions conventionnelles en général.

Mais dans une étude qui porte plus largement sur la *relation de travail* et permet de n'envisager le contrat que comme une technique susceptible de réaliser cette relation, il n'est pas sans intérêt de rechercher si les législations sur le contrat de travail et sur le contrat d'emploi ne vont pas à certains égards au delà du code civil.

Ne supposent-elles pas qu'ils n'y a pas seulement des relations d'homme à homme entre les deux parties, l'employeur et le salarié considérés individuellement mais, en outre, insertion du salarié dans un ensemble composé d'une pluralité de participants: l'entreprise?

Quelques dispositions de la loi sur le contrat de travail permettent de l'affirmer en ce qui concerne les ouvriers. Nous en trouvons déjà dans le texte originaire de cette loi. Il y en a de nouvelles depuis 1954.

La loi du 10 mars 1900 traite des obligations des parties en matière de sécurité, de moralité et, même, d'égarde, dans des termes qui supposent que l'ouvrier est, par l'embauchage, inséré dans une institution.



En matière de sécurité, l'article 7 dispose que l'ouvrier a l'obligation... de s'abstenir de tout ce qui pourrait nuire soit à sa propre sécurité, soit à celle de ses compagnons ou de tiers et l'article 20 prévoit qu'il peut être congédié sans préavis, lorsqu'il compromet par son imprudence la sécurité de la maison, de l'établissement ou du travail.

L'article 11 fait obligation au chef d'entreprise de tenir une boîte de secours pour premiers soins médicaux constamment à la disposition du personnel. Dans le texte primitif de la loi, cette obligation était limitée aux usines occupant plus de dix ouvriers.

Quant à la moralité, l'article 11 décide que le chef d'entreprise a l'obligation d'observer et de *faire observer* les bonnes moeurs et les convenances pendant l'exécution du contrat.

Enfin, l'article 20 décide que le chef d'entreprise peut congédier l'ouvrier sans préavis... lorsqu'il se rend coupable d'un acte d'improbité, de voie de fait ou d'injure grave à l'égard du chef *ou du personnel* de l'entreprise, et l'article 21 dispose que l'ouvrier peut rompre l'engagement sans préavis lorsque le chef d'entreprise tolère de *la part de ses préposés* des actes d'improbité, de voies de fait ou d'injure grave à l'égard de l'ouvrier.

Plus largement encore, la loi fait allusion à ce qu'il y a une discipline dans l'entreprise. Aux termes de l'article 20, l'ouvrier peut être congédié sur l'heure lorsqu'il manque gravement à ses obligations relatives au bon ordre, à *la discipline de l'entreprise* et à l'exécution du contrat. La loi faisait même allusion au règlement d'atelier. Dans son texte primitif, elle décidait que dans les entreprises où le règlement d'atelier est obligatoire, il n'y a lieu à *préavis* que si le règlement l'exige.

La loi du 4 mars 1954 a accentué cette vocation à l'institutionnalisation de la situation de l'ouvrier. Elle fait participer l'ouvrier aux avatars de l'entreprise en permettant à l'employeur de décider la suspension temporaire de l'exécution du contrat à la suite de manque de travail résultant de causes économiques. Elle prévoyait que la suspension devait faire l'objet d'une notification *aux ouvriers*. Depuis le 20 juillet 1960, c'est une notification *par affichage* qui est prescrite.

Ajoutons enfin qu'une loi du 20 juillet 1961 introduit dans la loi sur le contrat de travail et dans la loi sur le contrat d'emploi une disposition mettant à charge de l'employeur l'obligation de consacrer l'attention et les soins nécessaires à l'accueil des travailleurs, et en particulier, des jeunes travailleurs.

Malgré le concept contractualiste qui domine les lois sur le contrat de travail et sur le contrat d'emploi, les obligations impératives qui, en nombre sans cesse plus grand, sont inscrites tant dans les lois organiques de ces contrats que dans les autres lois sociales et imposées aux employeurs, leur donnent la charge et la dignité de diriger des services d'emploi, non plus d'une force de travail, mais de personnes qui, légitimement, postulent considération et garanties adéquates.

#### § 6. LE LOUAGE DE SERVICES FONDEMENT DU DROIT DU TRAVAIL

16. La plupart des lois de réglementation du travail et de sécurité sociale précisent qu'elles s'appliquent aux relations résultant d'un contrat de louage de services unissant un employeur responsable de leur application à un salarié protégé par elles.

A cet effet, l'expression louage de services est employée:

- par la loi du 4 août 1930 relative aux allocations familiales pour salariés;
- par l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale;
- par les lois coordonnées du 9 mars 1951 relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés;
- par l'arrêté-loi du 25 février 1947 relatif aux jours fériés payés.

La loi du 10 juillet 1952 concernant la sécurité et l'hygiène du travail est applicable aux personnes occupant des travailleurs en vertu d'un contrat de louage de travail.

Les lois coordonnées du 28 décembre 1931 sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail s'appliquent aux accidents dont les salariés sont victimes au cours et par le fait de l'exécution d'un contrat de travail, d'un contrat d'emploi, d'un contrat d'apprentissage ou d'un contrat de louage de services domestiques.

La loi du 17 juillet 1905 établissant le repos dominical détermine les travailleurs bénéficiaires en employant exactement les mêmes termes que la loi du 10 mars 1900: ceux qui effectuent un travail sous la direction, l'autorité et la surveillance d'un chef d'entreprise.

La loi du 21 mai 1955 relative à la pension de retraite et de survie des ouvriers organise un régime de pensions pour les travailleurs qui ont été occupés en exécution de tous les contrats de louage de travail, à l'exception des employés, tandis que la loi du 12 juillet 1957 relative à la pension de retraite et de survie des employés orga-

nise un régime de pensions au profit des travailleurs qui ont été occupés en exécution d'un contrat d'emploi.

En résumé, l'applicabilité des lois relatives à la réglementation du travail, au risque professionnel et à la sécurité sociale est dominée par le concept de louage de services. Tout au plus pourrait-il y avoir matière à controverse, faute de précision dans les textes, au sujet des lois sur la limitation de la durée du travail et sur le travail des femmes et des enfants.

Des lois sociales, il est vrai, concernent les travailleurs indépendants, il y a un régime d'allocations familiales pour non-salariés et un régime de pension pour travailleurs indépendants mais ils sont l'un et l'autre établis par des lois séparées nettement distinctes de celles qui, pour les mêmes matières, concernent les salariés.

## CHAPITRE I

### LE MÉCANISME JURIDIQUE DU LOUAGE DE SERVICES

#### *Section I*

#### *LA NOTION DE LOUAGE DE SERVICES*

##### § 1. DÉFINITION ET CRITÈRE JURIDIQUE

17. Il n'y a pas de loi relative à l'ensemble des louages de services. Des lois parallèles concernent les espèces les plus courantes d'entre-eux. Il n'y a donc pas de définition légale du louage de services.

Le louage de services est le contrat par lequel une personne s'engage, contre rémunération, à mettre d'une manière continue, ou tout au moins échelonnée, son activité au service d'une autre personne et à l'exercer sous la direction de celle-ci.

Le louage de services est un contrat à titre onéreux, il implique une rémunération<sup>(8)</sup>. Une promesse de travail gratuit, un apprentissage gratuit ou un stage gratuit sont exclus.

En concluant un louage de services, un travailleur promet son activité, ses prestations successives et renouvelées à titre de moyen et non un ou plusieurs résultats déterminés. Un travailleur qui, occupé le reste du temps par un emploi principal ou par une activité indé-

---

(8) Code civil, art. 1710.

pendante, ne s'engage que pour quelques jours par mois ou que pour quelques heures par jour est néanmoins partie à un louage de services (9).

Le locateur de services s'engage à fournir son travail en état de subordination. Il doit travailler sous la direction de l'employeur.

Il y a cependant des nuances dans le degré de subordination. Pour qu'il y ait louage de services, il suffit que le travailleur s'engage à des prestations à accomplir selon les directions générales de l'employeur. Aussi certains travailleurs à domicile sont considérés comme locateurs de services. Nous verrons, au contraire, que l'ouvrier partie à un contrat de travail et que l'employé partie à un contrat d'emploi s'engagent à travailler non seulement sous la direction mais aussi sous l'autorité et la surveillance de l'employeur, autorité et surveillance que l'employeur peut exercer à tout moment au cours de l'exécution du travail.

Il peut y avoir louage de services, même si la rémunération est fixée à la pièce.

Un contrat de louage de services peut être conclu entre personnes parentes ou alliées.

## § 2. DISTINCTION DU LOUAGE DE SERVICES ET DES CONVENTIONS VOISINES

### A - Contrat d'entreprise

18. Par le contrat d'entreprise, l'entrepreneur d'ouvrage se charge d'un travail qu'il accomplit sous sa responsabilité, sans être tenu d'obéir aux ordres de l'autre partie. Tantôt, il promet un résultat (ressemelage d'une chaussure, construction d'une maison). Tantôt, il promet ses soins, il promet, à titre de moyen, son activité exercée selon les règles de l'art (médecin).

L'absence complète de subordination distingue le travailleur indépendant, l'artisan, l'entrepreneur du salarié.

Les personnes qui se sont préparées à l'exercice d'un *ars liberalis*, par exemple les médecins, ont la faculté de placer leur vie professionnelle sous deux statuts:

- ou bien elles s'installent de façon indépendante à leur compte et proposent à la clientèle l'exercice de leur profession libérale,
- ou bien elles s'engagent chez un employeur, par exemple, un médecin est embauché au service d'un hôpital, au service d'un

---

(9) Cass. 29 septembre 1960. Pas. 1961. I. 104.

établissement industriel et y examine ou soigne les personnes désignées par l'employeur, au temps, au lieu et selon les conditions fixées par l'employeur qui exerce sur eux une certaine autorité, en ce cas ils sont parties, comme employés à un contrat d'emploi.

Il en est de même des pharmaciens, des architectes, des docteurs en droit, etc. Ni leur haute qualification intellectuelle, ni le fait qu'ils exercent leur art selon une technique que ne connaît pas l'employeur au service duquel ils se sont placés ne font obstacle à ce qu'ils soient parties à un contrat d'emploi<sup>(10)</sup>.

En ce qui concerne l'applicabilité aux journalistes de la loi sur le contrat d'emploi, la jurisprudence est divisée.

### B - Contrat de société

19. La société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Toutes les parties supportent le risque de l'entreprise commune. Au contraire, chef d'entreprise et salarié ont des positions bien distinctes. Si même tous deux s'attachent au développement d'une même affaire, le premier en assume seul tous les risques et en reçoit les avantages. Le second est à l'abri des risques et reçoit une rémunération selon des bases convenues à l'avance.

Même lorsque le travailleur est payé par une participation dans les bénéfices, il est partie à un contrat de louage de services et non à un contrat de société dès qu'il ne doit pas participer aux pertes<sup>(11)</sup>. Par le fait d'un contrat de société, aucun des contractants n'est placé sous la subordination du ou des autres<sup>(12)</sup>.

Il peut arriver qu'un ouvrier soit au sujet d'une même affaire à la fois partie à un contrat de travail et à un contrat de société. Il en

(10) Voyez en ce sens: H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil*, t. IV, n° 846; Fontaine, *Note à la Jurisprudence commerciale de Bruxelles* 1924. 164; Mme Gevers, *Note sous Civ. Charleroi* 3 juillet 1951. R. Gr. J. B. 1952. 173; P. Horion, *Les salariés intellectuels diplômés et les salariés chargés d'un travail de création peuvent-ils être des employés?* J. L. O. 1944. p. 1; L. Morgenthal, *La subordination*. R. D. S. 1960, p. 153, et références de jurisprudence. En outre, jurisprudence récente: C. P. App. Liège 21 avril 1952. J. T. 1954. 138; C. P. App. Bruxelles 2 mars 1953. R. D. S. 1953. 113; App. Bruxelles 8 janvier 1958. Jur. Comm. Brux. 1958. 96; App. Liège 22 juin 1958. J. Lg. 1958-1959. 116; App. Liège 22 janvier 1959 J. T. 1959. 184; App. Liège 26 janvier 1961. J. Lg. 1960-1961. 178; App. Liège 13 avril 1961. J. Lg. 1960-1961. 233.

(11) Cass. 25 septembre 1947. Pas. 380. *Revue critique de jurisprudence belge* 1948-200 et note Horion.

(12) Jugé que: constatant que dans l'exécution de travaux une personne se trouvait unie par des liens de subordination à un patron, le juge décide légalement que cette personne n'exécutait pas ces travaux en qualité d'associé de ce patron, mais était au service de celui-ci et était, en conséquence, partie à un contrat de louage de services (Cass. 27 janvier 1961. - Pas. 1961, I. 567).

est ainsi lorsque des ouvriers constituent ensemble une coopérative de production, nomment un gérant parmi eux ou hors d'eux et puisqu'ils s'engagent à travailler sous la direction de ce gérant.

### C - Contrat de mandat

20. Le mandat est le contrat par lequel une personne charge une autre personne d'accomplir, pour son compte et en son nom, un acte *juridique*.

Par le contrat de louage de services, l'employeur fait exécuter par le salarié des actes *matériels* (travaux manuels, travaux de bureau, études, soins, etc.)

Il arrive fréquemment que des employés investis d'un poste de direction ou de confiance soient, en outre de leurs prestations matérielles, chargés d'accomplir des actes juridiques pour le compte et au nom de l'employeur, ainsi des directeurs de succursale chargés d'engager du personnel, des commis-voyageurs chargés de faire la recette et de délivrer quittance. En ce cas, les parties sont unies par deux contrats ou deux groupes de contrat, d'une part louage de services pour l'ensemble des prestations matérielles, d'autre part un ou plusieurs mandats pour la représentation à chaque acte ou chaque groupe d'actes juridiques.

Il y a aussi le cas des administrateurs de société (mandataires de la société) qui sont en même temps engagés pour des prestations au service de la société, par exemple en qualité de directeurs ou de comptables. Si ces prestations sont bien distinctes de leurs missions normales d'administrateurs et sont accomplies dans un état de subordination effective, ces administrateurs sont les employés de la société.

### D - Contrat de louage de choses

21. Des relations entre le propriétaire d'un bien meuble ou immeuble et un travailleur qui veut gagner sa vie en exploitant ce bien peuvent faire l'objet d'un contrat de louage de choses portant sur la jouissance de ce bien et non d'un contrat de louage de services.

Ainsi:

- relations entre un propriétaire de voitures automobiles et un chauffeur;
- relations entre un propriétaire terrien et un fermier;
- relations entre le propriétaire d'un théâtre et la tenancière d'un vestiaire.

Il est très possible qu'il arrive, notamment dans le cas du chauffeur et dans celui de la tenancière de vestiaire, que le propriétaire ait choisi la formule de louage de choses plutôt que celle de l'embauchage en considération de la non application des lois sociales. Aucune disposition légale ne permet cependant d'assimiler ces travailleurs à des locateurs de services.

### § 3. DES DIVERSES VARIÉTÉS DE LOUAGES DE SERVICES

22. Des lois ayant trait à certaines espèces de louages de services, il importe d'énumérer ici les variétés de louages de services qui font l'objet de régimes juridiques distincts.

Notons en ordre principal:

A. *Le contrat de travail* fait l'objet de la loi du 10 mars 1900. Il s'agit du contrat par lequel un employeur engage un travailleur *manuel* pour des prestations à accomplir sous son *autorité* et sa *surveillance*.

Le contrat de travail ne concerne cependant pas les rapports entre maîtres et domestiques qui ne font actuellement l'objet d'aucune loi particulière. D'autre part, le contrat qui unit armateurs et marins fait l'objet de la loi du 5 juin 1928 et le contrat qui unit armateurs et bateliers de la navigation fluviale, de la loi du 1<sup>er</sup> avril 1936.

B. *Le contrat d'emploi* fait l'objet de la loi du 7 août 1922 (actuellement, lois coordonnées par arrêté royal du 20 juillet 1955). C'est le contrat par lequel un employeur engage un travailleur *intellectuel* (par exemple un travailleur de bureau) pour des prestations à accomplir sous son autorité et sa surveillance. L'ensemble des dispositions de la loi du 7 août 1922 n'est cependant applicable qu'aux contrats d'emploi dans lesquels la rémunération promise ne dépasse pas 180.000 francs par an.

La nature «manuelle» ou «intellectuelle» du travail est le seul élément qui permet de distinguer le contrat de travail et le contrat d'emploi. La périodicité du paiement de la rémunération est sans influence.

Les contremaîtres et les chefs ouvriers sont compris parmi les ouvriers.

Ces deux variétés de louages de services sont de loin les plus usuelles, aussi dans la suite du traité nous ne parlerons que d'elles.

23. C. *Le contrat de travail des marins ou contrat d'engagement maritime* est régi par la loi du 5 juin 1928.

D. *Le contrat de travail des bateliers de la navigation fluviale ou contrat d'engagement pour le service des bâtiments de navigation intérieure* est régi par la loi du 1<sup>er</sup> avril 1936.

E. *Le contrat d'apprentissage* par lequel un patron s'engage à enseigner un métier manuel à un apprenti qui s'oblige à travailler pour le patron, sous sa direction, son autorité et sa surveillance, est un louage de services lorsque le patron promet un salaire à l'apprenti. Le contrat d'apprentissage est régi par des dispositions de la loi du 22 germinal - 2 floréal an XI.

Toutefois, lorsque l'employeur veut bénéficier de subsides que l'État alloue pour favoriser la pratique de l'apprentissage, il doit passer un contrat d'apprentissage contrôlé par un «secrétariat d'apprentissage» et dont les clauses doivent répondre à des indications données par arrêté royal.

F. *Le contrat de louage de services à domicile* est réglementé par la loi du 10 février 1934 (actuellement lois coordonnées par arrêté royal du 5 avril 1952). Il s'agit du contrat par lequel un employeur engage un travailleur manuel pour des prestations à accomplir selon ses indications dans un lieu choisi par le travailleur. Remarquons que dans cette dernière variété de louage de services le travailleur n'exécute pas ses prestations sous l'autorité et la surveillance de l'employeur.

On pourrait, en doctrine, contester que, tout au moins dans certains cas, le contrat d'engagement d'un travailleur à domicile soit un louage de services. Notons, en tout cas, que le législateur le classe expressément parmi les louages de services <sup>(13)</sup>.

24. Il y a, d'autre part, des variétés de louages de services qui ne font l'objet d'aucune loi particulière.

Notons:

G. *Le louage de services des domestiques et gens de maison*

Il faut entendre par là le contrat par lequel un particulier engage un domestique (logeant ou non) pour le service de sa personne, de son ménage ou de sa maison <sup>(14)</sup>. Le domestique fournit des prestations manuelles.

(13) Cf. Arrêté-loi du 28 décembre 1944 sur la sécurité sociale, art. 2, alinéas 1 et 2.

(14) Cass. 4 décembre 1952. Pas. 1953. I. 213; Cass. 10 juin 1954, Pas. 1954. I. 865; Cass. 12 janvier 1956; Pas. 1956. I. 452; Cass. 12 juillet 1957. Pas. 1957. I. 1963.



H. *Le contrat d'emploi «supérieur»* c'est-à-dire le contrat d'emploi dans lequel la rémunération promise dépasse 180.000 francs par an. Une partie seulement des dispositions de la loi du 7 août 1922 sont exceptionnellement applicables à ce contrat.

I. *Le contrat de louage de services des directeurs* d'entreprises exploitées par une personne morale (société commerciale, association sans but lucratif, certaines personnes morales de droit public). Il s'agit de directeurs qui sont en rapport direct avec le conseil d'administration et qui ont sous leurs ordres tous les autres membres du personnel. Ces directeurs ne travaillent pas sous une autorité qui s'exerce pendant leurs prestations, sous la surveillance du conseil, mais selon ses indications, sous sa direction. Il y a louage de services, mais il n'y a pas contrat d'emploi.

Notons cependant qu'une partie de la doctrine estime qu'il y a contrat d'emploi en l'espèce.

25. Il y a lieu, enfin, de dire quelques mots de deux situations spéciales.

J. *Le contrat de réadaptation professionnelle*

L'arrêté du Régent du 26 mai 1945 sur le placement et le soutien des chômeurs involontaires traite de la réadaptation des chômeurs. Une des méthodes de réadaptation prévues consiste en ce que, à l'initiative et sous le contrôle de l'administration du chômage, le chômeur contracte avec un employeur un contrat de réadaptation professionnelle. Cette catégorie nouvelle, prévue exclusivement par un règlement, tient à la fois du contrat de travail et du contrat d'apprentissage. Selon les éléments de chaque espèce, il y a lieu de classer le contrat de réadaptation professionnelle dans l'une ou l'autre de ces deux variétés légales de louages de services.

K. *Le contrat de formation professionnelle accélérée*

La loi du 14 février 1961 (dite «loi unique») consacre un titre aux questions de chômage et d'emploi. Ses articles 15 à 17 prévoient l'existence de contrats de formation professionnelle accélérée. L'article 15 décide que les dispositions des lois sur le contrat de travail ou sur le contrat d'emploi ne sont pas applicables aux contrats de formation professionnelle accélérée.

#### § 4. SECTEUR PUBLIC

26. Pendant de nombreuses années, il n'a guère été contesté que les agents de l'État, des provinces, des communes et des établissements

publics de diverses catégories qui n'étaient pas revêtues d'un «imperium», c'est-à-dire les employés d'exécution et les ouvriers, étaient liés envers l'administration qui les employait par un contrat de louage de services. Ainsi, pendant un demi-siècle, la loi sur les accidents du travail, qui, comme nous l'avons indiqué, concerne les accidents survenus au cours et par le fait de l'exécution du contrat de travail et du contrat d'emploi, leur était appliquée. De très nombreuses décisions judiciaires ont été rendues en ce sens.

Cependant, des arrêtés royaux sont intervenus qui, pour certains d'entre eux, mais pas pour tous, ont organisé des statuts qui ont paru à certains incompatibles avec le concept contractuel.

Au cours des dernières années, la Cour de cassation a, à de nombreuses reprises, décidé que des agents des communes ou de certains établissements publics étaient liés envers leur administration par un statut et non par un contrat.

La Cour de cassation vient de rendre il y a quelques temps dans l'affaire Société nationale des distributions d'eau (association de pouvoirs publics créée sous la forme d'une société de droit privé) un arrêt de principe <sup>(15)</sup>.

Elle a décidé que le législateur a laissé à cette société, en ce qui concerne l'engagement de son personnel, le choix entre le régime du statut de droit public et le régime contractuel mais que le caractère public de cette association implique que le régime juridique de son personnel est normalement le régime statutaire.

*A fortiori*, y a-t-il lieu de présumer que les agents même temporaires des pouvoirs publics et des établissements publics *sensu stricto* sont sous régime statutaire et non sous régime contractuel.

Mais ce n'est pas là une situation qui se vérifie dans tous les cas. Il arrive assez souvent, en effet, que des communes et des établissements publics engagent des agents sous contrat.

Il s'agit alors de contrats de louage de services.

La loi sur le contrat de travail et les lois coordonnées relatives au contrat d'emploi s'appliquent aux salariés occupés par l'État, les provinces, les communes et les établissements publics qui ne sont pas régis par une situation statutaire.

---

(15) Cass. 29 avril 1960. I. 1000.

## § 5. AUTRES CLASSIFICATIONS DES LOUAGES DE SERVICES

27. Les contrats de louage de services peuvent être classés en fonction de la limitation de leurs effets dans le temps.

Ils peuvent être conclus pour une durée indéterminée. C'est, de loin, le cas le plus général. Dans ce cas, chacune des deux parties peut y mettre fin par un congé donné à l'autre mais, hors le cas de faute grave, ce congé ne peut être donné qu'en observant un délai de préavis de congé.

Ils peuvent aussi être conclus pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée.

Ils peuvent, enfin, être affectés d'une clause d'essai qui permet à chacune des parties d'y mettre fin au cours d'une période limitée.

En ce qui concerne les contrats de travail et les contrats d'emploi, les clauses qui en limitent les effets dans le temps et les clauses d'essai doivent, à peine d'inexistence, être constatées par écrit.

28. On peut aussi classer les contrats de louage de services d'après le débiteur de la rémunération.

Normalement, c'est l'employeur qui doit payer la rémunération convenue. Mais les parties peuvent convenir que la rémunération sera payée par un tiers et il y a même des professions dans lesquelles cette clause correspond à l'usage. Cette situation n'est pas exclusive de la notion de louage de services.

En ce cas, le patron est la personne qui en vertu du contrat exerce autorité sur le salarié et non le débiteur du salaire.

De la sorte, sont considérés comme parties à des contrats de travail ou à des contrats d'emploi:

- le personnel des hôtels, restaurants et cafés,
- les ouvreuses de théâtre,
- les garçons coiffeurs,
- les chauffeurs de taxis,
- les porteurs des gares,
- les grutiers des ports,

lorsque ces personnes sont engagées par un employeur pour travailler sous son autorité, sa direction et sa surveillance.

*Section II***LA CONCLUSION DU LOUAGE DE SERVICES****§ 1. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU LOUAGE DE SERVICES**

29. Le consentement des parties est une condition essentielle de la formation du contrat. Le consentement doit être donné par des personnes capables.

Les normes du consentement de chacune des deux parties, y compris les règles relatives aux vices du consentement, sont celles du code civil. Ce consentement peut être donné par mandataire.

Il est un cas où la loi sur le *contrat de travail* présume le mandat *juris et de jure*.

Lorsque des ouvriers *engagés dans les liens d'un contrat de travail* doivent, en vue de l'exécution de travaux convenus, organiser ou conduire des groupes ou brigades, ils sont, de plein droit, présumés agir à titre de mandataires du chef d'entreprise, dans leurs rapports avec les ouvriers faisant partie de ces groupes ou brigades. Nulle preuve n'est admise contre cette présomption (loi 10 mars 1900, art. 2).

De cette façon, les chefs d'entreprise ne peuvent décliner la responsabilité des actes commis par les chefs de brigade en qualité de mandataire. Il n'y a pas de disposition analogue dans la loi sur le contrat d'emploi.

30. Les obligations de chacune des deux parties doivent avoir une cause et un objet licites.

Le contrat de louage de services est un contrat synallagmatique. La cause de l'obligation de chaque partie est constituée par l'objet de l'obligation de l'autre.

Est illicite et sans effet une convention contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs (C. civ., art. 1133) c'est-à-dire une convention que les deux parties ont conclue en vue d'atteindre un but contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

En matière de contrat de louage de services, il en est ainsi:

1° des contrats conclus en vue d'une activité contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. Exemple: engagement pour un travail de transport d'explosifs en vue d'un attentat;

2° des contrats dont un des éléments essentiels est, dans son ensemble, contraire à une disposition légale prohibitive. Exemples: engagement à vie (C. civ., art. 1780, loi du 10 mars 1900, art. 5, loi du 7 août 1922, art. 1); engagement d'un enfant de moins de 14 ans (lois coord. du 28 février 1919, art. 3); engagement d'une femme pour les travaux souterrains des mines (lois coord. du 15 septembre 1919, art. 54).

31. Notons, toutefois, que les nullités résultant de la violation de lois de réglementation du travail en vue de protéger les travailleurs qu'elle concerne, sont considérées, pour le passé, dans les rapports entre parties, comme des nullités relatives que seul le salarié peut faire valoir <sup>(16)</sup>.

#### § 2. CAPACITÉ DES PARTIES

32. La capacité de s'engager comme employeur dans les liens d'un contrat de louage de services est réglée exclusivement par le code civil.

Quant à la capacité de s'engager comme salarié, elle fait l'objet de dispositions inscrites aux articles 29 à 41 de la loi du 10 mars 1900 et qui ont pour effet d'assouplir les principes d'incapacité du mineur d'âge et de la femme mariée. Ces dispositions ont été étendues aux contrats d'emploi conclus pour une rémunération qui ne dépasse pas 180.000 francs par an.

Les dispositions relatives à la capacité de la femme mariée ont pratiquement perdu tout intérêt par suite de modifications apportées ultérieurement au code civil. Certaines d'entre elles ont été explicitement abrogées.

33. Le mineur est capable d'engager son travail moyennant l'autorisation expresse ou tacite de son père ou de son tuteur (loi 10 mars 1900, art. 34, al. 1). L'autorisation tacite résulte notamment du fait que le père a connaissance de l'engagement et ne proteste pas.

En cas de refus d'autorisation paternelle ou tutélaire, il peut y être suppléé par le juge de paix. Le juge de paix intervient, soit d'office, soit sur réquisition d'un membre de la famille, mais le père ou le tuteur doit être entendu ou appelé (art. 34, al. 2).

Si le mineur a contracté sans autorisation le contrat est frappé de nullité relative.

---

(16) Cass. 7 juin 1928 et conclusions Paul Leclercq, Pas. 1928. I. 175.

Le chef d'entreprise remet valablement au mineur son salaire, sauf opposition à lui notifiée par le père ou le tuteur (art. 35).

Si l'intérêt du mineur l'exige, le juge de paix peut, soit d'office, soit sur simple réquisition d'un membre de la famille, et après avoir entendu ou appelé le père et les autres intéressés, autoriser le mineur à encaisser la rémunération de son travail et à en disposer en tout ou en partie, ou lui désigner un tuteur *ad hoc*, toujours révocable, chargé de disposer de cette rémunération pour les besoins de son pupille (art. 36).

Le chef d'entreprise peut, aussi, remettre valablement le salaire en mains du père ou du tuteur.

### § 3. FORME DU LOUAGE DE SERVICES

34. Le contrat de louage de services est consensuel. Il est parfait par le seul concours de la volonté des parties.

Si la conclusion d'un contrat de louage de services n'est jamais subordonnée à sa constatation par écrit, la *clause* d'un contrat de travail ou d'un contrat d'emploi *qui en limite la durée* doit, à peine d'inexistence, être constatée par écrit.

A défaut d'écrit constatant, au moment de l'engagement, la clause qui limite les effets du contrat à une période d'essai, à une durée déterminée ou à une entreprise déterminée, le contrat est soumis aux dispositions légales relatives aux engagements conclus pour une durée indéterminée (loi 10 mars 1900, art. 5 bis; loi 7 août 1922, art. 4).

Précisons bien que l'écrit est une condition d'existence et non un mode de preuve de la clause qui limite les effets du contrat dans le temps<sup>(17)</sup>.

En matière de *contrat de travail*, il y a cependant une restriction à l'obligation de l'écrit. La constatation par écrit d'un contrat conclu pour une durée ou pour une entreprise déterminées n'est toutefois pas requise dans les branches d'industrie ou pour les catégories d'ouvriers où ce mode d'engagement est admis par la commission paritaire ou correspond à l'usage (loi 10 mars 1900, art 5 bis)<sup>(18)</sup>. Cette restriction n'existe pas en matière de *contrat d'emploi*.

(17) Cass. 5 décembre 1935. Pas. 1936. I. 77; C. P. App. Liège 23 novembre 1938. J. Lg. 1939. 127. C. P. App. Bruxelles 29 juin 1948 J. T. 1948, 463; C. P. App. Liège 19 février 1953. L. Lg. 1952. 153, 222.

(18) Cons; Cass. 11 juillet 1957. Pas. 1057. I. 1358; C. P. App. Liège 22 février 1958; J. Lg. 1957. 1958, 221, R.D.S. 1958. 187 et note Horion in Rev. crit. jur. bg. 1960 p. 63, n° 7.

## § 4. PREUVE DU CONTRAT DE LOUAGE DE SERVICES

35. L'article 4 de la loi du 10 mars 1900 dispose qu'en matière de *contrat de travail*, la preuve testimoniale est admise, à défaut d'écrit, quelle que soit la valeur du litige.

La législation sur le contrat d'emploi ne contient pas de disposition analogue. Aussi, à l'égard d'une partie qui n'a pas la qualité de commerçant — ce sera toujours le cas de l'employé — les restrictions à l'admissibilité de la preuve testimoniale édictées par le code civil sont applicables: il n'est reçu aucune preuve par témoin pour toutes choses excédant la somme ou la valeur de 3.000 francs.

## § 5. LA RESCISION DU CONTRAT D'EMPLOI

36. La loi du 7 août 1922 sur le contrat d'emploi a organisé la rescision du contrat pour cause de lésion de l'employé.

Le contrat d'emploi peut, nonobstant toute convention contraire, être rescindé lorsqu'il est établi que la rémunération accordée est inférieure de plus de la moitié à celle qui eût dû lui être allouée normalement suivant les usages de la région. L'action en rescision doit, à peine de déchéance être intentée au plus tard dans les six mois de la conclusion de la convention. En prononçant la rescision, le juge allouera des dommages et intérêts s'il y a lieu (art. 6).

Cette disposition ne concerne que les contrats d'emploi dont la rémunération convenue ne dépasse pas 180.000 francs par an.

Il n'y a pas de disposition analogue en matière de contrat de travail.

*Section III*

## LES EFFETS DU LOUAGE DE SERVICES

## § 1. LE LOUAGE DE SERVICES, CONVENTION SYNALLAGMATIQUE

37. Le contrat de louage de services est un contrat synallagmatique. La cause de l'obligation de chaque partie est constituée par l'objet de l'obligation de l'autre.

Le principe est donc qu'il y a interdépendance des obligations des deux parties. Chaque partie ne peut réclamer à l'autre l'exécution de ses engagements, si, de son côté, elle n'exécute pas ou n'offre pas d'exécuter ses propres engagements. C'est la règle de l'*exceptio non adimpleti contractus*.

Ainsi, un ouvrier qui a été embauché à un salaire horaire s'est croisé les bras pendant une heure qu'il aurait dû consacrer au travail ou encore n'a fourni que des prestations manifestement insuffisantes, le patron peut refuser de lui payer le salaire ou le salaire entier.

Il faut cependant noter que l'*exception non adimpleti contractus* ne peut pleinement jouer qu'en ce qui concerne des obligations que les parties ont librement convenues.

Or, les dispositions légales impératives qui affectent les contrats de louage de services sont nombreuses et variées. Les unes sont inscrites dans les lois consacrées à ces contrats (par exemple: maintien du salaire malgré la suspension du travail due à un accident corporel) les autres dans des lois de réglementation du travail (par exemple, arrêté-loi sur les jours fériés payés).

Une partie ne peut invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus* pour se dispenser d'une obligation imposée par une disposition légale impérative. Ainsi, un patron ne pourrait s'abstenir de payer les suppléments de salaire dus pour les heures supplémentaires de travail parce qu'il aurait été révélé que le travailleur avait, au cours des heures normales, fourni un travail insuffisant, ainsi encore il ne pourrait s'abstenir de pourvoir à la rémunération des vacances annuelles payées pour un motif analogue.

L'obligation de veiller à la sécurité de l'ouvrier doit être accomplie quels que soient les manquements de celui-ci.

## § 2. L'ÉNUMÉRATION LÉGALE DES OBLIGATIONS DES PARTIES ET SA PORTÉE RELATIVE

38. La loi du 10 mars 1900 énumère les obligations de l'ouvrier et puis celles du patron. Conçues dans l'esprit du code civil, les indications qu'elle donne, à ce sujet, s'effacent devant la volonté des parties. Ce n'est qu'exceptionnellement que la loi prescrit des obligations malgré toutes conventions contraires, il en est ainsi, par exemple, en matière de sécurité du travail.

En énumérant les obligations qu'elle libelle, la loi n'a d'autre portée que de présumer ce qu'il est normal de penser que les parties ont voulu.

La portée de ces dispositions légales est limitée:

D'abord, les parties ont, lors de l'engagement, le loisir de déroger à la plupart de ces dispositions. Mais admettons tout de suite que cette observation est assez théorique. Il n'est vraiment pas courant



que lors d'un embauchage, les parties se mettent d'accord sur autre chose que le genre de travail et le taux du salaire. Mais le législateur a donné lui-même à l'employeur le moyen pratique de mettre en vigueur dans son établissement d'autres règles que celles qui sont énumérées dans la loi de 1900: la loi du 15 juin 1896 sur les règlements d'atelier impose aux chefs des entreprises industrielles et commerciales de mettre en vigueur un règlement d'atelier et leur donne la faculté d'y insérer toutes les clauses qu'il leur plait.

Le règlement d'atelier est l'exposé écrit des conditions du travail, rédigé par le patron et porté à la connaissance des ouvriers dans les formes prévues par la loi du 15 juin 1896. Le règlement d'atelier lie les parties pour toute la durée de l'engagement. Ses dispositions s'intègrent dans les contrats de travail. Il reste obligatoire aussi longtemps qu'il n'a pas été modifié suivant les formalités et dans les délais prévus par la loi <sup>(19)</sup>.

Le règlement d'atelier peut ainsi se substituer aux dispositions de la loi du 10 mars 1900 qui énumèrent et libellent les obligations des parties.

39. D'autre part, depuis la loi du 10 mars 1900, se sont multipliées les dispositions impératives des lois de réglementation du travail et des lois de sécurité sociale qui limitent l'autonomie de la volonté. Depuis 15 ans s'y ajoutent les dispositions des décisions de commission paritaire rendues obligatoires par arrêté royal. Aussi, importe-t-il peu, par exemple, que les parties aient convenu que l'ouvrier devra travailler 60 heures en une semaine, depuis que la loi du 14 juin 1921 a fixé le maximum hebdomadaire à 48 heures et depuis que, dans plusieurs branches industrielles, des décisions de commission paritaires ont indiqué un maximum hebdomadaire de 45 heures.

### § 3. LE RÈGLEMENT D'ATELIER

40. L'influence du règlement d'atelier sur la consistance des obligations des parties est telle qu'il est indispensable de lui consacrer un exposé spécial. Mais notons qu'il ne concerne que les ouvriers et ne peut s'appliquer aux employés.

La loi du 15 juin 1896 impose aux chefs des entreprises industrielles et commerciales de rédiger un règlement d'atelier et de le mettre en vigueur en observant la procédure de publicité qu'elle insti-

---

(19) Cass. 6 novembre 1952. Pas. 1953. I 137.

tue. Notons, cependant, que la loi du 20 septembre 1948 qui institue les conseils d'entreprise est applicable dans les entreprises qui occupent d'une manière permanente plus de 150 travailleurs<sup>(20)</sup>. Elle décide que les conseils d'entreprise ont pour mission d'élaborer et de modifier, dans le cadre de la législation sur la matière, le règlement d'atelier (art. 15, litt. D).

La loi de 1948 n'a modifié aucune disposition de la loi de 1896 sur les règlements d'atelier. Il en résulte donc que si, statuant à l'unanimité, le conseil d'entreprise rédige le règlement d'atelier, c'est encore le chef d'entreprise qui a la charge de le mettre en vigueur par la publicité appropriée. D'autre part, la loi de 1948 n'a pas abrogé les règlements d'atelier antérieurs, aussi y a-t-il des entreprises où ce sont les règlements d'atelier rédigés par les patrons conformément à la loi de 1896 qui sont encore en vigueur actuellement.

Avec ou sans l'intervention du conseil d'entreprise, l'employeur, de toute façon, met en vigueur un règlement d'atelier. L'ouvrier qui entre dans l'établissement est censé en prendre connaissance et l'accepter. Les dispositions du règlement d'atelier s'incorporent au contrat; elles lient les parties pour toute la durée de l'engagement (loi 15 juin 1896, art. 10).

**41. Un règlement d'atelier acquiert force obligatoire moyennant l'observation des dispositions suivantes (il en est de même pour toute modification à un règlement préexistant):**

- 1° Le projet de règlement ou de modification doit être porté à la connaissance des ouvriers par voie d'affiche, rédigée dans les langues nationales de façon à être comprise par tous les ouvriers;
- 2° Pendant huit jours au moins à partir de l'affichage, le chef d'entreprise doit tenir à la disposition des ouvriers un registre où les ouvriers peuvent individuellement ou par représentant consigner les observations qu'ils auraient à présenter;
- 3° Les ouvriers peuvent, dans le même délai, adresser individuellement et par écrit leurs observations à l'inspecteur du travail, qui doit les transmettre au patron;
- 4° Le règlement ou le changement du règlement entre en vigueur quinze jours après l'affichage (art. 7);

---

(20) A. R. 6 octobre 1958.

- 5° Tout règlement ou changement de règlement doit porter l'attestation dûment signée par le chef d'entreprise, de la consultation régulière des ouvriers conformément à l'article 7 (art. 8);
- 6° Le chef d'entreprise envoie au greffe du conseil de prud'hommes et à l'inspecteur du travail, un exemplaire du règlement ou du changement de règlement devenu définitif (art. 7 in fine). L'inobservation de cette obligation est sans influence sur la force obligatoire du règlement<sup>(21)</sup>;
- 7° Le règlement est et reste affiché dans les locaux de l'entreprise à un endroit apparent. Tout ouvrier a le droit d'en prendre copie (art. 11).

Cependant, en cas de modifications temporaires à l'horaire du travail, dues à certaines dérogations autorisées par la loi des huit heures, les modifications entreront en vigueur vingt-quatre heures après l'affichage d'un avis daté et signé (art. 11 bis).

La loi n'oblige pas le patron à modifier son projet de règlement d'atelier même s'il provoque des protestations de la part des ouvriers. Si le patron ne veut pas faire droit à ces réclamations, le projet entre en vigueur tel quel. Le règlement d'atelier est donc l'oeuvre unilatérale du patron.

42. Un règlement d'atelier peut contenir trois espèces de clauses: a) des clauses obligatoires qui doivent être insérées dans tous les règlements d'atelier. L'employeur qui les omet commet un délit; b) des clauses facultatives en ce sens que si l'employeur veut faire entrer en vigueur une règle sur ces points il ne peut le faire que par une mention dans le règlement d'atelier; c) des clauses libres: l'employeur peut insérer dans le règlement d'atelier toutes clauses qu'il juge utiles en vue d'établir les conditions du contrat de travail.

Un règlement d'atelier doit mentionner obligatoirement (art. 2): 1° le commencement et la fin de la journée de travail régulière, les intervalles de repos et les jours de chômage régulier. Si les heures de repos dépendent de l'état d'avancement des travaux, le règlement le dira et il sera conforme à la loi; 2° la manière dont le salaire est déterminé; 3° le mode de mesurage du travail et de contrôle; 4° l'époque de paiement des salaires. Les chefs d'entreprise ne doivent porter les mentions obligatoires dans leurs règlements que «dans la

---

(21) Cass. 4 avril 1957. Pas. 1957. I. 952.

mesure que comporte la nature de leur entreprise», c'est-à-dire qu'est seule exigée la précision compatible avec les conditions de l'exploitation de l'entreprise.

Nous devons ajouter aux mentions obligatoires, le délai de préavis. L'article 3 indique que si un préavis est exigé, le règlement d'atelier doit indiquer le délai de congé ainsi que les cas où le contrat peut être rompu sans préavis par l'une ou l'autre des parties, mais aux termes des articles 19 à 19<sup>ter</sup> de la loi du 10 mars 1900 modifiée par la loi du 4 mars 1954, un préavis de congé est toujours exigé de la part du chef d'entreprise.

Notons aussi qu'en vertu de lois spéciales sur ces matières le règlement d'atelier doit contenir: 1° des indications concernant le service médical et pharmaceutique pour le cas d'accident du travail; 2° la dénomination de la caisse de vacances à laquelle l'employeur est affilié; 3° l'indication des jours fériés payés.

Si le patron entend insérer dans les contrats de travail des clauses sur les points suivants, le règlement d'atelier mentionne en outre (art. 3): 1° les droits et les devoirs du personnel de surveillance, le recours ouvert aux ouvriers en cas de plainte ou de difficultés; 2° les fournitures qui sont faites à charge d'imputation sur le salaire; 3° les cas où le contrat peut être rompu sans préavis par l'une ou l'autre des parties; 4° s'il existe des pénalités ou amendes la nature des pénalités (22), le taux des amendes et l'emploi qui en est fait.

Un arrêté royal a prescrit, en outre, l'indication des premiers soins qui sont donnés aux ouvriers en cas d'accident et des règles spéciales en vue d'assurer la salubrité, la sécurité, la moralité et les convenances (art. 5, A. R. 4 septembre 1896).

#### § 4. CONTRAT DE TRAVAIL — OBLIGATIONS DE L'OUVRIER

43. La loi du 10 mars 1900 consacre principalement ses articles 7 à 10 aux obligations de l'ouvrier.

*A. Exécuter son travail avec les soins d'un bon père de famille au temps, au lieu et dans les conditions convenus* (art. 7, al. 1 et 2, et art. 10).

a) L'ouvrier doit être présent au temps et au lieu convenus pour exécuter son travail, mais il ne peut lui être infligé des dommages et

(22) Exemples de pénalités: Interdiction à l'ouvrier qui arrive en retard de commencer le travail avant le premier repos, changement du mode de rémunération à titre de peine, blâme, etc. Théate, *Commentaire de la loi du 15 juin 1896*, n° 531.

intérêts en cas d'absence résultant de force majeure, c'est-à-dire d'une cause externe, étrangère à la détermination volontaire de celui qui l'invoque et qui rend impossible l'exécution de l'obligation. L'ouvrier qui invoque la force majeure doit la prouver. Toute clause rendant l'ouvrier responsable en cas de force majeure est nulle (art. 10 in fine). Le cas de nécessité morale peut être assimilé à la force majeure (ex.: enterrement d'un très proche parent).

b) Sauf convention contraire, l'ouvrier est tenu d'exécuter lui-même le travail promis (art. 10).

Il ne peut donc se faire remplacer sans l'autorisation du patron.

Les conséquences du remplacement sont précisées par l'article 10, alinéas 2 et 3; si le pouvoir de se faire momentanément remplacer a été conféré à l'ouvrier sans désignation d'une personne, il ne répond que du choix de son remplaçant. Le remplaçant a une action directe contre le chef d'entreprise s'il a été agréé par celui-ci ou si l'ouvrier a reçu le pouvoir de se faire remplacer. Le chef d'entreprise peut, dans tous les cas, agir directement contre le remplaçant.

c) L'exécution doit atteindre le travail convenu. L'ouvrier engagé pour un travail de nature déterminée ne peut être obligé de se livrer à un travail d'une autre nature <sup>(23)</sup>.

Lorsque le travail à exécuter par l'ouvrier n'a été convenu ni expressément ni tacitement, il faut rechercher si les circonstances de l'engagement et les usages ne permettent pas de donner une précision. Mais faute de l'obtenir, la seule limite au travail qu'on peut imposer à l'ouvrier est qu'il ne pourrait être contraint à exécuter un travail contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.

L'ouvrier est obligé d'effectuer, en dehors de l'horaire convenu, des heures supplémentaires requises pour faire face à un accident ou rendues nécessaires par un événement imprévu pour éviter une entrave sérieuse à la marche normale de l'entreprise. En pareil cas, les prestations supplémentaires constituent une suite que l'équité donne à l'obligation de l'ouvrier <sup>(24)</sup>.

En principe, un employeur ne peut obliger l'ouvrier à travailler pour un autre patron.

d) Le travail doit être exécuté avec les soins d'un bon père de famille.

---

(23) C. P. Bruxelles 18 novembre 1931. J. L. 0. 1932. 103.

(24) Art. 1135. C. civ. Cons. prudh. App. Liège 16 juin 1951. J. Lg. 1951-1952. 7.

Une conséquence de l'obligation d'exécuter le travail avec les soins d'un bon père de famille est celle de restituer en bon état les outils et matières premières restées sans emploi qui lui sont confiés (art. 8, al. 1).

Cas de malfaçon (art. 8, art. 9, al. 2, et art. 13, al. 2 et 3).

En cas de malfaçon, l'ouvrier répond de son dol et de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel (art. 8, al. 2 et 3) <sup>(25)</sup>.

Jugé que l'ouvrier n'est pas responsable des malfaçons qui résultent de son peu d'habileté s'il n'a pas trompé le patron sur l'étendue de ses capacités <sup>(26)</sup>.

Le chef d'entreprise répond des malfaçons provenant de matières premières ou outillages défectueux fournis par lui. Toute convention contraire est nulle (art. 13, al. 2 et 3).

L'ouvrier n'est plus tenu des malfaçons après la réception de l'ouvrage (art. 9, al. 2). La règle étant absolument générale doit s'appliquer aux vices cachés comme aux malfaçons apparentes.

Cas d'emploi abusif de matériaux, destruction ou détérioration d'outillage, matières premières ou produits (art. 8 et art. 9, al. 1).

L'ouvrier répond de son dol ou de sa faute lourde en cas d'emploi abusif de matériaux, de destruction ou de détérioration de matériel, outillage, matières premières ou produits (art. 8, al. 2). Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel (art. 8, al. 3).

Le déchet ne peut être imputé à l'ouvrier que s'il dépasse la moyenne des pertes ordinaires constatées d'après les usages de l'industrie à laquelle il appartient.

L'article 9, alinéa 1, précise que l'ouvrier n'est tenu ni des détériorations ou de l'usure dues à l'usage normal de la chose, ni de la perte qui arrive par cas fortuit. Dans ce cas, en effet, l'ouvrier n'a pas commis de faute génératrice de responsabilité.

44. B. *Agir conformément aux ordres et aux instructions qui lui sont donnés par le chef d'entreprise ou des préposés en vue de l'exécution du contrat* (art. 7, al. 3)

(25) Cette disposition n'est pas d'ordre public; une disposition du contrat de travail peut donner à l'ouvrier la responsabilité en cas de simple faute légère (Cass. 19 février 1960. Pas. 1960. I. 714).

(26) C. P. Bruxelles 22 décembre 1930. J. L. O. 1934. 72.

L'ouvrier doit cette obéissance pendant l'exécution du contrat, c'est-à-dire non seulement pendant le travail effectif, mais aussi pendant le temps consacré à des actes soit préparatoires, soit consécutifs au travail, à des actes connexes à l'exécution du travail ou nécessaires pour l'exécution du contrat.

L'ouvrier ne doit obéir qu'aux ordres donnés dans les limites du contrat et compatibles avec les lois d'ordre public. Ainsi, il peut refuser d'obéir à un ordre dont l'exécution mettrait en péril sa vie, celle de ses compagnons de travail, ou celle de tiers.

L'obligation d'obéir aux ordres d'un préposé n'existe que pour autant que le préposé soit le supérieur de l'ouvrier dans le service où celui-ci exécute son travail ou pour autant que le patron l'ait spécialement mandaté.

45. C. *Observer le respect des convenances et des bonnes mœurs pendant l'exécution du contrat* (art. 7, al. 4).

46. D. *Garder les secrets de fabrication du patron* (art. 7, al. 5)

Il s'agit des secrets de fabrication que le patron a confiés à l'ouvrier et non des procédés que l'ouvrier invente. De ces procédés, l'ouvrier est, en principe, propriétaire. Cette obligation continue même après la rupture du contrat de travail.

47. E. *S'abstenir de tout ce qui pourrait nuire soit à sa propre sécurité, soit à celle de ses compagnons ou de tiers* (art. 7 *in fine*)

L'obligation inscrite dans l'article 7 *in fine* entraîne celle de vérifier la solidité des outils, matériaux et matières premières avant de s'en servir et de signaler au patron et à ses préposés les dangers qui pourraient faire appréhender un accident.

D'autre part, la loi du 10 juin 1952 permet au gouvernement d'imposer aux ouvriers l'observance de certaines règles précises en vue d'assurer la sécurité du travail.

#### § 5. CONTRAT D'EMPLOI — OBLIGATIONS DE L'EMPLOYÉ

48. La loi sur le contrat d'emploi ne donne pas l'énumération des obligations de l'employé.

Il est unanimement reconnu que l'employé doit fournir les services auxquels il s'est engagé au temps, au lieu et dans les conditions convenus et qu'il doit s'abstenir de toute faute causant un préjudice

à son employeur; spécialement, il doit s'abstenir de toute faute qui pourrait nuire à l'intégrité physique de l'employeur, de ses compagnons de travail ou de tiers.

La loi vise expressément l'obligation de fidélité; l'employé doit s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale à l'égard de son patron et, notamment, de toute divulgation des secrets qui lui sont confiés:

«Tant au cours du contrat qu'après sa cessation, l'employé doit s'abstenir de divulguer à un concurrent ou à une autre personne les secrets de fabrication ou d'affaires du chef d'entreprise et de se livrer ou de coopérer à tout autre acte de concurrence déloyale» (lois coord., art. 26, al. 2).

#### § 6. CONTRAT DE TRAVAIL — OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

49. La loi du 10 mars 1900 consacre principalement ses articles 11 à 14 aux obligations du chef d'entreprise ou patron.

*A. Faire travailler l'ouvrier dans les conditions, au temps et au lieu convenus, notamment mettre à sa disposition, s'il y échet, et sauf stipulation contraire, les collaborateurs, les outils et les matières nécessaires à l'accomplissement du travail* (art. 11, al. 1 et 2)

Il faut que le patron ouvre son usine, qu'il communique ses ordres, fournisse les moyens de travail.

En principe, c'est au patron à fournir les collaborateurs, les outils, les matières premières nécessaires à l'accomplissement du travail de l'ouvrier; mais une convention contraire peut en décider autrement, et celle-ci peut être tacite et résulter de l'usage contraire.

En faisant travailler l'ouvrier, le chef d'entreprise doit respecter les lois relatives à la police du travail (sécurité du travail, durée du travail, etc.).

Il s'agit d'une obligation de faire dont l'inexécution se résout en dommages et intérêts.

Le fait de ne pas faire travailler ou mettre à même de travailler l'ouvrier engagé est une faute distincte de celle qui consisterait à ne pas payer le salaire et peut être la source d'un dommage distinct de la perte de salaire (par exemple fait de ne pas entretenir l'habileté de l'ouvrier) <sup>(27)</sup>.

(27) C. P. Gand 14 septembre 1937. J. L. O. 1939. 189 et C. P. App. Bruges 31 décembre 1936. J. L. O. 1938. 229.



En vertu des alinéas 2 et 3 de l'article 13, le chef d'entreprise répond des malfaçons provenant de matières premières ou outillages défectueux fournis par lui. Toute convention contraire est nulle.

50. L'employeur est évidemment libéré de son obligation de faire travailler l'ouvrier par l'effet d'une force majeure. Il en est ainsi en cas d'intempéries, d'accidents techniques survenant dans l'entreprise, d'accidents techniques survenant chez un fournisseur de l'entreprise, dans la mesure où ces événements constituent bien pour l'employeur un cas de force majeure.

Mais des modifications apportées à la loi du 10 mars 1900 par la loi du 4 mars 1954 et ensuite par la loi du 20 juillet 1960 libèrent également l'employeur dans un autre cas qui n'est pas une force majeure: le manque de travail résultant de causes économiques.

La loi du 4 mars 1954 a augmenté les délais de préavis de congé dus aux ouvriers et les a rendus d'ordre public. En échange, elle a décidé que le manque de travail résultant de causes économiques permettait à l'employeur de prendre unilatéralement la décision de suspendre totalement ou partiellement l'exécution du contrat de travail.

Sauf autre régime déterminé par arrêté royal sur proposition de la commission paritaire compétente, l'employeur peut, en notifiant sa décision par affichage, au personnel, et par pli recommandé à l'Office national de l'emploi, au moins sept jours à l'avance, suspendre totalement l'exécution du contrat pendant quatre semaines au maximum ou instaurer un régime de travail à temps réduit (pendant trois mois au maximum).

Pendant toute la période de suspension totale du contrat ou de travail à temps réduit, l'ouvrier est en droit de mettre fin au contrat sans préavis.

Chaque fois qu'il augmente la fréquence des jours chômés ou qu'il passe d'un régime de travail à temps réduit à une période de suspension totale de l'exécution du contrat, l'employeur est tenu à une nouvelle notification sept jours à l'avance.

51. *B. Veiller, avec la diligence d'un bon père de famille et malgré toute convention contraire, à ce que le travail s'accomplisse dans les conditions convenables au point de vue de la sécurité et de la santé de l'ouvrier et que les premiers secours soient assurés à celui-ci en cas d'accident. A cet effet, une boîte de secours doit se trouver constamment à la disposition du personnel* (art. 11, al. 3)

Ainsi le patron doit éviter tout surmenage de l'ouvrier.

Remarquons qu'ici la loi impose à l'employeur une obligation de moyen et non une obligation de résultat.

Sans qu'il se soit produit un accident, l'ouvrier pourrait réclamer en justice la résiliation de son contrat avec dommages et intérêts si sa sécurité et sa santé sont exposées abusivement, et si le manquement est grave, il pourrait même rompre le contrat.

La loi du 10 juin 1952 autorise le gouvernement à prescrire des mesures propres à assurer la salubrité des ateliers ou du travail et la sécurité des ouvriers.

52. C. *Observer et faire observer les bonnes moeurs et les convenances pendant l'exécution du contrat* (art. 11, al. 4)

53. D. *Payer la rémunération convenue*

Nous ne donnerons ici que quelques indications générales, le traité n° XII devant être consacré à la rémunération du travail et à ses accessoires.

Par rémunération il y a lieu d'entendre le salaire proprement dit, au temps ou aux pièces, et tous autres avantages en espèces ou en nature *prévus au contrat*.

Restent en dehors de la rémunération tous avantages accordés par le patron à titre gracieux sans aucun engagement de sa part. Ainsi les avantages périodiques accordés à *titre de gratification*, même pendant plusieurs années consécutives, ne font pas partie de la rémunération. Ceci est important à préciser car de nombreuses indemnités prévues par les lois sociales sont basées sur la rémunération contractuelle, par exemple les indemnités pour défaut de préavis, les indemnités à la suite d'accident du travail.

Aucune loi n'a traité au taux des rémunérations, mais de nombreux accords collectifs du travail et, notamment, un grand nombre de décisions de commission paritaire rendues obligatoires par arrêté royal édictent des taux ou, tout au moins, des taux minimums de rémunération.

54. A l'origine, la rémunération n'était due qu'en raison du travail fourni, elle n'était due que pour les journées, voire pour les heures pendant lesquelles il y a eu travail effectif. Tel était le principe absolu.

Mais, dans la suite, diverses dispositions légales ont édicté le maintien de la rémunération pour des périodes pendant lesquelles il n'y avait plus de travail effectif. Citons, par exemple:

- paiement de salaires ou de pécules pour les vacances annuelles payées (origine: loi du 8 juillet 1936);
- paiement du salaire pour 8 jours fériés par an (A.-L. du 7 février 1946, puis pour 10 jours fériés par an (A.-L. du 25 février 1947);
- paiement du salaire pour la durée des séances des conseils d'entreprise (loi du 20 septembre 1948) et des séances des comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail (loi du 10 juin 1952);
- paiement du salaire pour la journée entière, même si le patron s'abstient de faire travailler, même si l'ouvrier est atteint d'incapacité de travail au cours de la journée (loi du 4 mars 1954).

Et plus récemment les dispositions de la loi du 20 juillet 1960 sur le salaire hebdomadaire garanti et celles de la loi du 10 décembre 1962 modifiant à nouveau la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail ont imposé:

- le maintien du salaire pendant sept jours en cas d'incapacité de travail due à un accident du travail ou à un accident sur le chemin du travail;
- le maintien du salaire pendant sept jours en cas de repos de grossesse;
- le maintien du salaire pendant sept jours en cas d'accident technique survenant dans l'entreprise;
- le maintien du salaire pendant sept jours en cas de manque de travail résultant de causes économiques;
- le maintien du salaire pour la journée entière en cas d'intempéries ou de suspension du travail à la suite d'accidents techniques se produisant en dehors de l'entreprise;
- le maintien du salaire pendant des congés pour motifs familiaux ou civiques;
- le maintien d'une partie du salaire pendant sept jours en cas d'incapacité de travail due à une maladie ou à un accident de droit commun.

55. Notons enfin que l'employeur ne peut opérer des retenues sur le salaire que dans des cas et des limites strictement déterminés par les lois.

56. E. Fournir à l'ouvrier un logement convenable ainsi qu'une nourriture saine et suffisante dans le cas où le chef d'entreprise s'est engagé à le loger et à le nourrir (art. 11, al. 6)

57. F. Donner à l'ouvrier le temps nécessaire pour remplir les devoirs de son culte, les dimanches et jours fériés d'un culte quelconque, ainsi que les obligations civiques résultant de la loi (art. 11 *in fine*)

Il résulte des travaux préparatoires qu'il s'agit des jours fériés d'un culte quelconque et non seulement du culte catholique<sup>(28)</sup>.

Par obligations civiques, la jurisprudence entend les fonctions de tuteur, d'électeur, de témoin en justice, mais non l'exercice d'un mandat public.

Le patron est exonéré de la présente obligation par une impossibilité grave provenant de l'organisation même de son entreprise: désorganisation du travail ou risque d'un préjudice disproportionné. Ainsi, dans les usines à feu continu, l'impossibilité de laisser les feux sans aliment peut être invoquée au même titre que la force majeure<sup>(29)</sup>.

58. G. Apporter à la conservation des outils appartenant à l'ouvrier les soins d'un bon père de famille (art. 13)

Cette obligation suppose évidemment que les outils restent déposés sous la garde du patron. Ainsi, si l'ouvrier travaille chez un particulier et y laisse ses outils, cette disposition n'est pas applicable.

En vertu de l'article 13, le patron est responsable de sa *culpa levis in abstracto*. Il doit prendre les soins que l'on peut normalement attendre d'un homme de diligence moyenne.

Le patron ne peut en aucun cas retenir les outils de l'ouvrier, nonobstant toute convention contraire.

Le patron doit également veiller avec la même diligence à la conservation des vêtements appartenant à l'ouvrier et déposés dans son établissement. C'est une obligation complémentaire que l'équité impose (C. civ., art. 1135)<sup>(30)</sup>.

59. H. Délivrer à l'ouvrier qui le demande, lorsque l'engagement prend fin, un certificat qui mentionne uniquement: 1° la date à laquelle les services de l'ouvrier ont pris cours et celle à laquelle ils ont pris fin; 2° la nature de l'activité de l'ouvrier

(28) Ann. parl. Chambre 1898-1899, p. 996.

(29) Ann. par. Sénat 1899-1900, p. 230.

(30) Cons: Rep. prat. droit belge, tome VII v° Louage de services manuels n°s 456-457; P. Horion. Le dépôt accessoire au contrat de travail J. L. O. 1932, 193 à 199.

Est nulle toute renonciation au droit accordé à l'ouvrier par cet article (art. 14).

Jugé que l'obligation de délivrer le certificat existe dès la notification du congé<sup>(31)</sup>.

A l'obligation ainsi libellée par l'article 14 de la loi du 10 mars 1900, il faut ajouter les dispositions de la loi du 10 juillet 1883 relatives au livret d'ouvrier que l'ouvrier a la faculté de présenter:

Le patron ne peut inscrire sur le livret que la date d'entrée à son service et la date de sortie du titulaire du livret. Lorsqu'il a inscrit la date d'entrée, il est tenu, sans préjudice à aucun droit, d'inscrire la date de sortie (loi du 10 juillet 1883, art. 5).

Il est loisible au patron de remettre un certificat élogieux au salarié, qui l'accepte librement.

#### § 7. CONTRAT D'EMPLOI: OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

60. La législation sur le contrat d'emploi n'énumère pas les obligations de l'employeur. Elle n'indique même pas que l'employeur doit payer la rémunération convenue mais s'occupe de la rémunération pour préciser certains points concernant les commis-voyageurs et pour maintenir le droit à la rémunération pendant le premier mois d'incapacité de travail de l'employé.

On reconnaît néanmoins unanimement que l'employeur doit mettre l'employé à même de travailler. Ainsi, il doit le recevoir dans son établissement et lui fournir les instruments de travail; que l'employeur doit payer la rémunération convenue aux époques et selon les modalités fixées par la convention; qu'il doit veiller avec la diligence d'un bon père de famille à ce que le travail s'accomplisse dans des conditions convenables au point de vue de la sécurité, de la santé et de la moralité de l'employé.

Les lois coordonnées traitent expressément du certificat à délivrer à l'employé lors de la dissolution du contrat:

Lorsque l'engagement prend fin, le patron doit, si l'employé en fait la demande, lui délivrer un certificat constatant uniquement: 1° la date, à laquelle les services de l'employé ont commencé et celle à laquelle ils ont pris fin; 2° la nature des fonctions de l'employé.

Toute renonciation au droit reconnu à l'employé par le présent article est sans effet (lois coord., art. 24).

---

(31) C. P. Gand 8 novembre 1938. J. L. O. 1940. 45.

Nous ne donnerons que quelques indications au sujet de la rémunération, le traité n° XII devant être consacré à la rémunération du travail et à ses accessoires.

Notons que lorsqu'un employé est atteint d'incapacité de travail par suite de maladie ou d'accident ou, encore, lorsque l'employée est en congé de grossesse, il y a conservation du droit à la rémunération prévue par la convention pendant les trente premiers jours d'incapacité de travail. Toutefois, à un employé engagé à l'essai, ou pour une durée de moins de trois mois, l'employeur ne doit que 80 % de la rémunération pendant sept jours.

La quittance pour solde de tout compte délivrée par l'employé au moment où le contrat prend fin n'implique, pour celui-ci, aucune renonciation à ses droits (art. 23).

#### § 8. DE L'ÉTENDUE DANS LE TEMPS DES OBLIGATIONS DE NE PAS FAIRE

61. Pour le louage de services, le salarié s'engage à travailler un certain nombre d'heures par jour et un certain nombre de jours par semaine. Les clauses du contrat limitent l'étendue des prestations promises. Au cours du siècle de nombreuses lois sont intervenues en vue de fixer le maximum de la durée du travail. Plus récemment, elles ont été doublées par des décisions de commission paritaire.

Le temps consacré à l'exécution du contrat est celui pendant lequel le salarié se trouve, en vertu du contrat, sous l'autorité et la surveillance du patron. C'est cette notion qui délimite le champ d'application dans le temps des lois coordonnées sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail.

Partant de là, il semblerait qu'en dehors du temps consacré à l'exécution du travail effectif, ou, plus exactement en dehors du temps de présence dans les lieux de travail, le contrat n'ait plus d'emprise et les parties soient complètement étrangères l'une à l'autre. Ce serait une vue trop simpliste.

Sans aucune doute, la durée du travail effectif est limitée et le temps pendant lequel le salarié doit agir conformément aux ordres et instructions de l'employeur est également limité. Les obligations de faire qui résultent du contrat de louage de services sont ainsi circonscrites dans le temps. Mais, certaines obligations de ne pas faire qui résultent du contrat s'étendent jour et nuit sans discontinuer de la date de l'embauchage à celle du congé.

62. D'abord, les deux parties se doivent le respect et des égards mutuels (loi du 10 mars 1900, art. 15). Le chef d'entreprise peut rompre le contrat sans préavis ou avant terme lorsque l'ouvrier se rend coupable d'un acte d'improbité, de voie de fait ou d'injure grave à l'égard du chef ou du personnel de l'entreprise (ibid., art. 20, 1<sup>o</sup>) tandis que l'ouvrier peut rompre l'engagement sans préavis ou avant terme, lorsque le chef d'entreprise ou celui qui le remplace se rend coupable à son égard, d'un acte d'improbité, de voies de fait ou d'injure grave et aussi lorsque le chef d'entreprise tolère, de la part de ses préposés, de semblables actes à l'égard de l'ouvrier (ibid., art. 21, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>).

Le chef d'entreprise peut rompre le contrat sur l'heure lorsque l'ouvrier se rend coupable, en quelque endroit que ce soit, de voies de fait ou d'injures graves à son égard ou à l'égard de son personnel (32).

Même en ce cas, l'ouvrier commet une faute contractuelle.

Sans doute, nous admettons des nuances, le respect et les égards mutuels que se doivent les parties ne sont pas de la même intensité à l'atelier et dans la rue. Il est très possible qu'on admette que l'ouvrier qui rencontre le patron dans la rue et ne le salue pas ne commette pas de faute contractuelle, mais il n'en reste pas moins que les deux parties ont l'obligation contractuelle de ne pas commettre, en tout temps et en tous lieux, des faits graves, des voies de fait ou d'injures qui rendent impossible la continuation normale des relations contractuelles même pendant un temps court et, notamment, qui rendent humainement impossible l'exercice de l'autorité patronale.

63. Autre obligation contractuelle qui s'étend sans discontinuer:

Le salarié a l'obligation de ne pas communiquer les secrets de fabrication ou d'affaires et doit s'abstenir de se livrer ou de coopérer à tout autre acte de concurrence déloyale (loi sur le contrat de travail, art. 7, 4<sup>o</sup>, lois coord. sur le contrat d'emploi, art. 26, al. 2). Cette obligation lie évidemment l'ouvrier après journée aussi bien que pendant les heures de travail.

64. Enfin, notons les dispositions de la loi du 6 avril 1960 relative au «travail noir» dans l'industrie de la construction.

Cette loi a une portée répressive nettement moindre que ce qu'on pourrait supposer à première vue. En somme, elle ne punit que les

---

(32) Ann. Par. Sénat. 1899-1900, p. 246; Velge. *Éléments de Droit industriel belge*, t. I, p. 110, R. P. D. B. Louage de services manuels, n<sup>o</sup> 551. Comp. Comm. Bruxelles 16 août 1935. Jur. Comm. Brux. 1936. 100.

entrepreneurs qui effectuent eux-mêmes des travaux alors qu'ils ne sont pas immatriculés au registre du commerce ou au registre de l'artisanat ou ne se présentent comme tels au public, par enseigne, publicité ou autrement. Elle ne punit pas les ouvriers. Elle ne porte guère atteinte au principe de la liberté du travail. Mais elle punit également les employeurs qui auront fait ou *laissé* exécuter par des membres de leur personnel, les travaux auxquels la loi s'applique. Elle implique donc que l'employeur a le devoir d'interdire à ses ouvriers de travailler après journée ou encore le samedi ou le dimanche.

#### Section IV

### LA CESSATION DU LOUAGE DE SERVICES

#### § 1. LES MODES DE CESSATION DU LOUAGE DE SERVICES

65. Le contrat de louage de services peut prendre fin suivant les modes de dissolution des contrats établis par le code civil.

Nous noterons d'abord la *résiliation par accord des parties*. Aucune disposition légale ne restreint, à cet égard, la liberté des parties. Aucune forme spéciale n'est imposée. Autre chose, est la question de la preuve de l'accord de volonté. A l'égard du salarié, à tout le moins, il faut un écrit car, dans les cas les plus courants, la valeur de la chose excède 3.000 francs.

*L'arrivée du terme* convenu, l'achèvement du travail en vue duquel le contrat a été conclu, la réalisation de l'entreprise à laquelle le contrat était limité mettent fin au contrat. Mais rappelons que la clause qui limite, dans le temps, les effets du contrat de travail ou du contrat d'emploi doit, à peine d'inexistence, être constatée par écrit. Faute d'écrit, le contrat est soumis aux dispositions qui concernent les contrats conclus pour une durée indéterminée (loi du 10 mars 1900, art. 5 bis; loi du 7 août 1922, art. 4).

Sont également des modes de dissolution du contrat, *l'annulation* du contrat par décision judiciaire et la *résolution* du contrat, soit qu'il y ait survenance d'une condition résolutoire, soit lorsque la résolution est prononcée par décision de justice.

Le point de savoir si est licite, la clause qui dispose que le contrat prendra fin par suite du mariage de l'employée est controversée (33).

(33) Voyez I. Th. Leger, note sous C. P. App. Bruxelles 9 mai 1955. R. D. S. 1956. 226.



66. D'autre part, il y a dissolution du contrat par voie de conséquence lorsque toutes les obligations mises à charge des deux parties sont éteintes. Il en est ainsi en cas de *confusion* (par exemple si un enfant unique est le salarié de son père et que celui-ci vient à décéder), ce qui est important à préciser au sujet de l'application des lois sur les accidents du travail et sur la sécurité sociale.

Il y a également dissolution du contrat, parce que le louage de services est un contrat synallagmatique, lorsque toutes les obligations mise à charge de l'une des parties sont éteintes, ce qui a pour effet de faire disparaître corrélativement toutes les obligations de l'autre partie. Il en est ainsi lorsque l'ensemble des obligations de l'une des parties se heurte à une impossibilité absolue d'exécution ou *force majeure* et que les effets en sont prolongés (34).

La *mort du salarié* met fin au contrat. La loi sur le contrat de travail le précise (art. 16, 4°). La situation est la même pour le contrat d'emploi car généralement l'employé est choisi *intuitu personae*.

En principe, la mort du chef d'entreprise ne met pas fin au contrat. Il en serait cependant autrement si le salarié s'était engagé chez un patron *intuitu personae* ou encore lorsque la mort de l'employeur entraîne inéluctablement la cessation de l'activité pour laquelle l'employé avait été engagé.

L'article 19 des lois coordonnées sur le contrat d'emploi dispose: «La mort de l'employeur ne met pas fin au contrat. Lorsqu'elle entraîne la cessation de l'activité pour laquelle l'employé avait été engagé ou lorsque le contrat avait été conclu en vue d'une collaboration personnelle, le juge apprécie en équité s'il y a lieu à indemnité et en fixe le montant.»

67. Si, après l'expiration du terme, les parties continuent à exécuter le contrat, elles sont censées vouloir renouveler l'engagement pour une durée indéfinie (loi du 10 mars 1900, art. 18). La jurisprudence applique la même règle en matière de contrat d'emploi (35).

68. Les modes d'expiration du louage de services que nous avons exposés jusqu'ici ne sont guère que l'application des principes généraux des obligations. Il y a, en outre, un mode de dissolution des

---

(34) Par elle-même, la faillite du chef d'entreprise ne met pas fin aux obligations des parties (loi du 10 mars 1900, art. 28) mais les circonstances qui résultent de l'état de faillite peuvent constituer des événements de force majeure et entraîner la cessation du contrat.

(35) C. P. App. Gand 29 novembre 1952. R. D. S. 1953. 54; C. P. App. Gand 15 décembre 1952. R. D. S. 1953. 90.

louages de services propre à ce contrat: la rupture par décision unilatérale d'une des deux parties.

D'abord, pour les contrats conclus pour une durée indéterminée: cette rupture ne peut avoir lieu qu'en donnant un préavis de congé si la partie qui la subit n'a pas commis de faute grave. Faute de préavis de congé, la partie qui rompt doit une indemnité pour défaut de préavis. Si la rupture est motivée par une faute grave, le congé peut être donné sans préavis. Le congé donné sans préavis consomme la dissolution du contrat, même s'il n'y a pas de motif grave, les droits de la partie congédiée se résolvent en une indemnité.

Ensuite, dans le cas de faute grave, pour les contrats conclus à terme: si le congé anticipé donné alors qu'il y a un terme convenu n'est pas justifié par une faute grave de la partie congédiée, celle-ci a droit à des dommages et intérêts.

Le droit de rompre par manifestation de volonté unilatérale un contrat à durée indéterminée en donnant un préavis d'une durée équitable était déjà reconnu par la jurisprudence avant que n'interviennent les lois sur le contrat de travail et sur le contrat d'emploi.

Le droit pour une des deux parties de rompre le contrat sur l'heure, sans préavis ou avant terme, en raison d'un motif grave, constitue, en somme, la faculté donnée à chacune des deux parties de se rendre justice à elle-même sous réserve du contrat *a posteriori* du juge qui apprécie la réalité et la gravité des motifs invoqués et alloue éventuellement des dommages et intérêts.

69. L'exposé des règles techniques très détaillées inscrites dans la loi sur le contrat de travail et dans la loi sur le contrat d'emploi et relatives aux délais de préavis, aux cas de suspension de ces délais, aux effets de la clause d'essai, aux indemnités pour défaut de préavis, aux cas dans lesquels il y a simple suspension de l'exécution du contrat et non rupture de celui-ci trouvent plus opportunément sa place dans une étude sur la stabilité de l'emploi. Nous ne les exposons donc pas ici.

Notons seulement, car c'est très important en vue d'une théorie de la relation de travail, qu'en droit belge chacune des parties a le droit discrétionnaire de notifier à l'autre congé en donnant le préavis légal. Du moment qu'elle a observé le délai de préavis, elle ne doit aucune indemnité.

Lorsqu'elle donne congé avec préavis, elle ne doit aucune explication. Ce principe jusqu'ici absolu pourrait subir des atténuations par

suite des arrêtés royaux qui sont susceptibles d'être pris en exécution de l'article 18 de la loi du 14 février 1961 qui permet au Roi de soumettre les licenciements à un régime d'autorisation ou de déclaration préalable.

## § 2. LA SURVIE DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

70. Le moment de ce que, suivant la terminologie généralement employée, on appelle la fin, la dissolution ou l'extinction du contrat est loin de clore toutes les obligations des parties.

Il faut distinguer avec soin la fin de la période pendant laquelle le louage de services doit être exécuté dans ses obligations essentielles (faire travailler, travailler) et l'extinction des obligations qui résultent de ce contrat. Ainsi, la rupture du louage de services n'entraîne pas l'extinction de l'obligation patronale de payer les salaires promérités et non payés au moment de cette rupture, ainsi l'obligation du salarié de garder les secrets de fabrication qui lui ont été confiés continue après la dissolution du contrat.

Les lois coordonnées sur le contrat d'emploi disposaient déjà que le commis-voyageur, dont la rémunération comprend une commission établie d'après le montant des affaires traitées, a droit à cette commission même si les ordres ne sont exécutés ou ne doivent être normalement exécutés qu'après la rupture du contrat (art. 27) La loi du 30 juillet 1963 complète la protection accordée aux représentants de commerce.

L'arrêté-loi du 25 février 1947 sur les jours fériés payés décide que l'employeur reste tenu de payer le salaire afférent aux jours fériés survenant au cours d'une période de 12 jours ouvrables (exceptionnellement: 30 jours) qui suivent la fin du louage de services.

Notons aussi l'obligation de s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale (lois coord, sur le contrat d'emploi, art. 26, al. 2) et, dans la mesure où ces clauses sont licites, les obligations résultant de clauses de non-concurrence.

## § 3. DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE ET DU DÉBAUCHAGE

71. Dès que la rupture du contrat de travail ou du contrat d'emploi est consommée, l'ouvrier ou l'employé a la liberté de s'engager chez un autre employeur ou de s'établir à son compte, même si, en ce faisant, il contribue à des actes de concurrence préjudiciable à son ancien employeur.

Tel est le principe, mais il comporte deux restrictions:

D'abord, l'ouvrier ou l'employé doit s'abstenir de se livrer ou de coopérer à tout acte de concurrence *déloyale* à l'égard de son ancien employeur. L'article 26 des lois coordonnées sur le contrat d'emploi le rappelle expressément. Il y a lieu de viser particulièrement des actes ayant pour effet de produire une confusion entre les personnes des concurrents, leurs établissements ou leurs produits et, aussi, des imputations malveillantes.

D'autre part, des contrats de travail ou des contrats d'emploi peuvent contenir des clauses de non-concurrence. En règle générale, ces clauses sont licites pour autant qu'elles n'annihilent pas la liberté de travail du salarié, qu'elles ne réduisent pas à néant la faculté de gagner à nouveau sa vie par son travail. La jurisprudence exige, en tout cas, que ces clauses soient limitées dans l'espace et dans le temps.

Pour ce qui concerne exclusivement les *employés* dont la rémunération annuelle ne *dépasse pas 120.000 francs*, la loi est intervenue:

«Sont nulles les clauses interdisant à l'employé, après la cessation du contrat, d'exploiter une entreprise personnelle, de s'associer en vue de l'exploitation d'un commerce, ou de s'engager chez d'autres patrons» (lois coord., art. 26, al. 1, et art. 35, al. 2).

D'autre part, la loi du 30 juillet 1963 complète la protection accordée aux représentants de commerce.

72. Quant à l'industriel ou au commerçant qui embauche les ouvriers ou les employés d'un concurrent, il se rend coupable de concurrence déloyale et expose sa responsabilité dans trois cas:

- a) si l'embauchage a dans les circonstances de la cause pour effet de créer une confusion entre les établissements (exemple: porteur de pain ou porteur de lait appelé à visiter les clients de son ancien patron, commis-voyageur embauché par un commerçant qui a le même nom patronymique que son ancien patron) <sup>(36)</sup>;
- b) s'il a pour but et pour effet de désorganiser les services d'un concurrent <sup>(37)</sup>;
- c) s'il a pour but et pour effet de surprendre les secrets de fabrication d'un concurrent <sup>(38)</sup>.

(36) Comm. Bruxelles 20 janvier 1903. J. C. B. 1903. 81; Comm. Bruxelles 21 avril 1903. J. C. B. 1903. 317; Comp. Comm. Gand 28 mai 1948. R. W. 1950-1951. 109.

(37) Comm. Anvers 25 novembre 1910. R. P. D. I. 1911. 60; App. Liège 7 mars 1935. Ing. Cons. 1936. 138.

(38) Comm. Bruxelles 25 janvier 1926. Ing. Cons. 60.

73. D'autre part, un tiers ne peut impunément inciter ou aider une partie à un contrat à violer les obligations qu'elle a contractées. Si un tiers a eu en vue d'aider un contractant à violer ses engagements, le cocontractant lésé peut obtenir des dommages et intérêts à charge du tiers.

Un industriel ou un commerçant commet un acte de concurrence déloyale s'il incite un ouvrier ou un employé à rompre avant terme ou sans préavis un contrat de travail ou un contrat d'emploi qui le lie à un concurrent<sup>(39)</sup>. Il en est de même s'il incite un ouvrier ou un employé d'un concurrent à violer les dispositions d'une clause de non-concurrence valable.

L'industriel ou le commerçant qui incite un ouvrier ou un employé à lui communiquer un secret de fabrique ou de commerce qu'il tenait d'un ancien patron commet un acte de concurrence illicite.

L'arrêté royal (arrêté-loi) du 23 décembre 1934 organise l'action en cessation en matière de concurrence illicite. Le littéra f de l'article 2 répute acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ou industrielle celui de faire un usage non autorisé ou de *provoquer à un tel usage* de modèles, échantillons, combinaisons techniques, formules d'un concurrent et, en général, de toutes indications ou de tous documents confiés en vue d'un travail, d'une étude ou d'un devis.

#### § 4. DE LA CESSION DE L'ENTREPRISE

74. La législation belge ne contient aucune disposition selon laquelle, en cas de cession d'entreprise ou de toute autre modification dans la situation juridique de l'entreprise, les contrats de louage de services subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise.

L'ancien chef d'entreprise continue à être tenu envers ses salariés. Généralement, ses obligations se résoudront par des indemnités pour défaut de préavis. Le nouvel employeur n'a aucune obligation légale de reprendre le personnel de son prédécesseur. Peut-être pareille obligation résultera-t-elle des clauses librement consenties du contrat de cession. Les salariés pourraient-ils s'en prévaloir? Tout dépend des termes de ce contrat.

#### § 5. DE LA FERMETURE DE L'ENTREPRISE

75. Nous avons insisté sur les principes traditionnellement individualistes qui dominant les lois sur le contrat de travail et sur le con-

---

(39) App. Liège 21 décembre 1892. J. Lg. 1893. 18.

trat d'emploi, même dans leur teneur actuelle et malgré l'insertion et la multiplication de dispositions impératives protectrices du salarié et, spécialement, sur ce que l'employeur peut discrétionnairement congédier le salarié engagé sans terme, lorsqu'il donne le préavis légal. D'autre part, faute de préavis, il ne doit que l'indemnité pour défaut de préavis, égale aux rémunérations qui auraient été gagnées pendant le délai qu'il aurait dû respecter.

La loi du 27 juin 1960 relative à l'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture de l'entreprise atténue la rigueur de ces principes mais c'est une loi temporaire. Elle est adoptée pour trois ans et est susceptible d'être prorogée pour deux ans par arrêté royal délibéré en conseil des ministres.

Elle fait, d'abord, obligation au chef d'entreprise d'informer préalablement les autorités et organismes intéressés et les travailleurs selon une procédure qui sera fixée par la commission paritaire pour chaque branche d'activité économique ou, à défaut, d'autorité par le Roi.

Elle impose ensuite à l'employeur de payer une indemnité spéciale en raison de la perte de l'emploi due à la fermeture.

Cette indemnité est due à six conditions:

- 1° que l'entreprise ne ressortisse pas à une branche d'industrie exclue par arrêté royal de l'application de la loi. Dans les branches exclues, nous trouvons les entreprises visées aux articles 80 et 81 du traité instituant la C.E.C.A;
- 2° que l'entreprise occupe 50 travailleurs au moins;
- 3° que le travailleur ai été engagé pour une durée indéterminée;
- 4° que le travailleur ait au moins cinq ans d'ancienneté dans l'entreprise;
- 5° que le travailleur ne soit pas congédié pour motif grave;
- 6° que la rupture ait lieu, soit dans les douze mois qui précèdent la fermeture de l'entreprise, soit dans les douze mois qui suivent cette fermeture.

L'indemnité spéciale est due même lorsque le patron a donné le préavis légal.

Elle se cumule avec les indemnités pour défaut de préavis, avec les indemnités spéciales dues en cas de congédiement d'un membre du conseil d'entreprise ou du comité de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail ainsi qu'avec les allocations de chômage et les allocations familiales.

L'indemnité spéciale s'élève à :

- a) 5.000 francs pour les travailleurs dont l'ancienneté dans l'entreprise est de cinq ans au moins et de moins de dix ans;
- b) 10.000 francs pour les travailleurs dont l'ancienneté est de dix ans au moins et de moins de vingt ans;
- c) 15.000 francs pour les travailleurs dont l'ancienneté dans l'entreprise est de vingt ans au moins.

La condition d'ancienneté doit être remplie au jour de la rupture du contrat de louage de services.

Pour le calcul de l'ancienneté dans l'entreprise, il y a lieu de prendre en considération la période pendant laquelle le travailleur est demeuré sans interruption au service de la même entreprise ainsi que les périodes de chômage involontaire, immédiatement précédées et suivies par une période d'occupation dans la même entreprise (loi du 27 juin 1960, art. 6).

Les périodes que la loi ou la jurisprudence déclarent être des périodes de simple suspension du contrat, y compris les périodes de grève ne constituent pas des interruptions de l'occupation dans l'entreprise<sup>(40)</sup>.

Les indemnités sont dues par l'employeur.

En outre, les employeurs doivent verser une cotisation annuelle au «Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise».

Ce Fonds intervient en cas de défaillance de l'employeur. Il a pour mission de payer aux travailleurs intéressés les indemnités spéciales, dans le cas où l'employeur n'a pas effectué le paiement de ces indemnités dans les quinze jours qui suivent la cessation du contrat ou, lorsque la cessation du contrat est antérieure à la fermeture, dans les quinze jours qui suivent cette fermeture (loi du 27 juin 1960, art. 9).

L'employeur est tenu de rembourser au Fonds le montant des indemnités que celui-ci a payées (ibid., art. 16).

Il est malaisé d'affirmer avec certitude que cette loi modifie les principes fondamentaux du droit social, à la fois en raison de son caractère temporaire et en raison de ce que certains parlementaires qui l'ont votée l'ont conçue comme une simple loi de circonstance destinée à parer à certains abus qui s'étaient produits. Il n'empêche que cette loi donne une consistance à la notion d'attachement du salarié à l'entreprise au-delà du contrat.

---

(40) Rapp. Comm. Chambre 1959-1960, n° 289-11, p. 36-37.

## CHAPITRE II

LE RÔLE DU LOUAGE DE SERVICES COMME SOURCE  
JURIDIQUE DES RAPPORTS DE TRAVAIL*Section I*LE DÉCLIN DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ  
COMME SOURCE DE LA RÉGLEMENTATION  
DES RAPPORTS DE TRAVAIL§ 1. INTERVENTIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES  
CONCERNANT LA CONCLUSION DU LOUAGE DE SERVICES:  
LA RÉGLEMENTATION DE L'EMBAUCHAGE

76. Jusqu'il y a quelques mois, l'embauchage des nationaux était absolument libre, exception faite pour l'industrie diamantaire dont nous parlerons au n° 77.

La loi du 14 février 1961 jette les bases d'une réglementation à cet égard. Son article 18 dispose:

Dans la mesure où les conditions du marché de l'emploi le justifient, le Roi peut, par arrêté motivé et délibéré en conseil des ministres, soumettre à autorisation ou à déclaration préalable l'embauchage, le licenciement et la mise en chômage pendant une période limitée, de travailleurs ou de certaines catégories de travailleurs, ainsi que l'instauration ou la modification d'un régime de travail à temps réduit.

Il peut également, dans les mêmes conditions, imposer aux employeurs la notification à l'Office national de l'emploi, de tout ou partie des places vacantes dans son entreprise.

77. La loi du 30 décembre 1950 a trait à l'organisation de l'industrie diamantaire. Nul ne peut ni travailler le diamant, soit au service d'autrui, soit pour son propre compte, ni embaucher un salarié pour travailler le diamant, s'il n'est porteur d'une autorisation spéciale.

78. L'arrêté royal n° 285 du 31 mars 1936 régleme l'emploi de la main-d'oeuvre étrangère. Cet arrêté royal vise, de la façon la plus générale, tout emploi rémunéré ou non rémunéré d'un étranger en qualité de travailleur manuel ou intellectuel.

En principe, pour que l'emploi d'un travailleur étranger soit licite, il faut à la fois que son employeur ait une autorisation ministé-



rielle de l'occuper et qu'il ait lui-même une autorisation ministérielle de travailler.

L'étranger qui occupe un emploi en violation de l'arrêté et l'employeur qui occupe un étranger en violation de l'arrêté sont l'un et l'autre punissables de peines correctionnelles.

L'autorisation de faire travailler et le permis de travail délivré au travailleur sont l'un et l'autre demandés par l'employeur.

Les autorisations sont temporaires; elles sont limitées à une catégorie d'occupations déterminées.

Toutefois, l'autorisation de faire travailler n'est pas requise pour l'occupation de travailleurs exerçant certains métiers et professions. En ce cas, c'est le travailleur qui doit lui-même solliciter le permis de travail, mais l'employeur qui emploie, dans l'un de ces métiers, un étranger qui n'est pas en possession du permis, commet une infraction. Employeur et travailleur sont l'un et l'autre punissables.

Le permis de travail ne peut être refusé à certaines catégories de personnes. Il en est ainsi, par exemple, de personnes qui justifient d'un séjour régulier et ininterrompu de dix ans au moins en Belgique.

Les autorisations préalables ne sont pas exigées en ce qui concerne les travailleurs de nationalité luxembourgeoise ou néerlandaise.

## § 2. INTERVENTIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES CONCERNANT LES SALAIRES

79. Sauf au cours de la deuxième guerre mondiale et de la période qui a suivi immédiatement, le législateur n'est pas intervenu pour fixer le taux des salaires. Au regard de la loi, la détermination du salaire est laissée à la complète liberté des parties.

Notons, cependant, pour être tout à fait complet, qu'il y a encore quelques séquelles de la réglementation mise en vigueur il y a une quinzaine d'années.

Par contre, le taux des salaires fait généralement l'objet d'accords collectifs du travail et, notamment, il y a eu, à ce sujet, quelque 500 décisions de commission paritaire rendues obligatoires par arrêté royal.

80. Les modalités du paiement des salaires: époques et lieu de paiement des salaires, interdiction du paiement en marchandises, retenues sur les salaires ont fait l'objet de nombreuses dispositions légales. La législation protectrice des travailleurs s'est progressivement amplifiée à cet égard.

A la loi originaire du 16 août 1887 sur le paiement des salaires des ouvriers ont été ajoutées:

- par la loi du 15 juin 1896, la limitation du total des retenues du chef d'amendes;
- par la loi du 10 mars 1900, la limitation du total des retenues du chef de dommages et intérêts pour malfaçon ou détérioration de matériel;
- par la loi du 30 juillet 1901, la réglementation du mesurage du travail des ouvriers;
- par la loi du 7 juillet 1936, l'interdiction des retenues du chef de cotisations à des caisses de secours et de prévoyance;
- par la loi du 22 mars 1940, la réglementation de la distribution des pourboires;
- par la loi du 22 juin 1953, une nouvelle réglementation du lieu de paiement des salaires et la protection des travailleurs contre l'intervention des tenanciers de cantines. Les dispositions de la loi du 22 juin 1953 sont applicables à la protection des employés aussi bien qu'à celle des ouvriers.

### § 3. INTERVENTIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES CONCERNANT LES CONDITIONS DE TRAVAIL

81. Le législateur n'est d'abord intervenu qu'en vue de protéger les femmes et les enfants. C'est l'objet de la loi du 13 décembre 1889. Les dispositions de cette loi ont été amplifiées à de nombreuses reprises:

- loi du 10 août 1911 qui interdit le travail de nuit des femmes;
- loi du 26 mai 1914 qui élève de 12 à 14 ans l'âge d'admission au travail;
- loi du 14 juin 1921 qui limite de façon plus stricte la durée du travail;
- loi du 17 mars 1948 qui porte à 12 semaines le repos à l'occasion des couches;
- loi du 15 juillet 1957 qui élève, en principe à 18 ans, l'âge d'admission dans les travaux souterrains des mines.

82. L'intervention législative en vue de protéger tous les salariés quel que soit leur sexe et quel que soit leur âge est nettement postérieure.

Elle a débuté par la loi du 2 juillet 1899 sur la sécurité et l'hygiène du travail des ouvriers. Cette loi a été étendue au bénéfice des employés par la loi du 25 novembre 1937; elle a été remplacée par une

loi plus large encore: la loi du 10 juin 1952 concernant la santé et la sécurité des travailleurs ainsi que la salubrité du travail et des lieux de travail.

83. Les intervalles obligatoires de repos ont également fait l'objet d'interventions successives du législateur:

- loi du 17 juillet 1905 qui institue le repos dominical;
- loi du 8 juillet 1936 qui crée le premier régime des congés annuels payés. Ce régime a été modifié et amplifié à une dizaine de reprises. Il fait actuellement l'objet des lois coordonnées par arrêté royal du 9 mars 1951 et modifiées en dernier lieu par la loi du 4 juillet 1956;
- arrêté-loi du 25 février 1957 qui accorde aux travailleurs salaire et repos pendant 10 jours fériés par an.

84. C'est la limitation légale de la durée journalière et hebdomadaire de l'ensemble des travailleurs qui s'est fait le plus attendre.

Une loi de 1909 a traité à la limitation de la durée du travail à 9 heures par jour dans les mines.

Pour l'ensemble des ouvriers, hommes majeurs compris, il faut attendre la loi du 14 juin 1921 instituant la journée de 8 heures et la semaine de 48 heures qui s'inspire de la convention de Washington de 1919 et est même plus exigeante en de nombreux points.

Cette loi est toujours en vigueur telle quelle.

Sans doute, la Belgique a connu depuis une tendance vers la semaine de 40 heures. Il y a même eu quelques réalisations en ce sens. Si une loi du 9 juillet 1936 sur le principe des 40 heures n'a eu aucun effet pratique, deux industries font l'objet de lois spéciales effectivement appliquées:

- loi du 22 décembre 1936 sur le régime des quatre équipes (42 heures par semaine) dans les verreries à vitre automatiques;
- loi du 16 mai 1938 instituant la semaine de 40 heures dans l'industrie diamantaire.

Mais au cours de la dernière décennie sont très nombreuses les décisions de commission paritaire qui ont limité la durée hebdomadaire du travail à moins de 48 heures (aux environs de 45 heures).

85. Toutes les lois que nous venons d'indiquer dans ce paragraphe se terminent par des dispositions pénales qui prévoient des peines correctionnelles ou de police à appliquer unilatéralement aux employ-

eurs qui font ou qui laissent travailler en dehors des limites ou des conditions indiquées. Le fait de travailler soi-même n'est pas punissable.

Il y a une seule exception: la loi du 16 mai 1938 instituant la semaine de 40 heures dans l'industrie diamantaire édicte des sanctions pénales aussi bien à l'égard des personnes (patrons, travailleurs indépendants ou salariés) qui travaillent le diamant en dehors de l'horaire fixé, que contre les employeurs qui font ou laissent travailler en dehors de ces limites.

86. Signalons encore la loi du 22 juin 1960 instituant le repos hebdomadaire dans l'artisanat et dans le commerce. Mais cette loi n'est pas une loi de réglementation du travail. Elle ne limite ni la faculté de travailler ni celle de faire ou de laisser travailler.

Ce qu'elle interdit exclusivement pendant le jour «de repos» c'est la vente directe au consommateur, qui nécessite le contact avec la clientèle, et, dans les mêmes conditions, les prestations de service, artisanales et autres. Elle interdit aussi la livraison à domicile. Ce qu'elle régit ce sont les *rappports directs* avec la clientèle.

Quant à la loi du 6 avril 1960 concernant l'exécution de travaux de construction, elle constitue à certains égards une loi de réglementation du travail, mais nous avons vu que ce qu'en fin de compte elle prohibe et punit c'est le fait pour un entrepreneur de travailler après journée, le samedi ou le dimanche, *alors qu'il n'est pas immatriculé au registre de l'artisanat ou au registre du commerce et qu'il ne se présente pas comme tel au public, par enseigne, publicité ou autrement.*

Sans doute, il est interdit aux employeurs de faire ou de laisser travailler des ouvriers mais ce à des moments ou à des conditions qui étaient déjà prohibés soit par d'autres lois soit par des décisions de commission paritaire rendues obligatoires par arrêté royal.

Par la présentation et la limitation des interdictions édictées dans ces deux lois de 1960, on peut mesurer combien le législateur est encore soucieux à l'heure actuelle de ne pas porter directement atteinte au principe de la liberté du travail.

#### § 4. INTERVENTIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES CONCERNANT LA RÉSILIATION DU CONTRAT DE LOUAGE DE SERVICES

87. Jusqu'en 1922, nous l'avons vu, l'autonomie de la volonté jouait pleinement en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail. La

loi du 10 mars 1900 prévoyait bien un préavis de 7 jours mais ce préavis n'était pas dû s'il y avait convention ou usage contraire (art. 19).

C'est la loi du 7 août 1922 sur le contrat d'emploi qui a introduit des dispositions impératives en matière de préavis. Ces dispositions ont été nettement amplifiées par les modifications apportées à la loi du 7 août 1922 par la loi du 11 mars 1954 tandis que par la loi du 4 mars 1954 le législateur introduisait dans la loi sur le contrat de travail les techniques de la loi sur le contrat d'emploi.

De nouvelles modifications, dans le même sens, ont été apportées en matière de contrat d'emploi par la loi du 8 mai 1959 et en matière de contrat de travail par la loi du 20 juillet 1960 sur le salaire hebdomadaire garanti (<sup>40bis</sup>)

Remarquons que les dispositions de ces lois ne sont pas pénalement sanctionnées.

Nous venons ainsi d'exposer combien le principe de l'autonomie de la volonté est en déclin systématique et progressif en raison de la multiplication des interventions législatives en matière d'embauchage, de salaires, de conditions de travail et de stabilité de l'emploi. Il faut y ajouter l'effet des interventions d'origine professionnelle.

§ 5. INTERVENTIONS D'ORIGINE PROFESSIONNELLE  
AU NIVEAU DE LA BRANCHE D'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE:  
LES ACCORDS COLLECTIFS DU TRAVAIL

88. La pratique des accords collectifs du travail s'est développée au lendemain de la première guerre mondiale. Dans les branches les plus importantes de l'industrie des accords collectifs du travail ont été élaborés. Le gouvernement en favorisait la négociation en constituant des «commissions paritaires» composées de délégués des associations patronales et de mandataires des syndicats ouvriers, présidées par un fonctionnaire et siégeant dans les locaux du ministère du travail, mais à cette époque, aucune loi n'organisait les commissions paritaires et ne déterminait la force obligatoire de leurs décisions. Aussi, les accords collectifs du travail n'avaient-ils aucune force obligatoire par eux-mêmes. Tout au plus, pouvait-on affirmer que s'ils avaient été spontanément appliqués par la grande majorité des patrons et des ouvriers intéressés, ils devenaient, en raison de cette application, l'usage de la profession. Alors, ils suppléaient au silence des parties. Ainsi, arrivait-il qu'un ouvrier s'engage chez un employeur sans même qu'au moment de l'embauchage on précisât le taux du salaire.

---

(40bis) Pour les deux contrats par la loi du 10 décembre 1962.

Les parties se réfèrent tacitement au taux établi par un accord collectif du travail.

Les dispositions des accords collectifs du travail ne constituaient jamais que des règles supplétives.

L'arrêté-loi du 9 juin 1945 a établi le statut des commissions paritaires. Il a décidé que lorsqu'un accord collectif du travail est négocié en commission paritaire, adopté à l'unanimité des membres présents et, ensuite, rendu obligatoire par arrêté royal, il constitue alors la loi de la profession. Il est obligatoire, malgré toute convention contraire, pour tous les employeurs et pour tous les salariés qui composent la branche d'activité économique pour laquelle la commission paritaire est constituée.

Est considérée comme nulle et non avenue toute clause d'un règlement d'atelier ou d'une convention particulière qui est contraire aux dispositions rendues obligatoires (A. L. 9 juin 1945, art. 13).

Toute infraction aux décisions rendues obligatoires est punie d'une amende correctionnelle (A. L. 9 juin 1945, art. 16). Cette amende est applicable à toute personne qui, quelle que soit sa qualité, enfreint une obligation qui lui est imposée par la décision.

Au 31 décembre 1963, 1753 arrêtés royaux ont rendu obligatoires des décisions de commission paritaire.

Ces décisions ont porté sur un ou plusieurs points suivants:

- salaires (en général taux minimum, rarement taux fixe), avantages accessoires, primes de fin d'année, allocations complémentaires de vacances, congés payés pour motifs familiaux ou civiques, indemnités de gel;
- durée du travail, repos hebdomadaire, jours fériés payés, vacances annuelles payées, jours de chômage obligatoire, repos compensatoire pour travail de nuit;
- fonds de sécurité d'existence;
- règlements types des conseils d'entreprise; délégations syndicales du personnel, prestations d'intérêt public;
- application de l'article 12 de la loi sur le contrat de travail, vêtements de travail, formation professionnelle.

575 arrêtés royaux concernent les décisions relatives à des questions de salaires et autres avantages pécuniaires.

Les décisions de commission paritaire non rendues obligatoires par arrêté royal et les autres accords collectifs du travail sont obligatoires pour tous les employeurs et tous les salariés de la profession

considérée, pour autant qu'ils ne les aient pas écartés dans les contrats individuels qui les lient.

**§ 6. INTERVENTIONS D'ORIGINE PROFESSIONNELLE  
AU NIVEAU DE L'ENTREPRISE**

89. Les interventions d'origine professionnelle au niveau de l'entreprise peuvent être de trois ordres:

a) Accords collectifs du travail relatifs à une entreprise. Ces accords n'ont jamais qu'une valeur supplétive, car les commissions paritaires n'existant pas au niveau de l'entreprise, ils ne peuvent être rendus obligatoires par arrêté royal;

b) Décisions de conseils d'entreprise dans des matières pour lesquelles le conseil d'entreprise a un pouvoir de décision:

- fixation de la date des vacances annuelles et fixation des jours fériés de remplacement, lorsque la commission paritaire n'a pas pris une décision à ce sujet,
- distribution d'avantages octroyés par des oeuvres sociales dont les conseils d'entreprise ont la gestion.

Les décisions des conseils d'entreprise sont de nature dispositive.

c) Règlements d'atelier rédigés par les conseils d'entreprise et mis en vigueur par les employeurs.

**§ 7. APPLICATION DE REGLES DU DROIT DU TRAVAIL A DES SITUATIONS  
NE DECOULANT PAS D'UN LOUAGE DE SERVICES**

90. Les cas où, dans le secteur privé, des travailleurs sont obligés à des prestations de travail subordonné en dehors de l'exécution d'un contrat de travail sont rares en Belgique et nombre d'entre eux sont, par nature, incompatibles avec l'application des règles du droit du travail.

Les réquisitions constituent un cas extrêmement exceptionnel. La loi du 19 août 1948 sur les prestations d'intérêt public ne permet d'aboutir à des réquisitions qu'après recherche de maintiens au travail ou d'embauchages volontaires et qu'à la suite de la mise en oeuvre d'une procédure très lourde. De plus, jusqu'à présent, elle n'a guère été appliquée. Restent les réquisitions en cas de danger dans les mines. Elles sont peu nombreuses et ne visent en tout cas que des situations transitoires, si pas simplement l'accomplissement d'une mission déterminée.

Signalons que l'article 8 de la loi du 19 août 1948 dispose que l'exécution des prestations résultant de la présente loi ne modifie ni la nature ni les conditions du contrat qui unit l'employeur et le travailleur intéressés. Toutes les lois sociales leur restent applicables (40<sup>ter</sup>).

91. En Belgique, on ne conçoit pas des relations volontaires de travail subordonné dans les liens d'un contrat autre qu'un contrat de louage de services. Nous avons vu que le personnel payé au pourboire des hôtels, restaurants et cafés, les ouvreuses de théâtre, les porteurs des gares sont considérés comme liés par des contrats de travail ou d'emploi.

D'autre part, si un artisan est lié par un contrat autre qu'un contrat de louage de services, il est certain que les lois sociales ne lui sont pas applicables.

92. Il y a aussi le cas de personnes qui travaillent en état de subordination, en raison de relations de famille et en dehors de toute idée de contrat, ainsi l'épouse et les enfants qui aident un artisan indépendant dans un esprit de solidarité familiale sans avoir conclu avec lui un louage de services. Ils sont en état de subordination à l'égard du père. Celui-ci dirige le travail à titre de chef de famille et non comme employeur.

Ces subordonnés au chef de famille, la réglementation relative aux allocations familiales pour non-salariés les appelle des aidants (41).

Les deux législations de réglementation du travail qui ne précisent pas *in terminis* qu'elles ne sont applicables que là où il y a louage de services, la loi des huit heures et les lois coordonnées *sur le travail des femmes et des enfants* disposent, en des termes identiques, que sont exceptés les travaux effectués dans les établissements où ne sont employés que des membres de la famille, sous l'autorité soit du père ou de la mère, soit du tuteur, pourvu que ces établissements ne soient pas classés comme dangereux, insalubres ou incommodes ou que le travail ne s'y fasse pas à l'aide de chaudières à vapeur ou de moteurs mécaniques. (lois coord. par A. R. du 28 février 1919, art. 1 *in fine*; loi du 14 juin 1921, art. 1 *in fine*).

Le « Répertoire pratique du droit belge », chapitre: Travail des femmes et des enfants, enseigne que l'emploi au travail qui est visé dans

---

(40<sup>ter</sup>) La loi du 19 août 1948 a été modifiée et complétée par la loi du 10 juin 1963.

(41) Arrêté royal du 22 décembre 1938, art. 34 et 36; Comp. App. Gand 16 mars 1956. Bull. Ass. 1957. 30.



ces lois exige un contrat de louage de services qui place les intéressés sous l'autorité et la surveillance de l'employeur (42).

93. Il y a lieu d'envisager également le cas de personnes qui travaillent en état de subordination en raison de leur état ecclésiastique ou de leur appartenance à un ordre religieux (43). Les règles du droit du travail ne leur sont pas applicables.

Le législateur a eu l'attention attirée sur ce point. Lorsqu'il a élaboré la loi du 15 juin 1937 étendant la loi sur la journée de huit heures au personnel d'infirmierie des établissements hospitaliers publics et privés ainsi que des cliniques, il a, en vue d'écarter les religieux de la loi, précisé que les dispositions de la loi du 14 juin 1921 sont rendues applicables à l'ensemble du personnel *rémunéré occupé en vertu d'un contrat de travail ou d'emploi* dans les hôpitaux, etc. y compris les infirmières et les infirmiers.

94. En résumé, il n'y a guère de situations étrangères au louage de services auxquelles s'appliquent, en tout ou en partie, les règles du droit du travail. Si même en cherchant avec méticulosité, on en trouve quelques traces, ces exceptions sont tellement rares qu'elles ne contredisent pas le principe: tout le droit du travail est subordonné à la notion de louage de services.

Nous avons insisté sur ce que même dans les lois les plus récentes, le législateur détermine avec persévérance leur champ d'application par le critère contrat de travail et contrat d'emploi ou encore louage de services ou louage de travail.

---

(42) Répertoire pratique du droit belge, tome XV, chap. Travail des femmes et des enfants, n° 38.

(43) Mais il n'y a pas nécessairement incompatibilité entre la qualité de prêtre et celle de locateur de services (App. Bruxelles 18 juin 1960. Pas. 1961. II. 195).

*Section II*

*LE REJET DU LOUAGE DE SERVICES COMME SOURCE  
RELATION DE TRAVAIL  
ET STATUT DU TRAVAILLEUR DANS L'ENTREPRISE*

§ 1. LES THÉORIES DE LA RELATION DE TRAVAIL  
ET DE LA DÉTERMINATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL  
DANS LE CADRE DE L'ENTREPRISE

95. En Belgique, la théorie de la relation de travail n'a guère été développée.

En tout cas, il n'y a pas de théorie belge originale en cette matière. Les quelques auteurs belges qui traitent de la notion de relation de travail ou qui y font allusion se réfèrent à la théorie française et surtout aux écrits de Paul Durand.

Nous pouvons indiquer que quelques études ou notes écrites par des fonctionnaires dans la «Revue du travail» (organe du ministère du travail) s'inspirent de la théorie de la relation de travail<sup>(44)</sup>.

D'autre part, M. André Lagasse, professeur à l'université de Louvain, a consacré une remarquable étude aux «Sanctions disciplinaires dans les entreprises privées»<sup>(45)</sup>. M. Lagasse constate la nécessité et la réalité d'un droit disciplinaire de l'entreprise. Il constate que la législation positive est, dans certaines de ses dispositions, trop imprégnée des notions contractuelles et des doctrines strictement individualistes, pour pouvoir refléter exactement les phénomènes du pouvoir disciplinaire. Il déplore qu'à l'heure actuelle, la jurisprudence ne paraît pas pouvoir faire grand-chose; lorsque dans les décisions de jurisprudence apparaissent des indices du pouvoir disciplinaire, on le présente comme la simple exécution du contrat, en méconnaissance de la réalité. La législation en vigueur présente quelques pierres d'attente pour la construction du droit disciplinaire dans l'entreprise privée dans une conception institutionnelle. Il souhaite que le législateur se mette à l'oeuvre en vue de consolider les bases juridiques du droit disciplinaire de l'entreprise<sup>(46)</sup>.

---

(44) Citons par exemple: Roger Hoch, Les conseils d'entreprise et les règlements d'atelier. R. T. 1950, pp. 241 à 252; M. M. Champ d'application de la loi sur le contrat d'emploi (agents des organismes d'intérêt public) R. T. 1959 p. 167 à 170; M. D. contrat d'emploi (note sur C. P. App. Bruxelles 1<sup>er</sup> septembre 1957) R. T. 1959. 875 à 877.

(45) Revue de droit social 1957 pp. 183 à 199.

(46) Voir aussi intervention de M. André Lagasse au Colloque sur les sanctions civiles, disciplinaires et pénales en droit du travail, tenu à la faculté de droit de Liège les 24 et 25 avril 1961.

§ 2. EXAMEN CRITIQUE — RÔLE CONSERVÉ PAR LE CONTRAT  
COMME SOURCE DES RAPPORTS DE TRAVAIL

96. En constatant qu'à l'heure actuelle plus personne ne pense que le contrat de louage de services, en tout cas dans ses variétés: contrat de travail et contrat d'emploi, est une convention selon les perspectives du code civil, il y a déjà les prolégomènes d'une théorie de la relation de travail.

Le louage de services présente une particularité d'une importance considérable qui le distingue de tous les autres contrats: le salarié concède à un employeur la jouissance de son activité. L'engagement du locateur de services a pour effet d'immobiliser la totalité de sa personne. La force de travail, qui est l'objet de l'engagement, est inséparable de l'individu qui la fournit. Il y a là une vérité élémentaire qui n'a été solennellement reconnue qu'au XX<sup>e</sup> siècle: le travail ne doit pas être considéré simplement comme une marchandise ou un article de commerce.

En conséquence du grand nombre des dispositions impératives, résultant des lois, des arrêtés royaux et des décisions de commission paritaire rendues obligatoires, concernant le paiement des salaires, les conditions de travail et la dissolution des contrats, le rôle délaissé à l'autonomie de la volonté est de plus en plus ténu; les choix laissés aux parties lors de la conclusion du contrat sont de moins en moins importants.

Par l'embauchage, le salarié est inséré dans l'ensemble que constitue l'entreprise. Nous avons vu que plusieurs dispositions de la loi du 10 mars 1900 y font expressément allusion.

Sur ces prolégomènes, il n'y a pas de discussion possible, mais il faut avouer qu'ils n'apportent rien d'imprévu.

97. Mais si la théorie de la relation de travail consiste à poser, en principe, qu'il peut y avoir des relations de travail subordonné, sans une convention préalable, sans un abandon librement consenti, elle présente le grave inconvénient de laisser supposer que les travailleurs manuels ou les travailleurs de bureau sont, par état, prédestinés à être les subordonnés d'autres hommes.

A vrai dire, cet inconvénient est considérablement atténué dans la formulation que lui ont donnée au cours des dernières décennies, les meilleurs des meilleurs; et je voudrais en les citant, rendre un

hommage affectueux et ému au grand maître qu'était Paul Durand. Ne dit-il pas (47):

«En premier lieu, il ne suffit pas de constater l'adhésion à l'institution. Encore faut-il en rechercher la cause: l'obligation d'entrer dans la communauté. Cette cause se trouve normalement dans un accord de volontés et l'on ne voit pas pourquoi cette convention, créatrice d'une obligation, ne mériterait pas le nom de contrat. De ce point de vue, l'importance attachée au contrat a une valeur psychologique. Le contrat manifeste l'engagement de deux volontés, libres de se lier et d'organiser, serait-ce dans une mesure limitée, leurs rapports respectifs. L'attachement au contrat marque, à la fois, le respect pour les droits de la personne et la répugnance pour les mesures autoritaires d'emploi de la main-d'oeuvre.»

98. Des relations de travail et, par conséquent, un état de subordination en dehors de l'exécution d'un contrat n'existent guère en Belgique.

Les réquisitions constituent un cas extrêmement exceptionnel. Nous avons vu qu'on ne peut guère citer que les réquisitions en cas de danger dans les mines. Elles sont peu nombreuses et ne visent en tout cas que des situations transitoires, si pas simplement l'accomplissement d'une mission déterminée. En tout cas, ces réquisitions sont le fait de l'autorité publique et le devoir d'y répondre est de la même nature que celui d'accomplir les obligations militaires.

Pour deux autres cas, celui des contrats nuls et celui des ouvriers prêtés le droit belge a ses propres explications:

*Contrats nuls:* Lorsqu'un contrat de travail est annulé en tout ou en partie parce qu'il viole des dispositions de lois de protection ouvrière qui n'édicte des sanctions pénales qu'à l'égard des employeurs qui font ou qui laissent travailler contrairement à ses dispositions, la nullité est simplement relative pour le passé et l'ouvrier seul peut s'en prévaloir (48).

*Ouvriers prêtés:* Ou bien en vertu d'une clause explicite du contrat ou des usages de la profession, le patron prêteur pouvait prêter l'ouvrier à son collègue, alors le patron prêteur reste l'employeur de l'ouvrier et l'emprunteur est le préposé du prêteur dans la direction et la surveillance, ou bien le patron prêteur n'avait pas ce droit et l'ouvrier a accepté expressément ou tacitement, alors il y a un contrat de travail temporaire entre le patron emprunteur et l'ouvrier (49).

(47) *Traité de droit du travail* - Paris, Dalloz, t. II, 1950, n° 120, 2121.

(48) Cass. 7 juin 1928. Pas. 175.

(49) Cass. 16 février 1953. Pas. 1953, I, 451; Rev. crit. jurispr. belge 1953 et note Horion.

99. Nous avons vu avec quelle persévérance le législateur belge a tenu jusqu'en ces toutes dernières années à ne pas heurter de front le principe de la liberté du travail. Sauf une seule exception ne concernant qu'une industrie, il ne punit jamais le seul fait de travailler soi-même, ni comme patron, ni comme indépendant, ni comme salarié. De façon persistante, il tient à ce principe, quitte à rendre les normes qu'il édicte de contrôle difficile et d'application illusoire.

D'autre part, toutes les lois concernant la réglementation du travail, le risque professionnel et la sécurité sociale, même les plus récentes ne sont applicables que là où un employeur et un salarié se sont volontairement placés dans les liens d'un louage de services.

Notons aussi que le contractualisme absolu du droit social belge se marque encore par le droit discrétionnaire de congé avec préavis, donné aux deux parties au louage de services, et par l'absence de disposition légale sur le transfert des obligations contractuelles en cas de cession d'entreprise.

Supposer, en dehors d'innovations législatives adéquates, qu'il pourrait y avoir des règles de travail subordonné dont le champ d'application n'est pas conditionné par la conclusion d'un louage de services serait faire un raisonnement juridique contre la volonté réitérée du législateur.

100. Il ne faudrait cependant pas conclure de ce qui précède que le droit belge ne connaît pas, dès à présent, les premiers éléments de formation d'un droit de l'entreprise.

Nous avons déjà insisté sur ce que dès 1900 la loi sur le contrat de travail présume que le travailleur est inséré dans l'ensemble que constitue l'entreprise, mais c'est l'effet du contrat. L'institution des conseils d'entreprise est un autre élément positif.

Il en est d'autres encore. Ainsi notons:

- que si aucune disposition légale n'organise le transfert des obligations contractuelles, l'employeur cessionnaire doit, lorsqu'il a volontairement repris un ouvrier ou un employé de son prédécesseur et veut ensuite le congédier, lui donner un préavis dont la longueur est fonction de la durée des services chez les deux employeurs successifs;
- que des avantages tels que jours fériés payés et vacances annuelles payées sont dus en fonction de la durée des services effectués même chez plusieurs employeurs successifs. Qu'ainsi il importe peu qu'un contrat de travail prenne fin et puis que

la rupture étant consommée, le même employeur reprenne à son service le même ouvrier dans les liens d'un nouveau contrat. Les prédicts avantages sont établis d'après la durée des services en exécution des deux contrats;

- que l'article 18 de la loi du 14 février 1961 permet à des arrêtés royaux de subordonner les licenciements à des régimes d'autorisation ou de déclaration préalables.

Enfin, le droit disciplinaire est une manifestation de la notion juridique de l'entreprise; pour les ouvriers, il est organisé par la loi de 1896 sur les règlements d'atelier<sup>(50)</sup>. L'employeur n'a pas, en raison de son état, un pouvoir disciplinaire, mais en vertu du contrat de travail, il doit exercer une mission disciplinaire.

Je souhaite que des lois nouvelles rajeunissent les textes de la loi sur le règlement d'atelier, qu'elles les articulent avec les pouvoirs donnés en cette matière aux conseils d'entreprise, que la fonction disciplinaire soit organisée d'une façon plus détaillée et soit étendue à l'égard des employés.

101. Jusqu'à présent, le droit belge explique tout par le contrat, par souci de sauvegarder au mieux les principes de liberté du travail et d'égalité des citoyens. Les détracteurs de cette technique peuvent faire valoir contre cette amplification du contenu du contrat de louage de services, tous les arguments par lesquels il dénie que les contrats d'adhésion soient de véritables contrats.

Mais, en Belgique, la théorie qui nie que le contrat d'adhésion soit un véritable contrat ou encore qui dispense le juge d'appliquer

(50) En ce qui concerne les employés, il n'y a aucune disposition légale hormis l'attribution du droit à l'employeur de mettre fin au contrat sur l'heure, lorsque l'employé s'est rendu coupable d'un manquement grave. Mais ce droit de résiliation immédiate en cas de faute grave de l'autre partie est présenté de façon strictement réciproque. Il est attribué à l'employé comme à l'employeur. Aussi, s'il s'agit certainement d'une sanction civile, on peut en raison de cette réciprocité mettre en doute qu'il s'agisse d'une sanction disciplinaire.

Une enquête à laquelle Mme Ravet-Schyns, assistante à l'université de Liège, a procédé dans une quinzaine d'entreprises établit que très souvent l'employeur recourt, en dehors de toute prévision légale à l'égard des employés, à des sanctions disciplinaires moins graves que le renvoi sans préavis. Mais il faut noter:

a) Qu'il est relativement rare qu'il organise un régime disciplinaire dont il communique à l'avance les dispositions détaillées. Dans les cas les plus nombreux, il se réserve des possibilités plus souples;

b) Sauf quant aux sanctions purement morales qui n'engendrent pas de difficultés juridiques, il ne recourt guère à des sanctions que pour des faits d'une réelle gravité qui justifiaient un renvoi sans préavis. S'il applique des retenues sur le salaire, des déplacements, des mises à pied, des rétrogradations, il les présente comme une transaction, que le salarié fautif s'empresse d'accepter plutôt que de s'exposer à un renvoi avec ou sans préavis. Dans certains établissements, il fait même signer l'employé pour accord. Ainsi, si l'employeur exerce une *fonction disciplinaire*, il ne s'attribue pas un *pouvoir disciplinaire*.

au contrat d'adhésion toutes les règles du code civil relatives au contrat n'a reçue aucune audience ni en doctrine ni en jurisprudence <sup>(51)</sup>.

### APPENDICE

#### *Loi du 10 décembre 1962, modifiant notamment la loi sur le contrat de travail et les lois coordonnées sur le contrat d'emploi*

La loi du 10 décembre 1962 ne contient aucun principe nouveau. Elle précise, corrige et développe les applications des principes qui ont guidé le législateur en 1954 et en 1960. Nous pouvons résumer comme suit la portée de ses dispositions principales:

1° Pour le cas de maladie de l'ouvrier, elle modère les conditions de l'octroi du salaire garanti: la durée de 14 jours d'incapacité est supprimée et remplacée par une carence d'un jour; la condition de 6 mois d'ancienneté est réduite à un mois. Elle unifie le régime, il n'y a plus de distinction entre les entreprises occupant au moins 10 travailleurs et celles qui n'occupent que moins de 10 travailleurs.

2° La loi étend au profit des employés engagés à l'essai et aux employés engagés pour une durée de moins de 3 mois le bénéfice du salaire hebdomadaire garanti. Elle alloue la rémunération de 30 jours aux employés qui, engagés pour une durée d'au moins 3 mois, sont malades au cours des 3 premiers mois.

3° Pour le cas d'accident du travail, la loi dispose explicitement que la victime doit pour la période de 7 jours percevoir au moins le montant des indemnités journalières dues en raison de l'accident, même dans le cas où pendant cette période elle aurait été soumise à un régime de chômage partiel. Il est ainsi coupé court à toute possibilité de controverse sur ce point.

4° Pour le cas de manque de travail résultant de causes économiques, la loi apporte de nombreuses précisions techniques; ainsi, elle limite la durée d'un régime de travail à temps réduit comportant moins de 3 jours de travail par semaine ou moins d'une semaine de travail sur 2 semaines.

5° Elle étend le bénéfice du salaire hebdomadaire garanti au profit des bateliers.

---

(51) Cons.: H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, t. II, 2<sup>e</sup> édition 1948, n<sup>os</sup> 553 et 554.

6° Elle constitue une nouvelle étape vers l'unification des normes applicables aux ouvriers et aux employés; non seulement de nombreuses dispositions relatives au salaire hebdomadaire garanti sont rédigées dans des termes identiques en ce qui concerne le contrat de travail et le contrat d'emploi, mais débordant cette matière, la loi du 10 décembre 1962 modifie plusieurs articles relatifs au licenciement de la loi sur le contrat de travail et des lois coordonnées sur le contrat d'emploi, en vue d'unifier les règles applicables aux deux catégories de salariés.

*Avril 1962*



LE CONTRAT DE TRAVAIL  
DANS LE DROIT DE LA  
RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

par

DR GERHARD BOLDT

*Professeur*

*Président de chambre au tribunal fédéral du travail de Kassel*



## TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations . . . . .	229
Introduction - L'évolution de l'institution juridique du contrat de travail en Allemagne . . . . .	231
<b>CHAPITRE I — LE MÉCANISME JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL . . . . .</b>	<b>236</b>
Section I - La notion de contrat de travail . . . . .	236
§ 1. Définition et caractère juridique . . . . .	236
§ 2. Le contrat de travail et les autres conventions et rapports juridiques apparentés . . . . .	239
§ 3. Les différents types de contrat de travail . . . . .	243
Section II - La conclusion du contrat de travail . . . . .	251
§ 1. Le principe de la libre circulation appliqué au choix du lieu de travail . . . . .	251
§ 2. Les parties au contrat . . . . .	252
§ 3. Le droit de contracter . . . . .	253
§ 4. Les restrictions relatives au contenu des contrats de travail . . . . .	255
§ 5. La forme du contrat de travail . . . . .	257
§ 6. L'intervention du conseil d'entreprise . . . . .	258
§ 7. Les effets des vices du contrat de travail . . . . .	259
Section III - Les effets du contrat de travail . . . . .	260
§ 1. Généralités . . . . .	260
§ 2. Les obligations du travailleur . . . . .	260
I. La prestation de services . . . . .	260
II. Autres obligations . . . . .	265
§ 3. Les obligations de l'employeur . . . . .	270
I. Le paiement du salaire . . . . .	270
II. L'obligation de procurer du travail . . . . .	280
III. L'obligation d'assistance . . . . .	281
IV. L'égalité de traitement . . . . .	283
V. Les congés payés . . . . .	284
VI. Le certificat de travail et les renseignements . . . . .	286

Section IV - La cessation du contrat de travail . . . . .	288
§ 1. Généralités . . . . .	288
§ 2. La protection contre le licenciement . . . . .	290
§ 3. Les effets à posteriori des droits et obligations décou- lant du contrat . . . . .	291
Section V. - La transmission de la relation de travail . . . . .	292
§ 1. Généralités . . . . .	292
§ 2. La transmission des droits et obligations du travailleur	293
§ 3. La transmission des droits et obligations de l'employeur	294
CHAPITRE II — LE RÔLE DU CONTRAT DE TRAVAIL COMME SOURCE JURIDIQUE DES RAPPORTS DE TRA- VAIL . . . . .	297
Section I - Le déclin du principe de l'autonomie de la volonté comme base de la réglementation des rapports de travail . . . . .	297
§ 1. Limitations apportées par la loi . . . . .	298
§ 2. Interventions d'origine professionnelle . . . . .	301
I. Conventions collectives . . . . .	301
II. Accords d'entreprise ou d'établissement . . . . .	304
Section II - Relation de travail et contrat de travail . . . . .	305
§ 1. Notions théoriques . . . . .	305
§ 2. La théorie contractuelle et la théorie de l'intégration . . . . .	307
Conclusion . . . . .	310

### LISTE DES ABRÉVIATIONS

<b>ABG</b>	— Allgemeines Berggesetz	— Loi générale sur les mines
<b>ArbGG</b>	— Arbeitsgerichtsgesetz	— Loi sur les tribunaux du travail
<b>AZO</b>	— Arbeitszeitordnung	— Règlement sur la durée du travail
<b>BetrVG</b>	— Betriebsverfassungsgesetz	— Loi sur la représentation du personnel dans les entreprises
<b>BGB</b>	— Bürgerliches Gesetzbuch	— Code civil allemand
<b>GewO</b>	— Gewerbeordnung	— Code industriel
<b>GG</b>	— Grundgesetz	— Loi fondamentale
<b>HGB</b>	— Handelsgesetzbuch	— Code de commerce
<b>KSchG</b>	— Kündigungsschutzgesetz	— Loi sur la protection contre le licenciement



## INTRODUCTION

### *L'évolution de l'institution juridique du contrat de travail en Allemagne*

1. Dans l'ancien droit germanique, la prestation de travail était avant tout le fait de l'homme «non libre», mais on connaissait aussi déjà le «contrat de vassalité ou de «recommandation» (Treudienstvertrag), qui était une relation originale entre personnes juridiquement libres, à savoir le «seigneur» (senior) (Gefolgsherr) et le «vassal» (Gefolgsmann). Sans abdiquer sa liberté personnelle, l'«homme» (Mann) se mettait au service du senior, qui lui accordait en échange un droit de protection, d'aide et de représentation. On a vu dans ce rapport de droit reposant sur le principe de la fidélité réciproque une sorte de lien familial entre maître et serviteur (1).

2. Il a fallu attendre le Moyen Age pour voir apparaître le contrat de travail proprement dit, dont les types principaux étaient le contrat de compagnonnage (*Gesellenvertrag*) et le contrat de domestique (*Gesindevertrag*). Mais il existait en outre nombre d'autres types de contrats de travail, dont ceux des compagnons mineurs (*Bergknappen*) méritent une mention particulière (2). Dans ces contrats également l'élément personnel et en particulier l'idée de fidélité ont joué un rôle notable, encore que les opinions divergent sur son importance.

---

(1) Voir von Gierke, *Die Wurzeln des Dienstvertrages*, Berlin, Festschrift für Brunner 1914, p. 37, et Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6<sup>e</sup> éd., t. I, p. 147.

(2) Voir Boldt, *Das Recht des Bergmanns*, 3<sup>e</sup> éd., p. 64, et les références bibliographiques figurant dans cet ouvrage.

3. L'idée que le contrat de travail est un contrat constitutif de communauté dominé par le principe de l'obligation de fidélité réciproque, et qu'il ne se ramène donc pas à un simple rapport d'obligation en vue de l'échange de services, s'est perpétuée jusqu'à aujourd'hui. Toutefois, la «réception» du droit romain a entraîné l'adoption, par la doctrine du droit commun, des notions romaines de *locatio conductio operarum*, axée sur la prestation de travail en tant que telle, de la *locatio conductio operis*, axée sur le résultat du travail, ainsi que de la *locatio conductio rei*, qui n'est autre que le louage de choses. On le voit au seul fait que les légistes influencés par le droit romain ont fondu en une seule notion générique le louage de choses et ce qu'on appelle le louage de services et d'ouvrage. Cette influence du droit romain sur la doctrine juridique ne s'est toutefois pas imposée jusqu'au stade de la pratique juridique. Ici ce sont au contraire, comme le soulignent justement Hueck et Nipperdey dans l'ouvrage cité, les règles particulières du droit germanique qui continuaient de s'appliquer, règles dans lesquelles l'élément personnel joue un rôle décisif; elles avaient le pas sur le droit commun.

4. Aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, le législateur n'a guère accordé d'intérêt au contrat de louage de services — ni, partant, au contrat de travail — pas plus qu'au contrat de louage d'ouvrage. En particulier, le droit général prussien (Allgemeines Landrecht) de 1794, qui, dans son ensemble, était une œuvre législative de premier ordre, n'accordait qu'une faible importance au régime du contrat de louage de services. Toujours est-il que les auteurs de ce code se sont efforcés, aux §§ 869 et suivants de la première partie, titre 11<sup>(3)</sup>, de définir une notion du contrat de travail à titre onéreux indépendante du louage, à l'inverse du code civil de 1804, qui rattachait le contrat de travail

(3) Le «droit général» (Allgemeines Landrecht) groupe ces dispositions dans la section «Des contrats par lesquels des choses sont promises contre des actions ou des actions contre des actions». Le contrat de louage de services (Dienstvertrag) a été soumis aux règles relatives aux contrats bilatéraux; en échange de l'action promise, il pouvait être convenu d'une prestation en «espèces ou en nature» ainsi que d'actions et d'omissions (§ 869). D'après ce texte, ce type de contrat comprenait non seulement les contrats de louage de services au sens actuel, mais encore, par exemple, l'entremise contre commission (Vermittlung gegen Provision), les contrats par lesquels on procure une caution ou l'on se porte soi-même caution. Le § 870 qualifiait la contrepartie de rémunération et en faisait un élément essentiel du contrat. En l'absence d'une clause de rémunération, le contrat était nul (§ 872). En revanche, si la rémunération n'était pas suffisamment précisée, sa détermination pouvait être complétée par avis d'expert (§ 871). Dans certaines conditions particulières, le paiement d'une rémunération pouvait être exigé, une fois la prestation fournie, même s'il n'avait pas été primitivement convenu d'aucune rémunération (§§ 873, 874). Si, en échange des services, il avait été convenu d'une chose ou de la cession d'un droit, au lieu d'argent, il y avait lieu d'appliquer les dispositions relatives à la vente ou à la cession (§ 875). En outre, il existait une réglementation des cas de résolution (§ 878) et d'impossibilité, avec les conséquences qui



au louage. Dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, un certain nombre de lois spéciales, en particulier le code industriel (*Gewerbeordnung*), le code de commerce et les lois minières, ont institué pour le contrat de travail un régime plus précis, encore qu'il ne soit nullement général, ni juridiquement satisfaisant. Même lors de la rédaction du code civil allemand à la fin du siècle dernier, il n'a d'abord été accordé que peu d'attention au contrat de louage de services. Le premier projet de ce code, fortement inspiré du droit romain, contenait en tout et pour tout huit paragraphes sur le contrat de louage de services. C'est à des juristes de l'école allemande, notamment à von Gierke (4), que l'on doit l'existence d'une réglementation légale du contrat de louage de services, au moins dans la forme qui, pour l'essentiel, se déduit aujourd'hui encore des §§ 611 à 630 BGB. Sous l'influence de la pensée libérale alors dominante, le législateur voyait dans le louage de services un simple contrat d'obligation stipulant l'échange d'un travail contre un salaire. D'où le classement du louage de services dans la section «Divers rapports d'obligation», à côté de la vente et des baux à ferme et à loyer.

5. Il n'existe pas encore, à ce jour, de réglementation uniforme du contrat de travail. Ni le régime politique antérieur à 1945 ni la République fédérale n'ont réussi à unifier le droit du contrat de travail. Les tentatives en ce sens n'ont pourtant pas manqué depuis plusieurs dizaines d'années. Dès la promulgation du code civil allemand en décembre 1896, le Reichstag votait une résolution donnant mission au gouvernement du Reich «de veiller à ce que les contrats par lesquels une personne s'oblige à employer une partie de sa force de travail, physique ou intellectuelle, pour des prestations domestiques ou dans une entreprise industrielle commerciale ou artisanale, au service d'une

---

en résultent en matière de dommages-intérêts et de résolution (§§ 879 à 889). Il existait des dispositions spéciales pour les contrats passés avec les domestiques ainsi qu'avec des travailleurs manuels et des journaliers (§§ 894 et suivants). Aux domestiques s'appliquaient en outre les dispositions du règlement du 8 novembre 1810 (recueil des lois des États prussiens, page 101), qui s'était substitué aux §§ 1 et suivants du titre 5, partie II. Étaient également réglementés le droit de direction du maître (§ 895) ainsi que la responsabilité du débiteur de services en cas de malice survenue par sa faute dans le travail convenu (§§ 898, 899). Une substitution n'était possible qu'avec le consentement du maître (§ 900). Le «droit général» connaissait le contrat de louage de services à durée indéterminée, résiliable sous préavis d'un jour (§§ 905, 906) et le contrat à durée déterminée, en vertu duquel celui qui engageait ses services ne pouvait être licencié que pour motif grave (incapacité, autres manquements à ses devoirs) (§ 907). En outre, il contenait déjà des dispositions relatives à la demeure du débiteur de services et du maître (§§ 908 et 919 réglementant en outre les détails relatifs à l'impossibilité). Aux contrats de louage de services passés avec des artisans (maîtres artisans) et des artistes s'appliquaient également en principe les dispositions concernant les travailleurs manuels (§ 920), à moins qu'il n'ait été convenu d'un contrat d'entreprise, régi par les §§ 925 et suivants.

(4) *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, p. 245.

autre personne, fassent le plus tôt possible l'objet d'une réglementation uniforme pour l'ensemble du Reich allemand». La constitution de Weimar du 11 août 1919 stipulait expressément, à l'article 157: «La force de travail jouit de la protection particulière du Reich; le Reich assure l'unification du droit du travail.»

Sous la République de Weimar comme pendant le régime national-socialiste, divers organismes se sont préoccupés du projet de réglementation juridique du contrat de travail, sans toutefois que leurs travaux aient été couronnés de succès<sup>(5)</sup>. C'est pourquoi, dans la République fédérale, le régime juridique du contrat de travail pêche par une grave *dispersion* des textes, laquelle se traduit maintes fois par des différences de réglementation objectivement peu concevables en ce qui concerne certaines catégories de contrats. C'est le cas, par exemple, en matière de délai congé, de certificat de travail, etc. Seules certaines matières, comme la protection générale contre le licenciement, ont été traitées de façon homogène dans l'ensemble.

6. Ces dernières années, de nouvelles tentatives d'unification du régime juridique du contrat de travail ont été faites dans la République fédérale. Elles entrent dans le cadre d'un vaste effort qui vise à unifier dans un *code du travail* tous les textes réglementant le droit du travail. C'est ainsi que, dans les principes de politique sociale<sup>(6)</sup> définis en 1949 au cours du congrès constitutif du Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB) (Fédération des syndicats allemands), ce dernier demandait déjà l'établissement d'un code du travail. Ceux des principes précités qui concernent le contrat de travail mettent particulièrement l'accent sur l'élément personnel de ce contrat, sur l'égalité des salaires et sur la question du licenciement. Les résolutions votées lors du 3<sup>e</sup> congrès fédéral ordinaire du DGB en 1954 contiennent, entre autres revendications, celle d'un code du travail unifié<sup>(7)</sup>. Un an plus tard, en 1955, la question faisait également l'objet de la conférence des présidents des tribunaux du travail des Länder, au cours de laquelle les avantages et inconvénients d'une telle œuvre législative furent abondamment discutés. Les premières

(5) Voir «*Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes*», établi par la Commission de droit du travail instituée par le ministre du travail du Reich, publié dans *Reichsarbeitsblatt*, 1923, 28<sup>e</sup> fascicule spécial, n<sup>o</sup> 2, ainsi que le «*Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis*», établi par la Commission de droit du travail de l'Académie für Deutsches Recht; voir Hueck, «*Der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis*» dans *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* 1939, p. 298.

Le premier exposé général du droit relatif aux contrats de travail est l'œuvre de Lothmar, *Der Arbeitsvertrag*, Leipzig, t. I, 1902; t. II, 1908.

(6) Voir la revue «*Recht der Arbeit*», année 1949, p. 459.

(7) «*Recht der Arbeit*», année 1954, p. 457.

mesures législatives ont été adoptées à la suite d'une motion<sup>(8)</sup> déposée le 15 octobre 1958 par le groupe FDP au Bundestag et dans laquelle le parti démocrate libre (FDP) demandait le dépôt d'un projet de code du travail allemand rassemblant toute la législation du travail. Le 28 janvier 1959, le Bundestag<sup>(9)</sup> vota le renvoi de cette motion à la commission du travail et à la commission juridique, qui y consacrèrent au total cinq réunions<sup>(10)</sup>. Au cours des travaux de ces commissions, le représentant du ministère du travail et des affaires sociales esquissa la structure d'un code du travail. Un premier livre devait énoncer la définition des notions générales de travailleur, d'employeur et de relation de travail. Un second livre contiendrait l'ensemble du droit du travail, avec toutes les lois annexes. La première section du second livre traiterait du droit individuel du travail. Il fut souligné à ce propos que, pour codifier les règles relatives au contrat de travail, le problème n'était pas seulement de rassembler des dispositions souvent éparses, principalement dans le code civil, le code de commerce, le code industriel et la loi sur les gens de mer, mais encore de trouver une solution moderne aux problèmes de principe posés par le régime juridique du contrat de travail. Il a été particulièrement question, en l'occurrence, du risque de l'entreprise, de l'absentéisme, de l'obligation d'assistance et de loyauté et du droit de direction, comme en témoigne le rapport écrit établi par la commission du travail<sup>(11)</sup>. Les difficultés considérables auxquelles se heurte une modification générale du droit du travail avaient amené la commission à n'envisager d'abord que la réglementation de certains domaines restreints, en particulier le régime du contrat de travail. Après une nouvelle délibération, on décida néanmoins, en accord avec la commission juridique, de ne pas renoncer à une codification générale. Mais pour tenir compte des difficultés d'une oeuvre aussi vaste, la motion primitive fut modifiée. Le gouvernement fédéral recevait désormais mandat d'engager les travaux préliminaires à un projet de code du travail allemand. Le texte amendé de la motion fut adopté à l'unanimité par le Bundestag au cours de sa séance du 2 décembre 1959<sup>(12)</sup>. Le nouveau régime juridique du contrat de travail ne trouvera donc place que dans le cadre général d'un code du travail et sa mise au point exigera encore de longues années d'efforts.

(8) Actes parlementaires, Bundestag, feuillet n° 563, 3<sup>e</sup> législature.

(9) Deutscher Bundestag — 3<sup>e</sup> législature — compte rendu sténographique de la 58<sup>e</sup> séance.

(10) Procès-verbaux de la Commission du travail — 3<sup>e</sup> législature — n°s 44, 47 et 50, procès-verbaux de la Commission juridique — 3<sup>e</sup> législature — n°s 58 et 73.

(11) Actes parlementaires, Bundestag, feuillet 1401, 3<sup>e</sup> législature.

(12) Deutscher Bundestag — 3<sup>e</sup> législature — compte rendu sténographique de la 91<sup>e</sup> séance.

## CHAPITRE I

## LE MÉCANISME JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL

## Section I

## LA NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL

## § 1. DÉFINITION ET CARACTÈRE JURIDIQUE

7. Par contrat de travail, on entend en droit allemand une convention par laquelle un travailleur s'oblige à fournir une prestation de travail au service d'un employeur. Le contrat de travail entre donc dans la grande catégorie des contrats de louage de services, réglementés dans le détail, encore que de façon incomplète, aux §§ 611 à 630 BGB. Mais, tandis que, par contrat de louage de services, on entend une convention par laquelle la prestation de services est promise en tant que telle de façon tout à fait générale, la nature de la rémunération promise en échange étant elle-même indéterminée, du moins dans le cas normal, le contrat de travail a ceci de particulier que la prestation des services s'inscrit dans un *rapport de dépendance*. Il s'agit ici, pour celui qui engage ses services, d'une dépendance personnelle et non économique. La dépendance personnelle se caractérise par une soumission particulièrement rigoureuse aux instructions du maître<sup>(13)</sup>. La nature concrète des prestations indique s'il s'agit d'une subordination personnelle ou non<sup>(14)</sup>.

8. Il est vrai que la ligne de démarcation entre le louage de services à titre indépendant et à titre dépendant (le contrat de travail) n'est pas très fixe et que l'on peut dans certains cas se demander si le débiteur de services doit ou non être considéré comme travailleur. La question se pose, par exemple, pour les médecins-chefs des hôpitaux. C'est ainsi qu'aux termes d'un arrêt du tribunal fédéral du travail en date du 27 juillet 1961<sup>(15)</sup> le fait que le médecin-chef d'un hôpital agisse sous sa propre responsabilité sur le plan purement médical,

(13) Tribunal fédéral du travail, dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 7, concernant le § 5 ArbGG 1953; tribunal fédéral du travail, dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 2, concernant le § 4 TVG, domaine d'application; tribunal du travail du Land à Düsseldorf, dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 6, concernant le § 5 ArbGG 1953; tribunal du travail du Land à Brême, dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 1, concernant le § 611 BGB, relation de travail et société.

(14) Tribunal de travail du Land à Brême, dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 3, concernant le § 5 ArbGG 1953.

(15) Référence — 2 AZR 255/60 — sera publié dans la collection officielle.

sans être lié par des instructions de l'organisme assurant la gestion de l'hôpital, n'exclut pas que sa relation d'emploi puisse cependant être une relation de travail. De l'avis du tribunal, il y a relation de travail pour un médecin-chef quand ce dernier est par ailleurs lié, pour l'essentiel, par des instructions et qu'il dépend, de ce fait, personnellement de l'administration de l'hôpital (16).

9. Le contrat de travail est un *contrat de droit privé* puisqu'il règle les rapports de droit existant entre des personnes se mouvant dans la sphère du droit privé et placées en principe sur un pied d'égalité. C'est ce qui le différencie de la relation d'emploi du fonctionnaire, laquelle relève du droit public. Certes, les fonctionnaires ont, eux aussi, un «travail» à accomplir, ils sont également au service d'autrui. Mais, pour eux, l'obligation d'accomplir le travail ne découle pas d'un contrat de travail privé, comme dans le cas des travailleurs, mais d'une *relation d'investiture de droit public*. C'est pourquoi, en droit allemand, les fonctionnaires ne sont pas des travailleurs au sens propre du terme. Aussi les règles du droit du travail et, en particulier, les dispositions juridictionnelles ne leur sont-elles pas applicables. Les différends surgissant entre eux et l'autorité dont relève leur service sont au contraire portés devant les tribunaux administratifs. Il en va différemment, dans la fonction publique, pour les employés et les ouvriers. Bien que leur employeur soit également une personne morale de droit public, la relation de droit qui lie cette dernière à ses employés et ouvriers ressortit au droit privé; elle est par conséquent entièrement soumise aux règles du droit du travail.

10. Il a été brièvement signalé dans l'introduction que le code civil allemand, fortement marqué par les conceptions libérales et influencé par le droit romain, avait considéré le contrat de travail comme rele-

---

(16) En vertu de l'arrêt du tribunal fédéral du travail commenté dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 3 et concernant le § 611 BGB (professeurs chargés de cours), les personnes chargées d'enseigner dans des universités, écoles supérieures et instituts assimilés et qui n'appartiennent pas en tant que fonctionnaires au corps enseignant ont un contrat de louage de services sans subordination (*selbständiger Dienstvertrag*) et non pas une relation de travail lorsque le cours qui leur a été confié n'excède pas la durée d'un semestre. Le tribunal fédéral du travail estime qu'il n'y a pas subordination personnelle dans leur cas, attendu qu'ils sont à peu près entièrement libres dans l'exercice de leur activité enseignante et qu'ils ne sont pas liés par des instructions de l'autorité à laquelle ils ont engagé leurs services. Il peut être difficile de distinguer le contrat de louage de services sans subordination et le contrat de travail également dans le cas d'inventeurs principalement attachés à une entreprise ou dont les inventions sont exploitées exclusivement ou principalement par une entreprise. Ce cas se présente notamment lorsque sont mis à la disposition de l'inventeur des appareils, du matériel ou des documents de toute autre nature appartenant à l'entreprise ou lorsqu'il lui est réservé un emplacement de travail à l'intérieur de l'entreprise.

vant du droit des obligations, au même titre que la vente et les baux à ferme et à loyer. L'idée que le contrat de travail ne serait pas en vérité une convention stipulant une simple obligation, mais aurait un caractère personnel marqué, a été de plus en plus mise en relief depuis plusieurs dizaines d'années par les pionniers du droit du travail moderne, renouant avec des traditions héritées de l'ancien droit germanique. Otto von Gierke<sup>(17)</sup> a sans doute été l'un des premiers à évoquer ce lien avec le droit des personnes.

Dans la première édition de leur traité<sup>(18)</sup>, parue en 1930, Hueck et Nipperdey soulignaient déjà que le contrat de travail, tout en ressortissant au droit des obligations, plongeait une de ses racines dans le contrat de recommandation du droit germanique et qu'aujourd'hui encore il comportait un élément nettement personnel. La sixième édition du même traité<sup>(19)</sup>, parue en 1959, continue de soutenir que le contrat de travail au sens du code civil est une convention d'obligation, mais ses auteurs insistent sur le fait qu'il repose sur une communauté relevant du droit des personnes et qu'il s'agit donc d'un contrat constitutif de communauté, auquel ferait pendant non pas la vente, mais le contrat de société. Le travail que le travailleur doit accomplir en personne et dans un rapport de subordination personnelle à l'égard de l'employeur engage la personnalité dudit travailleur de toute autre manière que le simple engagement de livrer une chose. C'est alors l'obligation de loyauté réciproque qui est particulièrement mise en relief, c'est-à-dire, pour le travailleur, le devoir de servir les intérêts de l'employeur et, pour ce dernier, le devoir de protéger ceux du travailleur. Cette conception peut être considérée comme celle qui prévaut aujourd'hui largement dans la doctrine et la jurisprudence.

Dans un rapport récemment présenté au 6<sup>e</sup> congrès du Deutscher Arbeitsgerichtsverband, qui s'est tenu les 30 et 31 mai 1961 à Stuttgart<sup>(20)</sup>, Pinther, homme qui touche de près aux syndicats, mais qui, sans doute, s'est exprimé à titre purement personnel, a contesté que la relation de travail ait le caractère d'une communauté ressortissant au droit des personnes, le lien personnel étroit indispensable à cet effet n'existant pas dans la plupart des cas. La relation de travail serait plutôt un rapport continu d'obligation né d'un contrat de travail, les droits et obligations étant modifiés par le fait que ce sont

(17) *Deutsches Privatrecht*, t. III, p. 594.

(18) *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 87 et s.

(19) *Deutsches Privatrecht*, t. I, p. 115, voir *infra* au point 100 l'opinion différente de Nikisch.

(20) Publié sous le titre «*Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis?*» dans *Arbeit und Recht*, année 1961, p. 225.

des hommes qui font l'objet et la matière du contrat. Mais cette conception méconnaît l'essence même du contrat de travail, qui est justement enracinée dans l'élément personnel. Si l'on se rallie à la thèse de Pinther, on en revient aussi à considérer de nouveau le travail comme une marchandise et le travailleur comme vendeur ou bailleur de cette marchandise, conception qui a précisément été rejetée par la doctrine moderne.

11. En fin de compte, mis à part l'élément personnel dont il vient d'être question, le contrat de travail est un *contrat synallagmatique* au sens du droit des obligations. Le travailleur est tenu d'accomplir le travail promis, en échange de quoi l'employeur doit lui accorder la rémunération convenue ou fixée pour ledit travail.

#### § 2. LE CONTRAT DE TRAVAIL ET LES AUTRES CONVENTIONS ET RAPPORTS JURIDIQUES APPARENTÉS

12. Il a été dit plus haut que le contrat de travail pouvait être mis en parallèle avec le *contrat de société*. Il s'en distingue pourtant fondamentalement. En effet, tandis que les associés sont en principe placés sur un pied d'égalité, le contrat de travail est caractérisé par la *subordination* du travailleur à l'employeur. Le premier qui, au moment de la conclusion du contrat, jouit de droits égaux à ceux de l'employeur est tenu de se conformer aux instructions de ce dernier, dans le cadre des engagements contractés. Toutefois, dans certains cas particuliers, il est concevable que les deux types de convention coexistent. Mais il faut alors que les rapports juridiques liant les deux parties ressortissent dans une large mesure au droit des sociétés. Il ne suffit pas qu'un employé dirigeant, dont le statut est en tout point celui d'un travailleur, participe aux bénéfices de l'entreprise pour que l'on doive admettre l'existence d'une relation de société se juxtaposant au contrat de travail. Une telle relation ne peut même pas être constatée si l'employé dirigeant participe dans une certaine mesure aux pertes <sup>(21)</sup>.

13. Il importe également de distinguer le contrat de travail du contrat d'*entreprise*. Tandis que le louage de services et, partant, le contrat de travail stipulent la prestation de certains services, c'est un certain résultat de travail qui fait l'objet du contrat d'entreprise. Comme l'a dit von Gierke (*op. cit.*, p. 592), le travailleur est tenu

(21) Arrêt du tribunal fédéral du travail du 12 décembre 1960, dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 1, concernant le § 74 HGB, avec note concordante de A. Hueck.

d'«œuvrer» et non de présenter une «œuvre». Tandis que le contrat de travail se caractérise par la dépendance du travailleur au cours de son activité, il est dans la nature de l'«entreprise» que l'entrepreneur décide lui-même de la façon d'obtenir le résultat. Ainsi, l'architecte qui dirige le service des bâtiments dans une entreprise est un travailleur; mais celui qui, installé à son compte, est chargé d'établir les plans d'un édifice s'acquitte de cette tâche dans le cadre d'un contrat d'entreprise. Au demeurant, la ligne de partage entre les deux types de convention n'est pas toujours facile à tracer.

14. La différence entre le contrat de travail et le *louage de choses* (baux à ferme et à loyer) a déjà été soulignée à l'occasion de l'analyse de la nature du contrat de travail. Elle résulte essentiellement de l'élément personnel qui caractérise ce dernier en tant que rapport constitutif de communauté. Rattacher le contrat de travail au louage de choses, comme le faisait le droit romain et comme en témoigne l'expression «louage de services», est incompatible avec notre conception moderne du droit. La force de travail de l'homme et sa prestation de travail ne sont pas une «marchandise», ni une «chose», meuble ou immeuble, que l'on puisse donner à bail en échange d'un loyer ou d'un fermage, mais un bien éminemment personnel que l'homme met à la disposition d'autrui en vertu d'une convention de type original, le contrat de travail.

Il n'y a pas de contrat de travail, mais bail à loyer dans le cas du *contrat des préposés aux vestiaires* (Garderobenvertrag), en usage notamment dans les théâtres, salles de conférences et restaurants. Le préposé (ou la préposée) s'oblige à une prestation consistant à prendre en garde les vêtements des spectateurs, invités, consommateurs, etc. et à les conserver dans un local mis à cet effet à sa disposition. L'intéressé(e) ne perçoit en échange aucune rémunération, mais doit au contraire payer une somme forfaitaire ou un pourcentage, qui, du point de vue juridique, constitue un loyer. Il existe des contrats similaires dans d'autres domaines de l'économie.

15. Le contrat de travail doit encore être distingué du *mandat*. Par mandat le code civil allemand entend l'action par laquelle on se charge à titre gratuit d'une affaire pour le compte d'autrui (§ 662 BGB). Il ressort de cette définition que le contrat de travail ne peut pas être un mandat. En effet, le travailleur ne se charge pas des affaires d'autrui et il ne les gère pas davantage à titre gratuit, du moins en règle générale. Bien que le paiement d'une rémunération ne soit



pas une condition *sine qua non* de l'existence d'un contrat de travail, le § 612 BGB ne le considère pas moins comme tacitement convenu lorsque, par les circonstances, la prestation des services ne peut s'entendre que contre rémunération.

16. Il existe encore un grand nombre d'autres rapports de droit qui, tout en présentant certaines analogies, voire des ressemblances frappantes avec la relation de travail, s'en distinguent pourtant par des caractères originaux. Citons d'abord le contrat qui lie le *représentant de commerce* à son employeur. Aux termes du § 84 HGB, est représentant de commerce au sens courant de l'expression celui qui, en qualité d'exploitant indépendant (*selbständiger Gewerbetreibender*), a pour mission permanente de procurer des affaires à un autre exploitant d'entreprise et de les traiter au nom de ce dernier. Le critère du représentant de commerce est donc l'autonomie de son activité. Jouit de l'autonomie toute personne qui, dans l'ensemble, peut organiser librement son travail et déterminer elle-même son activité. La prestation de travail du représentant de commerce n'est pas dépendante, il n'est donc pas un travailleur au sens habituel du terme. Le code de commerce allemand prévoit toutefois, au bénéfice du représentant attaché à une seule maison (*Einfirmenvertreter*), une protection particulière qui l'assimile à peu près à un travailleur. En vertu du § 92a HGB, les ministères compétents peuvent fixer, en ce qui concerne la relation contractuelle d'un représentant auquel son contrat interdit de travailler pour le compte d'autres employeurs ou qui est dans l'impossibilité de le faire en raison de la nature et de l'étendue de l'activité exigée de lui, la prestation contractuelle minimum de l'employeur en vue de garantir à ce représentant ou à une certaine catégorie de représentants la possibilité de subvenir à leurs besoins sociaux et économiques. Les prestations ainsi fixées ne peuvent être ni refusées ni restreintes par contrat. Les mêmes dispositions s'appliquent également à certains agents d'assurance. La parenté de statut existant entre cette catégorie de personnes et les travailleurs se manifeste également dans le fait qu'ils ressortissent à la juridiction du travail pour autant que leur rémunération n'excède pas un certain montant.

17. Il n'y a pas non plus «contrat de travail» dans le cas des personnes dont l'occupation n'a pas pour objet, ou du moins pour objet principal, d'assurer leur subsistance, mais est essentiellement dictée par des *mobiles d'ordre charitable ou religieux*. Leur statut juridique

relève normalement du droit des personnes morales, en particulier du droit des associations. Dans cette catégorie de personnes se rangent surtout les *membres des ordres catholiques, les diaconesses protestantes, les infirmières de la Croix-Rouge, les missionnaires, etc.* Elles n'ont souvent contracté aucune espèce d'obligation de travail. Mais, dans le cas contraire, la dépendance qui en résulte cède le pas à des obligations de toute autre nature<sup>(22)</sup>. Les membres des ordres, les diaconesses ou les infirmières de la Croix-Rouge ne sont donc vis-à-vis de leurs ordres, de leurs maisons-mères ou de leurs communautés, ni des travailleurs, ni des personnes assimilées aux travailleurs<sup>(23)</sup>. Les rapports de droit, les liant à leurs associations — qui leur imposent leurs obligations statutaires — sont régis par le droit interne desdites associations. Il est bien entendu concevable qu'au sein d'une association certains membres soient chargés de tâches qui impliquent la formation d'une relation de travail ou, en tout cas, assimilée, s'ajoutant à la qualité de membre de l'association. Ainsi peuvent-ils être chargés, contre rémunération, de fonctions particulières, telles que l'administration de la maison appartenant à l'association. En pareil cas, les obligations nées du droit interne de l'association se doublent de rapports spéciaux ressortissant au droit du travail. Ces derniers peuvent être dissous sans qu'il soit pour autant porté atteinte à la qualité de membre<sup>(24)</sup>.

Entre les personnes considérées et des tiers, par exemple un établissement hospitalier, il ne se forme pas non plus une relation de travail du fait qu'un ordre religieux, une maison-mère ou une communauté d'infirmières a noué des rapports juridiques avec ledit établissement aux fins d'y faire donner par ses membres des soins aux malades<sup>(25)</sup>.

Il en va différemment, bien entendu, lorsque les membres desdites associations, avec l'autorisation ou sur les instructions de celles-ci, exercent à titre individuel une activité au service de tiers, en particulier d'un établissement hospitalier. Elles sont alors en général liées par une relation de travail avec le tiers en question. Toutefois, la

(22) Voir Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 48/49; Nikisch, *Arbeitsrecht*, 3<sup>e</sup> édition 1961, t. I, p. 119.

(23) Müller, *Zum Recht des Ordensvertrages*, Paderborn 1956, p. 14; *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 2, p. 289; tribunal du travail du Land à Hambourg, dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 5, concernant le § 5 ArbGG 1953; tribunal du travail de Brême dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 4, concernant le § 5 ArbGG 1953.

Voir également le point de vue différent du tribunal du travail du Reich dans *Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte*, t. 12, p. 450.

(24) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 2, p. 289 (293).

(25) Voir Müller, *op. cit.*, p. 18; *Die Gestellungsverträge der Schwesternorganisationen*, *Recht der Arbeit* 1955, p. 52, 454, 458.

conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage (freier Dienstvertrag) ou d'un contrat d'entreprise, le cas échéant aussi, la constitution d'une société sont également possibles <sup>(26)</sup>.

18. Enfin, le devoir légal (§§ 1356, 1617 BGB) d'assistance mutuelle gratuite entre *époux*, ainsi que celui des *enfants* légitimes envers leurs parents ne constitue pas une relation de travail. Aux termes du § 1356, alinéa 2 BGB, chacun des époux est tenu d'assister son conjoint dans sa profession ou ses affaires, autant qu'il est d'usage dans les conditions où vivent les époux. En vertu du § 1617 BGB, l'enfant vivant au foyer de ses parents et éduqué ou entretenu par eux, qu'il soit mineur, majeur ou marié <sup>(27)</sup>, est tenu de prêter son concours à ses parents, tant au foyer que dans leurs affaires, dans les limites imposées par ses forces et sa condition. Si l'activité ainsi déployée par les membres de la famille ne dépasse pas ces limites, il s'agit d'une obligation légale découlant de la nature même de la famille. Si, au contraire, elle va au delà, on est normalement en présence d'une relation de travail soumise aux prescriptions du droit du travail. Tel est le cas, par exemple, quand le fils est compagnon dans l'atelier artisanal de son père ou quand l'épouse exécute les nombreux travaux de bureau inhérents au commerce de son conjoint, cette activité allant, dans les deux cas, au delà d'une collaboration occasionnelle. Il n'existe pas, entre *fiancés*, l'obligation légale de prestation réciproque de services. S'il y a dans ce cas prestation de travail de l'un des fiancés à l'autre, la question de savoir si une relation contractuelle de travail assortie de droits pécuniaires était voulue entre les parties, ou si les travaux ont seulement été effectués par complaisance, se tranche selon les circonstances de l'espèce.

### § 3. LES DIFFÉRENTS TYPES DE CONTRAT DE TRAVAIL

19. Le droit allemand pose en principe que les contrats de travail peuvent être conclus *avec* ou *sans détermination de durée*. On parle donc de *contrats à durée déterminée* ou à *durée indéterminée*.

Dans le premier cas (en allemand: «*Zeitvertrag*», ou «*befristeter Arbeitsvertrag*») le contrat prend fin automatiquement à l'arrivée du terme sans qu'il soit besoin d'un acte particulier de résiliation. On est en présence d'un tel contrat non seulement lorsque la convention

(26) Müller, *op. cit.*, p. 15.

(27) Tribunal du travail du Reich dans *Juristische Wochenschrift*, 1930, p. 440; Cour suprême fédérale, dans *Ehe und Familie*, 1960, p. 101.

a été conclue pour un temps bien déterminé, mais aussi quand la nature ou l'objet du travail en laisse à *priori* prévoir le terme. Exemple: le remplacement d'un employé en congé ou l'engagement d'un surveillant pour la durée d'une exposition.

Les contrats à *durée indéterminée* conservent au contraire leur validité jusqu'à ce qu'un événement particulier y mette fin. C'est ce qui arrive, par exemple, par l'effet d'une convention bilatérale ou — le plus souvent — par dénonciation du contrat, l'une ou l'autre des parties faisant connaître unilatéralement sa volonté d'y mettre fin.

Les deux types de contrats sont en principe résolus par le décès du travailleur car, dans le doute, il est constant que le travail doit être accompli en personne. Si l'employeur vient au contraire à décéder, le contrat ne prend en général pas fin automatiquement, sauf circonstances du cas d'espèce.

Le § 620 accorde aux deux formes de contrats le même statut juridique. Du principe de la liberté contractuelle, qui, en dernière analyse, reste aujourd'hui encore applicable au contrat de travail, il résulte qu'il *appartient aux parties* de choisir celle qui leur convient. Cette faculté est toutefois assortie de certaines restrictions. La limitation de la durée d'un contrat de travail est nulle lorsqu'il n'existait, au moment de la conclusion du contrat, aucune raison matérielle de limiter la durée de celui-ci<sup>(28)</sup>. En particulier, la limitation ne doit pas être abusive, comme il arrive fréquemment pour les contrats dits «à relais» (*Kettenverträge*), c'est-à-dire lorsque *plusieurs contrats à durée déterminée* se relaient de telle sorte qu'à l'expiration de la période prévue le contrat prend fin sans dénonciation préalable, pour autant que n'ait pas été conclu un nouveau contrat d'une durée également bien déterminée. Or, cette pratique fait nécessairement perdre au travailleur le bénéfice de la protection légale en matière de licenciement, généralement applicable aux contrats à *durée indéterminée*. C'est pourquoi, d'après la jurisprudence constante du tribunal fédéral du travail, des contrats portant ainsi sur plusieurs périodes successives sont nuls lorsqu'ils privent le travailleur de ladite protection et qu'un employeur compréhensif aurait en pareil cas conclu un contrat à durée indéterminée. Mais, en l'espèce, la nullité de la clause de limitation de durée n'affecte pas la relation de travail dans son ensemble. Sinon on aboutirait à l'effet inverse de celui que recherche la

(28) Tribunal fédéral du travail, arrêt rendu le 12 octobre 1960 par les chambres réunies, dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 16, concernant le § 620 BGB, contrat de travail à durée déterminée; arrêt du tribunal fédéral du travail du 3 août 1961, réf. 2 AZR 117/60.

loi sur la protection contre le licenciement. Le contrat de travail est alors considéré comme conclu sans limitation de durée; il ne prend donc régulièrement fin que par congé donné dans les délais et susceptible de recours en annulation en vertu de la loi de protection contre le licenciement (29). D'après la jurisprudence du tribunal fédéral du travail, les principes permettant d'apprécier le caractère licite ou illicite des contrats à relais s'appliquent non seulement dans le secteur privé, mais encore aux conventions passées avec un employeur public (30).

Dans la vie économique, la prépondérance revient en tout cas aux contrats à *durée indéterminée*. Ils jouent dans la pratique le rôle principal et présentent aussi une importance juridique particulière au regard des dispositions relatives à la protection contre le licenciement. Il nous faudra y revenir plus en détail par la suite.

20. Le *mode de calcul du salaire* offre un autre critère de distinction. Les contrats se classent à cet égard en deux catégories, selon qu'ils prévoient un *salaire au temps* ou un *salaire à la tâche*.

Il y a contrat de travail *au temps* lorsque la rémunération se calcule d'après le temps passé au travail indépendamment du résultat obtenu (salaire horaire, journalier, hebdomadaire, mensuel, etc.). Le contrat est à *la tâche* quand le salaire se calcule d'après le résultat obtenu.

Il existe toutes sortes de variétés de contrats de travail à la tâche (ou à forfait). Les principaux sont le *contrat de travail aux pièces*, par lequel le travailleur se voit confier, pour un salaire à la pièce donné, un nombre déterminé ou indéterminé de prestations identiques, et le *contrat de travail à la tâche collective*, dans lequel un travail à exécuter en commun est confié à plusieurs travailleurs contre paiement global proportionnel au résultat obtenu. Pour un travailleur, il n'y a *travail à la tâche collective* que lorsque le travail des différents membres de l'équipe peut favoriser ou réduire un rendement qui détermine le montant de la rémunération (30).

Il existe également *les formes hybrides* les plus variées de ces deux types de contrats de tâche. Ainsi, le tâcheron se voit garantir un

---

(29) Voir en particulier l'arrêt du tribunal fédéral du travail, t. 1, p. 128; voir également, pour le détail, l'étude rédigée par l'auteur dans «*La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*», p. 63 et s. *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 14, concernant le § 1 de la loi sur la protection contre le licenciement.

(30) Tribunal fédéral du travail, arrêt du 26 avril 1961, réf. 4 AZR 71/58.

certain salaire minimum, ou bien le travailleur reçoit, à côté d'un salaire au temps, une prime de rendement pour chaque pièce achevée. Dans les mines, il existe en outre, pour les travaux spécifiquement miniers, un contrat spécial de tâche (*Gedingevertrag*). En passant un tel contrat l'ouvrier se charge à forfait d'exécuter une tâche contre une rémunération déterminée, fixée dans chaque cas en fonction des conditions du travail à accomplir<sup>(31)</sup>. Pour les mineurs à la tâche, le contrat de travail se double donc, en matière de salaire, d'une convention prévoyant une rémunération du rendement.

21. Les contrats de travail peuvent encore se subdiviser en *contrats à l'essai* et *contrats définitifs*. En recrutant un travailleur à l'essai, l'employeur entend pouvoir juger si celui-ci est ou non apte à l'emploi qui lui est destiné. Mais le travailleur doit aussi pouvoir se rendre compte si cet emploi et le climat de travail lui conviennent, ce qui, en période de plein emploi, a une importance particulière. Il n'existe pas, en droit allemand, de réglementation générale du contrat de travail à l'essai. Plusieurs possibilités s'offrent donc, conformément au principe de la liberté contractuelle, de passer une telle convention. Le travailleur peut, par exemple, être recruté d'emblée pour une période indéterminée, étant entendu que, pendant le stage convenu, le contrat peut être dénoncé à court terme par l'une ou l'autre partie. Après l'expiration de la période de stage, c'est au contraire le temps de pré-contrat qui sera pris en considération. Mais il existe encore d'autres modalités possibles. Le contrat peut être conclu d'abord pour une durée déterminée avec minimum convenu<sup>(32)</sup>. Selon une autre formule encore, la convention est limitée à une période pendant laquelle les parties entendent s'éprouver réciproquement, la résiliation pour motif grave étant la seule possible durant cette période. Dans ce cas, la relation de travail prend fin automatiquement à l'expiration de la période convenue, sauf reconduction préalable pour une période déterminée ou indéterminée<sup>(33)</sup>.

22. On distinguera par ailleurs les contrats d'*employés* et d'*ouvriers*, selon une division traditionnelle en Allemagne et qui, si elle repose sur des bases essentiellement sociologiques, n'en joue pas moins un rôle non négligeable sous l'angle juridique. C'est ainsi que le code

(31) Voir Boldt, *Das Recht des Bergmanns*, 3<sup>e</sup> éd., p. 315.

(32) Voir Boldt, *op. cit.*, p. 471, note 3.

(33) Voir entre autres, Nikisch, *Arbeitsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, p. 178 et s.

industriel distingue expressément le contrat des employés de l'industrie de celui des ouvriers de l'industrie. La distinction a son importance non seulement en ce qui concerne l'obligation faite à l'employeur de rémunérer le travailleur, même empêché d'accomplir sa prestation (cf. § 616 BGB), mais également pour la détermination des délais légaux de préavis. Tandis qu'aux termes du § 621 BGB ceux-ci sont fixés en principe compte tenu de la période de rémunération — journalière ou hebdomadaire, comme le plus souvent pour l'ouvrier, ou bien mensuelle ou plus longue encore, comme pour les employés — certaines catégories d'employés bénéficient de délais congés plus longs (cf. par exemple § 622 BGB). La loi du 9 juillet 1926 sur les délais congés applicables aux employés (Reichsgesetzblatt I, p. 399) prévoit également l'allongement des délais de préavis dans le cas des employés ayant une grande ancienneté dans l'entreprise. Il n'est pas prévu de disposition de ce genre au bénéfice des ouvriers.

La distinction entre ouvrier et employé joue un rôle important en matière de sécurité sociale. Le législateur a opéré la délimitation en rattachant expressément les divers groupes de travailleurs soit à l'assurance-pension des employés, soit à celle des ouvriers. Le § 3, alinéa 1, de la loi sur le régime d'assurance des employés énumère une série de professions dont les membres sont considérés comme employés. En outre, l'alinéa 3 autorise le ministre fédéral du travail et des affaires sociales à préciser par décret les professions dont les membres sont obligatoirement affiliés à l'assurance-pension des employés. Ledit ministre n'a pas encore fait usage du pouvoir qui lui est ainsi conféré. C'est donc toujours la liste des professions figurant dans le décret du 8 mars 1924 (Reichsgesetzblatt I, p. 274, 410) modifié par les décrets des 4 février 1927 (Reichsgesetzblatt I, p. 58) et 15 juillet 1927 (Reichsgesetzblatt I, p. 222) qui est en vigueur à l'heure actuelle. En vertu de cette réglementation, sont affiliés à l'assurance-pension des ouvriers (§ 1227 du code des assurances du Reich) les travailleurs non assujettis à l'assurance obligatoire des employés ou des mineurs. Cette distinction propre au droit de la sécurité sociale ne s'applique toutefois pas automatiquement au droit du travail. Aussi se pose-t-il maintes fois, dans ce dernier domaine, des problèmes de délimitation délicats, d'autant plus qu'il existe, dans la législation du travail et au stade de l'application pratique, un manque d'unité dans la définition de la notion d'employé. La définition autrefois courante, selon laquelle l'ouvrier effectue un travail principalement physique (travail manuel), tandis que l'employé a une activité surtout intellectuelle (travail cérébral), est désormais périmée parce que trop générale en raison de la

technicité croissante du travail. Les essais de délimitation à usage pratique entre les deux notions sont jusqu'à présent demeurés vains <sup>(34)</sup>.

Dans la pratique, on a recouru à divers expédients. Ainsi, dans l'industrie minière, on a introduit dans les services administratifs des mines la catégorie «ouvrier de bureau» (Büroarbeiter), terme qui s'applique à tous les travailleurs non couverts par la convention générale des ouvriers mineurs et ne répondant pas aux conditions de l'employé du commerce, mais dont l'activité peut être assimilée à celle de ce dernier. En 1960, en vertu d'un accord d'établissement, la Badische-Anilin- und Soda-Fabrik AG a nommé «employés d'usine» (Werkangestellte) et «employés d'honneur» (Ehrenangestellte) respectivement 15 % et 13 % des travailleurs légalement classés comme ouvriers. Les «employés d'honneur» ont des fonctions de maîtrise et des responsabilités accrues en proportion. Ce sont des travailleurs ayant déjà une grande ancienneté et ayant atteint un âge déterminé. On attend d'eux qu'ils exercent une influence favorable sur leurs compagnons de travail. Employés d'usine et employés d'honneur bénéficient de conditions de travail que la loi réserve normalement aux travailleurs jouissant du statut légal ou conventionnel d'employé. Les initiatives de ce genre sont inspirées par une bonne volonté évidente. Elles se proposent de remédier aux anomalies résultant de la division périmée en ouvriers et employés et susceptibles d'avoir des effets importants sur les rapports de droit privé liant les parties. Elles sont cependant impuissantes à résoudre le véritable problème et, en particulier, à éliminer ou à modifier les dispositions impératives de la loi, notamment en matière de sécurité sociale.

23. Les contrats de travail peuvent aussi différer selon la *profession*. C'est là un point de vue dont la portée juridique est grande du fait que le droit du travail, comme on l'a dit au début, n'est pas unifié dans la République fédérale et que les dispositions législatives varient parfois selon les branches professionnelles. On distinguera en particulier à cet égard le commerce, l'industrie, les mines, l'agriculture et la sylviculture, ainsi que le travail maritime <sup>(35)</sup>.

(34) Voir Nikisch, *Zur Neuabgrenzung der Begriffe Angestellter und Arbeiter*, rapport sur les travaux de la commission instituée par la *Gesellschaft für sozialen Fortschritt* en vue d'une nouvelle définition des notions d'employé et d'ouvrier, dans *Arbeits- und Sozialrecht*, Berlin 1959.

(35) Voir à ce sujet les §§ 59 à 75 h HGB pour les employés de commerce, les §§ 76 à 82 HGB pour les apprentis du commerce et le § 82 a HGB pour les stagiaires non rémunérés, les §§ 105 à 125 GewO pour les compagnons et manoeuvres de l'industrie, les §§ 126 à 128 a GewO pour les apprentis et les §§ 133 à 133 f GewO pour les employés de l'industrie; il existe, en outre, des dispositions spéciales pour les entreprises occupant un certain nombre de personnes (§§ 133 g à 139 aa GewO); les apprentis artisans sont soumis aux dispositions des §§ 21 à 31 du code de l'artisanat. Le personnel des mines relève des lois des Länder



Sauf dispositions spéciales, ce sont les règles du code civil en matière de contrat de louage de services qui s'appliquent. Elles régissent, par exemple, les contrats des employés des études d'avocat ou des médecins, ceux des employés de maison, des employés des associations, etc.

24. Enfin, il existe encore des types spéciaux de contrats de travail s'écartant pour des raisons particulières de la forme habituelle. Selon l'objet particulier du contrat, on distingue le *contrat d'apprentissage*, le *contrat d'apprentissage accéléré* (Anlernvertrag) et le *contrat de stage*.

Le *contrat d'apprentissage* est celui par lequel l'apprenti s'engage au service d'autrui pour recevoir une formation professionnelle méthodique et complète. Le maître s'oblige à donner à l'apprenti une formation professionnelle dans sa spécialité, l'apprenti s'obligeant à effectuer les travaux nécessaires à cette formation. Sur la nature juridique du contrat d'apprentissage, les opinions divergent<sup>(36)</sup>. L'élément essentiel de cette convention est l'intention de former l'apprenti, tout en l'éduquant, en vue de l'exercice de sa future profession. Mais le contrat d'apprentissage est aussi un contrat de travail, l'apprenti étant tenu à une prestation de services et le maître ayant à le guider et à l'instruire. C'est pourquoi le contrat d'apprentissage doit être regardé comme une espèce particulière de contrat de travail, dont les conditions de détail peuvent être également réglementées par convention collective, sauf disposition contraire de la législation, par exemple en matière de durée de l'apprentissage.

Le *contrat de stage* non rémunéré (Volontärvertrag) est en général considéré comme contrat de travail au sens du droit du travail. Il a ceci de particulier que le stagiaire, sans être embauché comme «apprenti» ou comme «apprenti en formation accélérée», est employé au service d'autrui à *titre gratuit* en vue de sa formation et qu'il est tenu d'effectuer les travaux qui lui sont confiés dans l'intérêt de cette formation. Il incombe à l'employeur de mettre le stagiaire

---

sur les mines: loi générale sur les mines des Etats prussiens en date du 24 juin 1865 appliquée dans la plupart des Länder de la République fédérale; loi sur les mines du pays de Bade du 22 juin 1890; loi sur les mines bavaoises du 13 août 1910 et loi sur les mines du Wurtemberg du 7 octobre 1874. Le contrat de travail agricole et forestier est réglementé par le code provisoire du travail rural du 24 janvier 1919. Pour les équipages de la navigation maritime et fluviale ainsi que pour le flottage des bois, ce sont la loi sur les gens de mer du 26 juillet 1957, la loi sur la navigation fluviale du 20 mai 1898 et la loi sur le flottage des bois du 15 juin 1865 qui s'appliquent.

(36) Voir Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, t. I, p. 672; Nikisch, *Arbeitsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, p. 870; Siebert, *Lehrvertrag - Lehrverhältnis*, *Arbeitsrechts-Blattei*; Deneke, *Reichsgerichtsrätekommentar*, observation préliminaire III 9 au § 611 BGB.

en mesure d'acquérir des connaissances et une expérience à la faveur de son activité dans l'entreprise et de lui donner des consignes ou des instructions. Le contrat de stage se distingue du contrat d'apprentissage en ce qu'il n'a pas pour objet une formation technique méthodique dans une certaine profession et que le stagiaire ne reçoit pas de rémunération sous forme de salaire ou de traitement ni même sous celle d'une indemnité d'éducation (d'apprentissage). Il n'y a pas de réglementation particulière du contrat de stage<sup>(37)</sup>. Ce sont, par conséquent, les règles en matière de louage de services qui s'appliquent, pour autant que l'objet du contrat et en particulier l'absence de rémunération n'imposent pas de dérogations auxdites règles.

En ce qui concerne enfin le *contrat de formation professionnelle accélérée*, il se distingue de l'apprentissage normal par son objet plus restreint. Il est censé procurer une formation dans un *domaine technique limité*, l'intéressé (*Anlernling*) devenant, à la fin de son temps d'apprentissage, ouvrier spécialisé, tandis que l'apprentissage proprement dit forme des ouvriers qualifiés ou des employés<sup>(38)</sup>. En l'absence de dispositions particulières, les règles de l'apprentissage s'appliquent en général par analogie à la formation accélérée, la durée de la seconde étant évidemment inférieure à celle du premier.

25. L'emploi des *femmes*, des *jeunes gens* et des *grands invalides* impose des contrats de travail dont la forme particulière tient à la personne du travailleur.

La législation relative à ces contrats prévoit une protection particulière en faveur de ces catégories de travailleurs, par exemple en ce qui concerne l'aménagement du poste de travail, les horaires et la protection contre le licenciement<sup>(39)</sup>.

26. On mentionnera enfin ici les contrats des personnes *assimilées à des travailleurs*, celles qui, sans avoir la qualité de travailleur proprement dit, n'en ont pas moins en réalité la situation. Il s'agit avant tout des travailleurs à domicile (*Heimarbeiter*) et des artisans à domicile (*Hausgewerbetreibende*), c'est-à-dire des personnes qui, dans un lieu de travail de leur choix — leur propre logement ou atelier — travaillent professionnellement pour le compte d'autres personnes,

(37) Seul le § 82 a HGB prévoit que la clause de non-concurrence des employés de commerce vaut également pour les stagiaires.

(38) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 74.

(39) Voir la loi du 24 janvier 1952 sur la protection des mères (Bundesgesetzblatt I, p. 69); loi du 9 août 1960 sur la protection des jeunes travailleurs (Bundesgesetzblatt I, p. 665); loi sur les grands invalides, dans le texte du 14 août 1961 (Bundesgesetzblatt I, p. 1234, 1348, 1652).

auxquelles elles laissent le soin de tirer parti des produits de leur travail. Ces personnes se placent entre les travailleurs indépendants et les travailleurs dépendants. De ces derniers, elles se distinguent par l'indépendance personnelle; elles ne sont pas intégrées à une entreprise et, par là même, ne sont pas soumises à la surveillance et au contrôle du donneur d'ouvrage. Elles aménagent pour une large part à leur guise le contenu de leur prestation, en particulier la durée et l'horaire de leur temps de travail. Elles sont par ailleurs économiquement dépendantes car, faute de capitaux ou à défaut d'expérience des affaires, ou pour les deux raisons à la fois, ou pour d'autres raisons encore, elles n'écoulent pas elles-mêmes leurs produits sur le marché, mais les livrent à un chef d'entreprise, qui leur paie un salaire aux pièces déterminé et assume le risque de l'employeur, mais non sans se réserver le profit de l'entreprise. Le statut juridique de ces personnes est défini dans une loi spéciale (*Heimarbeitgesetz*) du 14 mars 1951 (*Bundesgesetzblatt I*, p. 191) aux termes de laquelle nombre de dispositions de droit du travail s'appliquent soit directement, soit sous une forme modifiée aux travailleurs à domicile employant jusqu'à deux auxiliaires.

## Section II

### LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

#### § 1. LE PRINCIPE DE LA LIBRE CIRCULATION APPLIQUÉ AU CHOIX DU LIEU DE TRAVAIL

27. Le *choix du lieu de travail* est régi dans la République fédérale par le *principe de la libre circulation*. Ce principe qui, après 1933, mais aussi encore après l'effondrement du Reich allemand en 1945, souffrait d'importantes restrictions, a été depuis lors intégralement restauré<sup>(40)</sup>.

L'article 2 de la loi fondamentale (GG) dispose que toute personne a droit au *libre épanouissement de sa personnalité*, pour autant qu'elle ne lèse pas les droits d'autrui et ne transgresse pas l'ordre constitutionnel. L'article 3, alinéa 2 GG, pose en principe le droit à

(40) Le règlement du 1<sup>er</sup> septembre 1939 sur le changement d'emploi, avec ses textes d'application, qui subordonnait le choix d'un emploi à l'autorisation du service de la main-d'oeuvre, a été abrogé par le § 25 KSchG du 10 août 1951. De même, l'instruction n° 3 du conseil de contrôle en date du 17 janvier 1946, qui prévoyait certaines restrictions au choix et au changement d'emploi, a été annulée par les lois du conseil de contrôle du 16 août 1961.

*l'égalité de traitement* pour l'homme et la femme. En vertu de l'alinéa 3 du même article, personne ne peut être défavorisé ou favorisé à raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de son lieu d'origine ou de provenance, de sa confession et de ses idées politiques ou religieuses. En vertu de l'article 11 GG, tous les Allemands jouissent du droit de *circuler librement* sur l'ensemble du territoire fédéral. Ce droit ne peut être restreint que par la loi et seulement dans les cas où, faute de moyens d'existence suffisants, l'intéressé serait à la charge de la collectivité et, lorsque cela s'avère nécessaire pour protéger la jeunesse contre un état d'abandon moral, pour lutter contre le danger d'épidémie ou pour prévenir des actes délictueux. L'article 12 GG reconnaît enfin le droit fondamental au *libre choix de la profession*. En vertu de cette disposition, tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, ainsi que le lieu de leur travail et de leur formation. Nul ne peut être contraint à un travail déterminé, si ce n'est dans le cadre d'une obligation générale et traditionnelle de prestation de services, de caractère public et identique pour tous. Le travail forcé n'est licite qu'en cas de privation de liberté ordonnée par une juridiction.

28. Du principe de la libre circulation appliquée au choix du lieu de travail et du principe de la liberté d'association, on conclut en général au caractère illicite des conventions collectives subordonnant l'emploi dans l'entreprise ou l'octroi de conditions de travail conventionnelles à l'appartenance du travailleur à un syndicat déterminé, ou prévoyant que seuls peuvent être embauchés des travailleurs syndiqués.

## § 2. LES PARTIES AU CONTRAT

29. Peuvent être parties au contrat de travail, du côté de l'employeur, toute personne physique ou morale et, du côté du travailleur, toute personne physique. Mais l'employeur peut également avoir pour co-contractants plusieurs travailleurs formant un groupe particulier. On en a un exemple typique dans ce qu'on peut appeler l'équipe autonome (*Eigengruppe*) que plusieurs travailleurs constituent dès *avant* la conclusion du contrat, en vue de se charger en commun de travaux ou services qui ne peuvent être ou ne sont d'ordinaire exécutés que par des travailleurs opérant en groupe<sup>(41)</sup>. Les membres d'une telle équipe forment une *société* de droit civil, le chef d'équipe concluant

(41) Nikisch, *Arbeitsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, p. 229 et s.; Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 726 et s.

les contrats de travail avec l'employeur, en tant que représentant de ses coéquipiers. Il existe donc un contrat de travail entre l'employeur et les différents membres de l'équipe, mais chacun de ces contrats est articulé avec les autres de telle sorte qu'en principe l'un d'eux ne peut être modifié ou résilié qu'avec tous les autres.

À distinguer de l'équipe autonome, l'*équipe dite d'entreprise* — «Betriebsgruppe» — («Kolonne», «Kameradschaft») est celle que l'employeur constitue en réunissant plusieurs travailleurs de son entreprise pour exécuter en commun un travail, usant ainsi de son droit général de direction. La formation d'une telle équipe ne modifie en rien les contrats liant l'employeur à ses différents travailleurs. L'employeur a également le droit d'exclure de l'équipe certains de ses membres et d'en désigner d'autres. Des modifications peuvent aussi être apportées au contrat de travail individuel — en tout état de cause avec l'assentiment de l'intéressé — sans que les autres contrats en soient affectés.

On peut également imaginer la formation d'une *relation «indirecte» de travail*, qui n'existe normalement pas dans le cas de l'équipe autonome. Il y a une relation indirecte de travail quand un travailleur est occupé par un intermédiaire, lui-même au service d'un tiers (entrepreneur), le travail étant toutefois effectué, au su de l'entrepreneur, directement pour celui-ci<sup>(42)</sup>. En principe, le travailleur ne peut alors faire valoir des droits à l'égard de l'entrepreneur (employeur indirect) que s'il ne parvient pas à faire honorer par l'intermédiaire les droits que lui confère sa relation indirecte de travail.

### § 3. LE DROIT DE CONTRACTER

30. Le principe selon lequel toute personne physique — et, du côté de l'employeur, toute personne morale également — peut conclure un contrat de travail souffre certaines restrictions par l'effet des dispositions du code civil en matière de capacité, lesquelles s'appliquent, entre autres, au contrat de travail.

31. En vertu du § 105 BGB, les *incapables*<sup>(43)</sup> ne peuvent pas conclure un contrat de travail, la manifestation de leur volonté étant

(42) Tribunal fédéral du travail dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 2 et 3, concernant le § 611 BGB, relation de travail indirecte.

(43) En vertu du § 104 est incapable toute personne:

1° n'ayant pas sept ans révolus;

2° se trouvant dans un état pathologique de perturbation mentale excluant la libre détermination de la volonté, pour autant que cet état ne soit pas de nature temporaire;

3° interdite pour maladie mentale.

nulle. Ils doivent passer par l'intermédiaire de leur représentant légal. Dans la pratique, les cas de ce genre sont à peu près inexistant du côté du travailleur<sup>(44)</sup>, mais ils se présentent occasionnellement du côté de l'employeur. Signalons seulement le cas d'une entreprise transmise par héritage à un incapable, par exemple un enfant de moins de sept ans.

32. Quant il s'agit d'*incapables partiels*, c'est-à-dire de mineurs ayant sept ans révolus, ainsi que de personnes interdites pour faiblesse d'esprit, prodigalité ou ivrognerie ou placées sous tutelle provisoire en vertu du § 1906 BGB, le contrat de travail peut être conclu soit par le mineur lui-même avec le consentement de son représentant légal, soit par l'entremise de ce dernier. Il y a toutefois, pour les mineurs partiellement incapables, deux dérogations importantes à ce principe, l'une concernant le statut d'employeur conféré au mineur, l'autre sa qualité de travailleur.

Un mineur auquel son représentant légal donne pouvoir, avec l'autorisation du tribunal de tutelle, d'*exploiter* lui-même une affaire à caractère lucratif, est intégralement capable, en vertu du § 112 BGB, de passer les actes juridiques nécessaires à cet effet, et notamment des contrats de travail. En pareil cas, le mineur exploitant une affaire à caractère lucratif a donc le droit de conclure lui-même des contrats de travail avec des travailleurs, sans intervention de son représentant légal.

Aux termes du § 113 BGB, un mineur que son représentant légal a autorisé à *engager ses services ou son travail* est capable sans restriction de tous les actes juridiques relatifs à l'institution ou à la cessation d'une relation de service ou de travail de l'espèce autorisée ou à l'exécution des obligations découlant de ladite relation. Le représentant légal peut limiter son autorisation à la passation d'un contrat déterminé, mais il peut aussi l'accorder d'une façon générale. Dans le doute, l'autorisation, accordée à l'occasion d'un cas particulier, est alors considérée comme une autorisation générale de conclure des contrats de travail de la même espèce.

Pour un *contrat d'apprentissage*, le consentement du représentant légal et l'autorisation du tribunal de tutelle sont toujours nécessaires (§§ 113, alinéa 1, 2<sup>e</sup> phrase, et 1822, chiffre 6 BGB), car en

---

(44) La seule exception semble être le § 8 de la loi du 9 août 1960 sur la protection des jeunes travailleurs, en vertu duquel des enfants de plus de trois ans peuvent être employés, dans une mesure restreinte, et sous réserve de l'autorisation de l'autorité de contrôle pour les représentations musicales et autres.

pareil cas, vu l'objet éducatif du contrat, le maître doit être choisi avec le souci particulier de sauvegarder les intérêts du mineur.

33. On ne doit pas omettre de dire que, par suite de l'entrée en vigueur de la loi fondamentale et en vertu du principe de l'égalité de traitement qui s'y trouve énoncé, les restrictions imposées à l'épouse en matière de passation des contrats de travail ont été abolies. Aux termes du § 1358 BGB, entre temps abrogé, l'épouse pouvait s'engager envers un tiers à une prestation à accomplir en personne, mais l'époux pouvait résilier la relation sans préavis. Il devait toutefois y être autorisé par le tribunal des tutelles, lequel ne pouvait refuser l'autorisation lorsque l'activité de l'épouse portait atteinte aux intérêts du couple. Cette disposition n'est plus en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 1953. L'épouse a désormais le droit de conclure, si bon lui semble, un contrat de travail sans le consentement de son époux. Elle ne peut être empêchée d'exercer une profession, de recevoir une formation professionnelle ou de perfectionner sa formation sociale ou politique, même s'il doit s'ensuivre une séparation temporaire. Si toutefois une telle activité s'avère incompatible avec la nature même du mariage, si par exemple l'épouse est dans l'impossibilité de remplir les devoirs qui lui incombent au foyer, en particulier vis-à-vis de ses enfants, il peut y avoir là matière à divorce. Mais l'époux n'a en aucun cas le droit de faire résilier pour un tel motif le contrat de travail de son épouse.

#### § 4. RESTRICTIONS RELATIVES AU CONTENU DES CONTRATS DE TRAVAIL

34. En plus des limitations apportées au droit de conclure des contrats de travail, le droit allemand contient un certain nombre de dispositions restrictives sur le *contenu* du contrat. Ces dispositions, qui sont d'ordre personnel ou matériel, ont essentiellement pour objet d'assurer la protection des travailleurs. Les principales sont les suivantes:

35. Certaines catégories de personnes ne peuvent en aucun cas, ou peuvent dans une mesure restreinte seulement, être occupées à certains travaux. Ainsi la loi sur la protection des jeunes travailleurs interdit, sauf exceptions bien déterminées, d'occuper des *enfants*, c'est-à-dire des personnes qui n'ont pas encore atteint l'âge de la scolarité ou sont encore astreintes à la fréquentation à temps complet d'un établissement scolaire ou qui ne sont pas encore âgées de quatorze ans. Il est également interdit d'occuper des *adolescents*, c'est-à-dire toute

personne de moins de dix-huit ans, à des travaux au-dessus de leurs forces physiques ou les exposant à des dangers moraux. Les adolescents ne doivent pas non plus travailler à forfait ou à la chaîne. Ils ont en outre droit à des temps d'arrêt et à des intervalles de repos plus longs ainsi qu'à un congé de durée supérieure. Les *femmes* ne doivent pas être occupées à des travaux particulièrement pénibles susceptibles de nuire à leur santé. La règle vaut en particulier pour les travaux des mines. Le § 16 du règlement sur la durée du travail porte interdiction absolue d'employer des femmes au fond dans les exploitations minières, les salines, les installations de préparation mécanique et les carrières et mines souterraines. Dans les services du jour, les femmes ne doivent pas être affectées aux travaux d'extraction, de transport et de valorisation, à la recette du jour, au plancher de culbutage, au parc à bois ni aux terrils; dans les cokeries, elles ne peuvent travailler aux fours. Bien que, pour les femmes admises à exercer l'activité professionnelle en cause, la durée du travail soit celle prévue par la réglementation généralement applicable, il existe cependant, en faveur de la main-d'œuvre féminine, un certain nombre de dispositions protectrices spéciales concernant les temps d'arrêt et les repos, la durée maximum du travail et la durée de l'interruption nocturne, ainsi que la réduction de la journée de travail la veille des dimanches et jours fériés. Les femmes enceintes et les jeunes mères jouissent d'une protection particulière. Aux termes du § 12 de la loi sur les *grands mutilés*, modifiée par la loi du 14 août 1961, ces derniers ne doivent être affectés qu'aux seuls emplois leur permettant d'utiliser au mieux et de perfectionner les aptitudes et connaissances.

36. Un *état de santé* satisfaisant peut aussi, le cas échéant, être une condition requise pour la conclusion d'un contrat de travail. C'est ainsi que dans maintes professions, dans les mines en particulier, le candidat à un emploi doit se soumettre à une visite médicale avant la signature du contrat. Une sélection médicale permettra de s'assurer autant que possible de l'aptitude du travailleur des mines à fournir les efforts imposés par le travail qui lui est confié (visite d'embauchage). Des visites régulières ont également lieu pendant la durée du contrat. Le § 45 de la loi sur la protection des jeunes travailleurs subordonne également l'emploi d'un adolescent à une visite médicale préalable.

37. À noter enfin que la validité du contrat dépend dans certains cas de la *qualification professionnelle*. Dans les mines, par exemple,



seuls peuvent être embauchés comme agents de maîtrise ceux dont l'aptitude à cet emploi est reconnue par le service de contrôle des mines (§ 73 ABG).

#### § 5. LA FORME DU CONTRAT DE TRAVAIL

38. La conclusion d'un contrat de travail n'exige en principe l'observation d'*aucune forme particulière*; le contrat peut être constaté verbalement ou par écrit. Seul importe le consentement réciproque des parties. La charge de la preuve incombe à celui qui invoque le contrat. Pour éviter les difficultés qu'entraîne la preuve des contrats verbaux, il y a donc intérêt à les constater par écrit.

39. Cette forme est d'ailleurs prescrite *par la loi* dans toute une série de cas. Un document doit alors être rédigé, dans lequel seront consignées les clauses du contrat. Ce document, pour la confection duquel des procédés mécaniques sont suffisants, doit porter la signature autographe des parties. Mais il suffit qu'il en soit établi deux exemplaires de même teneur et que chacune des parties signe l'exemplaire destiné à l'autre.

Les *principaux* contrats pour lesquels la loi impose la forme écrite sont les *contrats d'apprentissage* des professions industrielles et commerciales, certains contrats de travail de moyenne durée des professions agricoles et sylvicoles et les contrats de travail des employés de la sécurité sociale.

L'obligation de la forme écrite peut aussi se limiter à certaines clauses d'un contrat. C'est ainsi qu'en vertu du § 74, 1<sup>er</sup> alinéa HGB, la clause de non-concurrence prévue dans un contrat d'employé de commerce (*Handlungsgehilfe*) doit, pour être valable, être constatée par écrit.

40. La *convention collective* peut également prévoir un contrat écrit. Il s'agit alors d'une règle conventionnelle et, comme de telles règles ressortissent au droit objectif, elles ont valeur de loi. Toute infraction à une disposition conventionnelle subordonnant la validité des contrats de travail et de leurs modifications à la constatation écrite entraîne donc en principe la nullité du contrat. Il y a toutefois lieu d'examiner dans chaque cas si les signataires de la convention collective n'ont pas attaché à une telle clause une valeur simplement déclaratoire, la forme écrite n'étant pas une condition de la validité du contrat, mais seulement un moyen de preuve.

41. Enfin, les parties peuvent convenir, par *accord individuel*, d'adopter la forme écrite ou même de faire dresser un acte judiciaire ou notarié, soit que le contrat lui-même doive à priori être constaté sous cette forme pour être valable, soit que ses modifications ultérieures ne puissent être valables que si elles sont écrites. Ici encore, il y a lieu d'examiner dans chaque cas si l'on a attribué à la forme convenue une valeur constitutive ou si elle sert seulement le moyen de preuve.

42. La conclusion d'un contrat de travail n'exige en principe aucune *autorisation* administrative. Celle du service de la main-d'œuvre, en particulier, n'est plus nécessaire depuis l'abrogation du décret du 1<sup>er</sup> septembre 1935 et de l'ordonnance n° 3<sup>(45)</sup> du Conseil de contrôle. Seul l'*exercice* de certaines activités est subordonné à l'accord de l'administration. Ainsi, l'exploitation des mines ne peut se faire que sous la direction, la surveillance et la responsabilité de personnes reconnues aptes à cet effet (§ 73 ABG).

#### § 6. L'INTERVENTION DU CONSEIL D'ENTREPRISE

43. Le contrat de travail est conclu entre l'employeur ou son mandataire et le travailleur. Dans les établissements occupant en général plus de 20 travailleurs électeurs, l'employeur doit toutefois faire connaître en temps utile au conseil d'entreprise, s'il en existe un, l'emploi qu'il destine au candidat et l'informer sur la personne dudit candidat (§ 61 Betr.VG). Si le conseil a des objections à formuler contre l'embauchage, il les communique par écrit à l'employeur dans un délai d'une semaine en motivant sa position. À défaut d'accord, l'employeur peut procéder à un embauchage provisoire; le conseil d'entreprise peut néanmoins saisir le tribunal du travail dans un délai de deux mois pour faire constater qu'il est fondé à refuser son accord. Mais il ne peut refuser cet accord qu'à des conditions bien déterminées, qui se trouvent très rarement réunies dans la pratique<sup>(46)</sup>. Si le tribunal du travail donne suite à la requête du conseil, la relation de travail provisoire prend fin deux semaines au plus tard après que l'arrêt rendu a acquis force de chose jugée.

(45) Voir note 29.

(46) Les différents critères énumérés au § 61, alinéa 3 Betr.VG sont les suivants:

- 1° L'embauchage constituerait une infraction à une loi, à un règlement, à une disposition d'une convention collective ou d'un accord d'établissement ou à une prescription administrative.
- 2° Il y a lieu de présumer que l'embauchage d'un candidat inapte à l'emploi est seulement la conséquence de relations personnelles;
- 3° Il y a lieu de présumer que l'embauchage a pour objet de désavantager d'autres travailleurs ou candidats pour des raisons tenant à leur ascendance, leur religion, leur nationalité, leur origine, leur sexe ou leurs activités politiques ou syndicales;
- 4° On est fondé à craindre que le candidat troublerait la paix sociale par un comportement antisocial ou illégal.

## § 7. LES EFFETS DES VICES DU CONTRAT DE TRAVAIL

44. Si un contrat de droit privé est entaché de vices qui permettent d'en obtenir l'annulation ou le rendent nul de plein droit (action en annulation pour erreur, nullité pour vice de forme, infractions à une interdiction légale ou incapacité d'une partie au contrat), sa nullité entraîne en principe des effets rétroactifs et il est alors considéré comme n'ayant pas été conclu. Ce principe général du droit civil ne peut toutefois pas s'appliquer sans restrictions au contrat de travail, attendu que ce dernier institue, comme nous l'avons vu, un rapport de communauté relevant du droit des personnes. En effet, le travail déjà éventuellement accompli est un fait sur lequel il ne peut être question de revenir. Les relations personnelles entre l'employeur et le travailleur ont bel et bien existé et il ne peut plus en être fait abstraction. Si l'on admettait en pareil cas une nullité à effet rétroactif, le travailleur n'aurait pas droit au salaire, mais devrait se contenter de dommages-intérêts ou d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause, ce qui serait un résultat peu satisfaisant.

45. C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence ont fini par conclure que l'annulation d'un contrat de travail en cours pour cause d'erreur, de menaces ou de fraude n'a d'effets que pour l'avenir et n'affecte donc pas l'existence du contrat jusqu'au prononcé de l'annulation. Dans ce cas, le travailleur conserve son droit au salaire pour les prestations passées et n'en est pas réduit à une action fondée sur l'enrichissement sans cause. Il en va, en général, de même pour ce qui est de la nullité du contrat (par exemple, pour défaut de constatation écrite, lorsque cette forme est prescrite), à moins que le contrat ne contienne des stipulations contraires aux bonnes mœurs ou ne transgresse une interdiction pénale, le fait étant connu des deux parties. En cas d'incapacité de l'une des parties, le contrat est réputé nul *ex nunc*, la protection du mineur ayant alors le pas sur la sauvegarde de l'existence du contrat. Mais il est admis qu'en cas d'incapacité du travailleur, ce dernier conserve néanmoins, jusqu'à ce qu'il ait invoqué la nullité, les droits découlant du contrat sans en assumer les obligations et que les deux parties peuvent à tout moment résilier la relation de travail. Si l'employeur est incapable, les droits du travailleur se fondent seulement sur l'enrichissement sans cause.

Si le contrat est déclaré nul *avant* le début de la prestation, il est considéré comme n'ayant jamais été formé, car les raisons précitées militant en faveur de son maintien fictif n'entrent alors plus en ligne de compte.

*Section III***LES EFFETS DU CONTRAT DE TRAVAIL****§ 1. GÉNÉRALITÉS**

46. Il a été souligné dès le début que, abstraction faite d'un élément relevant du droit des personnes, le contrat de travail est un contrat synallagmatique. Chacune des parties assume certains droits et obligations qui se complètent bilatéralement et se font pendant. Comme tout autre contrat, comme toute activité et toute pensée juridiques en général, le contrat de travail est placé sous le signe de la bonne foi. Mais le contrat de travail est plus que tout autre régi par le principe de la *loyauté réciproque* des parties et c'est en fonction du respect de cette loyauté qu'il convient d'apprécier tous leurs actes. Il est dès lors parfaitement concevable qu'une action de l'une des parties, bien que conforme à la lettre du contrat ainsi qu'aux prescriptions de la loi, soit néanmoins incompatible avec l'esprit de loyauté et, partant, soit inopérante. La suite du présent exposé montrera toute l'importance du devoir d'exécution loyale dans les rapports de travail.

**§ 2. LES OBLIGATIONS DU TRAVAILLEUR****I - La prestation de services**

47. L'obligation principale du travailleur consiste dans la *prestation des services convenus*. C'est la nature même et le sens du contrat de travail. Aussi le § 611 BGB relatif au contrat de louage de services dispose-t-il — et cela vaut donc également pour le contrat de travail — que celui qui promet ses services est tenu à la prestation des services promis. Cette prestation, le travailleur doit en principe l'effectuer en personne. Son obligation ne consiste pas à mettre sa force de travail à la disposition de l'employeur, mais à accomplir la prestation de travail en tant que telle<sup>(47)</sup>. Le transfert à des tiers de ladite obligation n'est possible, en vertu du § 613, 1<sup>re</sup> phrase BGB, que moyennant convention spéciale. Inversement, dans le doute, l'employeur ne peut

---

(47) Les différentes situations en question sont énumérées au § 61, alinéa 3 BetrVG.

pas reporter son droit à la prestation sur un tiers (§ 613, 2<sup>e</sup> phrase BGB).

48. La *nature* et *l'étendue* des services promis découlent de la convention passée entre les parties; elles résultent, le cas échéant, de la situation existante au moment de la formation du contrat et éventuellement aussi des dispositions légales ou conventionnelles. On tiendra également compte des usages. Sauf convention contraire, le travailleur doit s'acquitter en outre des travaux accessoires qui sont d'usage dans l'entreprise en cause. C'est ainsi que la vendeuse d'un magasin d'alimentation fera en général les rangements nécessaires et, dans les magasins peu importants, les travaux de nettoyage et les courses en rapport direct avec le commerce. Dans le cadre du contrat il appartient à l'employeur de définir avec précision l'emploi assigné au travailleur et les travaux à exécuter par lui («*droit de direction*»). L'employeur peut, toujours dans le même cadre, affecter le travailleur à un autre emploi et lui confier d'autres tâches, pour autant que la nouvelle activité comporte une position et une rémunération équivalentes aux précédentes. Il n'en a toutefois pas le droit si le contrat ou les circonstances s'y opposent.

Le travailleur ne peut être tenu d'accomplir un travail interdit par la loi ou contraire aux bonnes mœurs. Le contrat qui lui en ferait obligation serait, en cas de litige, nul en vertu des §§ 134 et 138 BGB (48).

49. La *durée du travail* est également fixée avant tout par les conventions individuelles ou collectives. Mais il existe d'importantes restrictions légales, qui viennent ici protéger le travailleur. Signalons d'abord le règlement sur la durée du travail en date du 30 avril 1938, qui institue la journée de huit heures de travail au maximum, en précisant dans quels cas cette durée peut être dépassée. Ce règlement contient également des dispositions particulières sur les pauses à intercaler dans la journée de travail et sur l'intervalle de repos séparant deux périodes journalières de travail. Il convient de souligner ici qu'il est en principe interdit de travailler les dimanches et jours fériés légaux. Mais cette interdiction admet de nombreuses dérogations

---

(48) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 1, p. 24; voir à ce sujet, *retro* points 41 et s.

résultant de la nature de l'établissement ou du travail (exemples: entreprises de transports, hôtellerie, services continus des industries minière et sidérurgique). Cette réglementation est essentiellement un texte de droit public protégeant les travailleurs, mais elle régit en même temps le contrat de travail\*).

50. Nombre de contrats prévoient que le travailleur doit mettre «*toute sa force de travail*» au service de l'employeur. Une telle clause ne signifie nullement que ledit travailleur — même si, comme à l'employé dirigeant, les dispositions du règlement sur la durée du travail ne lui sont pas applicables — doit travailler sans limitation de temps pour l'entreprise. La formule constitue, comme l'ont montré de nombreux arrêts du tribunal fédéral du travail<sup>(49)</sup>, non pas une réglementation concrète de la durée du travail, mais l'expression d'un principe de morale professionnelle. De l'obligation d'exécuter loyalement le contrat en préservant la personne du travailleur, il résulte que tout employeur doit veiller à ce que le travail et les horaires n'imposent pas aux travailleurs des efforts excessifs. La protection de la santé et de la force de travail joue non seulement en faveur du travailleur et de sa famille, mais tout autant en faveur de l'employeur, qui doit s'attacher à conserver aussi longtemps que possible ses collaborateurs en bonne santé et en état de travailler et éviter qu'une atmosphère de travail surtendue ne les rende incapables d'exercer leurs fonctions.

51. *L'obligation de la prestation de services* peut, le cas échéant, être *suspendue*. Ainsi, les parties peuvent convenir — si aucune disposition obligatoire des conventions collectives ne s'y oppose — d'une réduction de la durée du travail avec réduction proportionnelle de la rémunération ou d'une interruption du travail de durée déterminée, par exemple pour manque de commandes ou de matières premières ou parce que le travailleur désire, pour certaines raisons, obtenir des jours de liberté, en plus de son congé annuel. La réduction ou l'interruption susmentionnées ne peuvent en revanche être ordonnées unilatéralement par l'employeur, car cela équivaldrait à une modification du contrat. Si le travailleur n'est pas d'accord, le contrat doit

---

\*) Les problèmes relatifs à la durée du travail seront traités en détail dans l'étude spéciale prévue, intitulée: «La durée du travail et les congés dans le droit des pays membres de la Communauté».

(49) Voir notamment *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 9, p. 147.

alors faire l'objet de la dénonciation spéciale prévue en cas de modification (*Änderungskündigung*) <sup>(50)</sup>.

Le travailleur est également dégagé de son obligation lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité de fournir la prestation (§ 275 BGB) ou lorsque celle-ci *ne peut plus*, en toute bonne foi, *lui être imposée*. Si l'impossibilité ne peut être imputée ni à l'employeur ni au travailleur, c'est-à-dire s'il n'y a eu ni intention dolosive ni même simple négligence de leur part, le travailleur n'a pas droit à la rémunération (§ 323 BGB). Si l'impossibilité est imputable à l'employeur, le travailleur conserve en principe le droit à la rémunération. Mais il doit en faire déduire, en vertu du § 324 BGB, ce qu'il économise du fait qu'il est libéré de sa prestation, ou ce qu'il gagne en employant autrement son industrie ou ce que, de mauvaise foi, il néglige de gagner <sup>(51)</sup>. En cas de faute du travailleur, celui-ci est dégagé de l'obligation d'accomplir le travail, mais il est, le cas échéant, tenu aux dommages-intérêts.

Enfin, la prestation des services ne peut plus être demandée au travailleur en cas de *demeure de l'employeur* d'accepter lesdits services (§ 615 BGB). Il y a *demeure de l'employeur* lorsque ce dernier n'accepte pas un travail régulièrement offert par le travailleur, en d'autres termes lorsqu'il ne l'occupe pas malgré son offre. L'employeur se place dans la même situation lorsqu'il ne met pas à la disposition du travailleur les locaux, les matières, les outils etc. qui lui sont nécessaires, pour autant que cette obligation lui incombe en vertu de dispositions légales ou conventionnelles ou en vertu du contrat de travail. L'employeur est encore en *demeure* quand il ne respecte pas des dispositions essentielles assurant la protection des travailleurs ou quand il manque de toute autre manière à son devoir d'assistance. Enfin, il y a *demeure de l'employeur* lorsque celui-ci ayant donné congé sans raison valable au travailleur, ce dernier réussit à démontrer le caractère non fondé du congé. Peu importe en l'occurrence qu'à l'origine de la non-acceptation du travail il y ait faute ou non.

52. La prestation de travail doit être *normale*. Si le travailleur manque à cette obligation, c'est-à-dire en cas de «malfaçon», il est tenu aux dommages-intérêts en vertu des règles générales du Code

---

(50) Voir à ce sujet tome X de la présente série: «*La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la Communauté*».

(51) Pour la notion de «*Böswilligkeit*», voir *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 6, p. 306.

civil (§ 276) chaque fois qu'il y a faute intentionnelle ou négligence de sa part. Peu importe, en l'occurrence, qu'il s'agisse d'une négligence grave ou légère. Il n'y a pas malfaçon seulement lorsque l'exécution défectueuse du travail empêche l'obtention d'un résultat impeccable, mais aussi quand le travailleur endommage, dans l'intention de nuire ou par simple négligence, l'outillage, les matériaux et les machines mis à sa disposition.

Le principe général faisant supporter au travailleur la responsabilité de la faute intentionnelle et de toute espèce de négligence est toutefois tempéré dans le cas des travaux qui *peuvent provoquer de gros dégâts*, en particulier ceux des chauffeurs de véhicules automobiles, des machinistes, des grutiers, etc. Ces travaux sont de telle nature que le travailleur chargé de les exécuter, même s'il s'en acquitte avec soin, a toute chance de commettre de temps à autre des erreurs qui, considérées chacune isolément, étaient chaque fois évitables et constituaient par conséquent une négligence, mais auxquelles l'expérience montre qu'il faut s'attendre, car elles sont une aberration typique de la prestation, due à l'imperfection de l'homme<sup>(52)</sup>. Ce qui importe en l'occurrence, c'est de savoir si la situation concrète qui a été à l'origine d'un dommage est de celles qui comportent par nature un risque important de dégâts<sup>(53)</sup>. En pareil cas, le travailleur n'est en général responsable que s'il peut lui être imputé une faute lourde. Au contraire sa responsabilité n'est pas engagée en cas de faute légère. Quant à la faute ordinaire, la négligence pure et simple, elle entraîne la répartition proportionnelle des conséquences du dégât entre l'employeur et le travailleur<sup>(54)</sup>. On parle alors de «péréquation interne des dégâts».

53. L'employeur ne peut pratiquement *pas contraindre* le travailleur à effectuer la prestation promise. Il peut certes saisir la juridiction du travail d'une demande en exécution de l'obligation contractée. Mais un arrêt rendu aux torts du travailleur ne saurait être exécuté ni directement, ni indirectement, c'est-à-dire qu'il ne saurait entraîner une peine d'amende ou d'emprisonnement (§ 888, alinéa 2, du code

(52) Tribunal fédéral du travail, chambres réunies, *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 5, p. 1 et s. (5); voir également l'arrêt de la Cour fédérale dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 1, au sujet du § 611 BGB, responsabilité du travailleur.

(53) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 7, p. 118. Au sujet de ce problème, voir entre autres Gaul, *Die Haftung des Arbeitnehmers bei schadengeneigter Arbeit*, Betrieb 1958, p. 1011.

(54) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 7, p. 290.



de procédure civile) <sup>(55)</sup>, car, s'il en était autrement, allègue-t-on, l'obtention directe forcée de la prestation de travail constituerait «une atteinte intolérable à la liberté individuelle du travailleur» <sup>(56)</sup>. Cette raison toutefois ne semble pas parfaitement convaincante. En effet, tout débiteur pourrait de même faire valoir que l'exécution d'un arrêt rendu contre lui — que l'on songe seulement à l'expulsion d'un locataire de son logement — constitue une atteinte intolérable à sa liberté individuelle, attendu qu'il perd son logement et doit se contenter des conditions insuffisantes d'accueil offertes par l'autorité communale. Bien que, d'après l'opinion dominante, la prestation de travail ne puisse être obtenue de force par jugement, un tel jugement présentera cependant un certain intérêt dans la mesure où il peut servir de base à un licenciement sans préavis ou à une action en dommages-intérêts. L'existence dudit jugement n'est toutefois pas une condition indispensable à cet effet.

## II - Autres obligations

54. La prestation de services n'est pas la seule obligation du travailleur. Il en existe d'autres, qui découlent soit de dispositions particulières de la loi, de la convention collective ou du contrat individuel, soit de l'obligation générale de loyauté.

55. On citera d'abord le *devoir d'obéissance*. Le travailleur se conforme aux instructions que l'employeur lui donne dans le cadre de son pouvoir de direction, déjà mentionné plus haut. Ces instructions ne doivent toutefois pas outrepasser les limites admises par la loi, ni ce qui correspond aux besoins de l'entreprise, tels qu'ils résultent de l'application de critères normaux et en particulier des usages observés dans les entreprises de même nature. Le travailleur n'a pas à obéir aux instructions allant au delà des limites ainsi fixées. L'obéissance a donc avant tout pour objet d'assurer le bon ordre et la sécurité dans l'entreprise, et cela non seulement dans l'intérêt de l'entreprise elle-même, mais aussi pour le bien des autres membres du personnel. Un travailleur manque par exemple au respect du bon ordre et de la sécurité lorsqu'il fait preuve de façon répétée d'une attitude contraire

---

(55) En vertu de cette disposition, une action non susceptible d'être accomplie par un tiers peut, lorsqu'elle dépend exclusivement de la volonté du débiteur, être obtenue de force soit par une amende, soit par une peine d'emprisonnement. Toutefois, cette disposition ne s'applique pas en cas de condamnation à la prestation de services en vertu d'un contrat de louage de services.

(56) Voir Boldt, *op. cit.*, p. 257.

à la morale ou à la camaraderie lorsqu'il est fréquemment en retard ou qu'il cesse le travail avant l'heure ou qu'il commet de multiples infractions aux dispositions du règlement intérieur arrêté d'un commun accord par le conseil d'entreprise et l'employeur.

La question peut se poser à cet égard de savoir si le travailleur doit se soumettre à ce qu'on appelle le «*contrôle à la porte de l'établissement*». On a objecté qu'une telle pratique était incompatible avec le droit fondamental de la liberté de la personne, consacré par la loi fondamentale. Sous une forme aussi générale, l'argument n'est certainement pas valable. Certes un contrôle général imposé sans justification particulière peut fort bien apparaître illégal dans cet ordre d'idées, et cela même s'il est prévu par voie de convention collective ou d'accord d'entreprise. Dans d'autres cas, en revanche, où il existe une raison objective de contrôle — par exemple dans les établissements où l'on transforme des matières de grande valeur, ou dans les bureaux où l'on élabore des plans secrets ou dans lesquels se poursuivent des travaux de recherche — on ne saurait rien objecter à un contrôle à la porte de l'établissement, en particulier sous forme de demande de présentation des porte-documents et autres objets analogues. En pareil cas, l'application de mesures de contrôle ne saurait constituer une violation du principe de la liberté individuelle. S'il s'agit, en revanche, de fouiller ou de retenir les personnes, l'opération ne peut se faire qu'avec leur consentement ou dans le respect des formes prescrites par la loi, notamment par le code de procédure pénale.

*L'interdiction de fumer* donne, elle aussi, fréquemment matière à controverse. Très souvent elle est rendue licite par des dispositions particulières de la législation s'inspirant du souci d'assurer la sécurité de l'exploitation et du personnel, par exemple le règlement sur la police des mines (57). Dans les bureaux où travaillent un grand nombre d'employés, par exemple dans les services de comptabilité, mais aussi dans les halls d'usine, l'interdiction de fumer est justifiée par des raisons de salubrité et par les égards réciproques qu'impose la bonne camaraderie. Dans les locaux administratifs fréquentés par un public nombreux, on pourra interdire aux employés et aux fonctionnaires de fumer, ce qui sera en revanche impossible lorsque ceux-ci occupent des bureaux individuels.

---

(57) Cour fédérale, dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 1, concernant le § 611 BGB, obligation d'exécution loyale.

56. La loyauté qui est de règle dans les rapports de travail impose au travailleur le devoir de *sauvegarder les intérêts de l'employeur* et de ne rien faire qui puisse leur être préjudiciable<sup>(57)</sup>. Il s'agit surtout d'une *obligation de ne pas faire*. Le travailleur doit en principe s'abstenir de toute action contraire aux intérêts de son employeur, mais le devoir d'exécution loyale a également un contenu *positif*. C'est ainsi que le travailleur doit prendre toutes dispositions nécessaires (par exemple informer un supérieur hiérarchique, alerter les pompiers, la police, etc.) lorsqu'il constate une menace de dommage, ou toute perturbation de l'exploitation ou lorsqu'il voit des tiers, en particulier d'autres travailleurs, occasionner des dégâts.

Le principe de la défense des intérêts de l'entreprise n'exclut pas cependant pour le travailleur le droit de promouvoir *ses propres intérêts* par les moyens permis, même si l'employeur doit en fin de compte en supporter la charge. Il peut en particulier, comme l'affirme formellement l'article 9 GG, adhérer à des *associations professionnelles* chargées de promouvoir les intérêts de sa profession. Il peut bien entendu revendiquer l'augmentation de ses émoluments ou toute autre amélioration de ses conditions de travail, en s'efforçant de faire aboutir ses revendications par la menace d'une dénonciation du contrat. Le *droit de grève* est également reconnu au travailleur dans le cadre du respect de l'ordre social<sup>(58)</sup>.

57. La sauvegarde des intérêts de l'entreprise est assurée par *l'obligation de discrétion, la clause de non-concurrence et l'interdiction d'accepter les «pots-de-vin»*.

58. En ce qui concerne d'abord la *discrétion*, tous les travailleurs tombent sous le coup des dispositions du § 17 de la loi réprimant la concurrence déloyale. En vertu de ce texte, se rend passible d'une peine tout travailleur qui, à des fins de concurrence ou à son profit personnel ou dans le dessein de causer un préjudice à l'exploitant d'une entreprise, communique à autrui, pendant la durée de ses services, des *secrets d'affaires ou de fabrication* qui lui ont été confiés ou sont venus de toute autre manière à sa connaissance à raison de ses relations de service. Étant donné les rapports institués par le contrat de travail, l'obligation de discrétion envisagée sous l'angle de l'exécution loyale du contrat va encore plus loin. Quiconque com-

(57) Cour fédérale dans *Arbeitsrechtliche Praxis*, n° 1, concernant le § 611 BGB, obligation d'exécution loyale.

(58) Voir tome V de la présente série «*La grève et le lock-out dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*».

munique un secret d'affaires ou de fabrication à des tiers dans l'intention de nuire ou par simple négligence manque à ses devoirs de travailleur et il est, en conséquence, tenu aux dommages-intérêts.

De nombreux auteurs<sup>(59)</sup> estiment que l'obligation de discrétion n'existe en principe que pendant la durée du contrat de travail. Hueck et Nipperdey pensent, *loc. cit.*, que les seuls secrets que le travailleur ne doit pas utiliser ou communiquer après l'expiration de son contrat sont ceux dont il a eu connaissance par un acte illégal ou immoral. Il conserverait en principe toute liberté pour le reste et ne devrait pas être empêché d'utiliser ses connaissances et son expérience dans un nouvel emploi. L'employeur désireux de protéger plus efficacement certains secrets devrait conclure à cet effet une convention particulière. On peut souscrire à l'idée générale dont s'inspire cette thèse, mais on n'oubliera pas qu'en de nombreux cas, il est dans la nature même du contrat de travail que l'obligation de discrétion se prolonge implicitement au delà de la durée du contrat. Il s'agit alors d'un effet *a posteriori* des obligations du contrat, sans qu'il puisse toutefois en résulter, pour le travailleur, l'impossibilité d'utiliser ailleurs son expérience et ses connaissances.

59. *La clause de non-concurrence* pendant la durée du contrat de travail n'est prévue par la loi que pour les *employés et apprentis du commerce* aux §§ 60 et 76 HGB. Sans le consentement de l'employeur, ils ne peuvent exploiter aucune entreprise commerciale ni traiter, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, aucune affaire dans l'entreprise de leur employeur. Pour la période postérieure à l'expiration du contrat, il n'existe certes aucune interdiction légale de concurrence, mais le contrat peut prévoir une interdiction limitée<sup>(60)</sup>. Celle-ci ne peut, par exemple, se prolonger au delà de deux ans et l'employeur doit verser au travailleur, pendant la période considérée, une indemnité de montant déterminé. l'accord est constaté par écrit. Dans le cas des apprentis de commerce et de certaines catégories d'employés de commerce (les mineurs et le personnel peu rémunéré), il ne peut être convenu d'aucune interdiction de concurrence pour la période suivant leur départ de l'entreprise.

Il n'existe pas, en la matière, de législation applicable à l'ensemble des *travailleurs de l'industrie*. C'est aux seuls employés des professions industrielles que s'appliquent certaines dispositions du

(59) Par exemple Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 223 et s.

(60) Réglementation plus détaillée aux §§ 74 et s. HGB.

code industriel relatives à l'interdiction de concurrence après l'expiration du contrat.

Pour les *autres travailleurs*, il n'existe pas davantage de dispositions légales relatives à la clause de non-concurrence. Mais dans ce domaine les circonstances, en particulier, la règle de la bonne foi, peuvent aussi fournir des critères. Le principe de la liberté contractuelle s'applique par ailleurs, sous réserve naturellement que les stipulations de la convention ne soient pas immorales. C'est ainsi que, dans un arrêt du 19 janvier 1961 <sup>(61)</sup>, le tribunal fédéral du travail a prononcé, en vertu du § 138, alinéa 1 BGB, la nullité d'une clause de non-concurrence interdisant, de façon à peu près totale et sans indemnité, à un ouvrier de l'industrie d'utiliser son expérience professionnelle antérieure.

60. Enfin, il est interdit au travailleur d'accepter les *pots-de-vin*. Aux termes du § 12 de la loi réprimant la concurrence déloyale, est passible d'une peine tout employé ou mandataire d'une entreprise commerciale qui, dans les relations d'affaires, exige, se fait promettre ou accepte des cadeaux ou autres avantages en vue de favoriser de façon déloyale une tierce personne par rapport à ses concurrents pour l'achat de marchandises ou la prestation de services professionnels. Tout cadeau n'est donc pas interdit et, en particulier, il ne dissimule pas nécessairement une intention déloyale. Il convient au contraire de distinguer entre les présents dits occasionnels, notamment les petits cadeaux anodins en usage dans le commerce et justifiés par l'existence de liens d'affaires (exemples: agendas, calendriers, stylomines, etc.) et les présents qui, par leur nature, ont une portée autrement plus vaste. L'acceptation de ces derniers constitue, abstraction faite du caractère délictueux de l'acte, un manquement au devoir de loyauté du travailleur. On est en présence d'un tel manquement chaque fois que le cadeau est censé amener le travailleur à un acte contraire à son devoir ou l'en récompenser. Il est en particulier déloyal, de la part du travailleur, de ne pas agir avant tout dans l'intérêt de l'employeur, mais dans celui d'un tiers. L'acceptation de pots-de-vin peut également être motif de licenciement sans préavis car la confiance qui règne entre les parties au contrat s'en trouve à ce point ébranlée qu'on ne peut attendre de l'employeur qu'il continue d'occuper le travailleur. En outre, aux termes d'un arrêt du tribunal fédéral du

---

(61) Publié dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 1, concernant le § 133 g GewO.

travail<sup>(62)</sup>, l'employeur est en droit d'exiger du travailleur qu'il restitue les pots-de-vin reçus. A l'appui de sa thèse, le tribunal allègue qu'un travailleur habilité à traiter avec des tiers pour le compte de son employeur et tenu par son contrat de le faire, adopterait, dans la mesure où il recevrait des pots-de-vin, une attitude consistant à considérer indûment l'entreprise de son employeur comme la sienne propre. Il serait en conséquence tenu, en vertu du § 687, alinéa 2 BGB, de restituer à l'employeur les pots-de-vin reçus.

61. À la protection des intérêts de l'entreprise ressortit enfin le régime des *inventions des travailleurs*, problème qui englobe en même temps le droit au résultat du travail. En vertu de la loi du 15 juillet 1957 sur les inventeurs salariés, il y a une distinction à faire entre les inventions réalisées par le travailleur dans le cadre de son service (*Diensterfindungen*) et les inventions personnelles (*freie Erfindungen*). Les premières, faites pendant la durée du contrat de travail, sont le fruit de l'activité qui incombe au travailleur ou se rattachent essentiellement à l'expérience ou aux travaux de l'entreprise. Ces inventions doivent être sur-le-champ déclarées par écrit à l'employeur qui peut les revendiquer en totalité ou en partie ou renoncer à ses droits. Dans les deux premiers cas, le travailleur a droit à une rémunération appropriée<sup>(63)</sup>. Une telle rémunération doit également être accordée pour des *propositions d'améliorations techniques*. Quant aux *inventions personnelles*, le travailleur doit aussi les communiquer sans délai à l'employeur, sous une forme telle que ce dernier puisse apprécier s'il ne s'agit pas en réalité d'une invention faite dans le cadre du service. La communication n'est toutefois pas obligatoire lorsque l'invention n'est manifestement pas utilisable dans le domaine d'activité de l'entreprise exploitée par l'employeur.

### § 3. LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

#### I - Le paiement du salaire

62. L'obligation du travailleur de fournir le travail convenu a en principe pour corollaire le paiement d'une *rémunération*, qui constitue l'obligation principale de l'employeur. Certes la rémunération n'est

---

(62) Arrêt du 14 juillet 1961 — 1 AZR 288/60 — dont la publication est prévue. La question est vivement controversée dans la jurisprudence et la doctrine; voir le résumé figurant dans l'arrêt précité.

(63) Voir les directives du 20 juillet 1959 en matière de rémunération (*Bundesanzeiger* n° 156 du 18 août 1958).

pas indissolublement liée à la notion de contrat de travail. Il existe des conventions prévoyant la prestation gratuite du travail: les apprentis, par exemple, fournissent un travail dans le cadre de leur formation et reçoivent une simple «indemnité d'apprentissage». Mais le législateur a considéré comme allant de soi, au moins en règle générale, le versement d'une rémunération en échange de la prestation. C'est ce qui résulte du § 612 BGB, aux termes duquel la rémunération est considérée comme tacitement convenue lorsque la prestation peut seulement s'entendre, en l'espèce, contre rémunération.

63. De ce point de vue du droit découle d'abord le principe général d'après lequel l'employeur n'est tenu de payer la rémunération que si le travailleur a fourni le travail prévu au contrat. Ce principe général admet toutefois un certain nombre d'exceptions notables:

- a) Si l'employeur se trouve *en demeure*, c'est-à-dire s'il n'occupe pas le travailleur, bien que celui-ci ait régulièrement offert son travail, le travailleur a le droit, en vertu du § 615 BGB, d'exiger la rémunération convenue, sans être tenu de fournir la prestation *a posteriori*. Il doit cependant se faire déduire ce qu'il économise du fait qu'il est libéré de sa prestation ou ce qu'il gagne en employant autrement son industrie ou ce que, de mauvaise foi, il néglige de gagner. Mais la disposition du § 615 BGB n'est pas de caractère obligatoire. Il peut donc également être convenu entre les parties que le travailleur n'a pas droit au paiement de la rémunération si l'employeur se met en demeure pour l'emploi du travailleur.
- b) Si la prestation de travail devient impossible<sup>(64)</sup>, le travailleur est dégagé pendant cette période de son obligation de prestation. La question de savoir s'il conserve une créance de salaire sera tranchée de façon différente selon la personne à qui l'impossibilité est imputable. Si l'employeur en est responsable, c'est-à-dire s'il a commis une faute, le travailleur conserve son droit au salaire, mais il doit, en vertu du § 324 BGB se faire déduire ce qu'il économise ou qu'il omet de gagner de mauvaise foi. Si l'impossibilité de la prestation de travail est imputable au travailleur, celui-ci n'a pas droit au salaire et se rend passible de dommages et intérêts (§ 325 BGB). Si aucune des deux parties n'est responsable de l'impossibilité,

---

(64) Sur la distinction à faire entre la demeure de l'employeur et l'impossibilité en matière de contrat de travail, voir tribunal fédéral du travail dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 18, concernant le § 615 BGB.

il n'y a en principe pas de créance de salaire (§ 323 BGB). Toutefois, dans ce cas, le travailleur conserve, sauf convention contraire, le droit au salaire conformément à l'article 616 BGB, à condition qu'il n'ait été empêché de fournir la prestation que pendant une période relativement négligeable et sans qu'il y ait faute de sa part. Pour les employés, est considérée comme relativement négligeable, au sens du § 616 BGB, une période de 6 semaines, sauf si la convention collective prévoit une autre durée. Pour les ouvriers, la loi des 26 juin 1957 et 12 juillet 1961, relative à l'amélioration de la sécurité économique des ouvriers en cas de maladie, a prévu une réglementation rapprochant sur ce point la situation des ouvriers de celle des employés. La loi sur la protection des mères contient également des dispositions particulières relatives au paiement du salaire et avant et après l'accouchement.

- c) Ajoutons encore quelques mots au sujet du *risque de l'entreprise*. Il s'agit ici des cas dans lesquels le travailleur est prêt et en mesure d'accomplir la prestation de travail, mais où l'employeur ne peut l'occuper pour des raisons techniques, sans qu'il y ait faute de sa part. Parmi ces cas, figurent le manque de matières premières, la mévente et la grève partielle.

Étant donné que, dans ces cas limites, la réglementation prévue aux §§ 615 et 323 BGB n'était pas satisfaisante, la doctrine et la pratique ont mis au point une théorie concernant la prise en charge du risque de l'entreprise. Partant de l'idée d'une communauté de travail entre l'entrepreneur et son personnel, le Tribunal du travail du Reich s'est d'abord efforcé, comme en témoigne une jurisprudence constante, de situer la cause de la perturbation dans la «sphère des risques» de l'une ou l'autre partie du contrat, cette sphère se déterminant d'après le principe de la bonne foi. C'est ainsi que les perturbations dues à des grèves partielles étaient rattachées à la sphère du personnel, celles résultant d'un défaut d'approvisionnement en matières premières, carburants, lubrifiants, etc. à celle du chef d'entreprise. Dans le second cas, les travailleurs avaient normalement droit au salaire. Pour qu'il en fût autrement, il fallait le concours d'événements ayant une incidence sur la généralité ou sur un grand nombre d'établissements (risque général de l'entreprise) ou menaçant l'existence de l'établissement en cause (par exemple destruction d'une usine par le feu); tel était encore le cas lorsque et dans la mesure où les incon-



vénients n'étaient pas supportables pour l'entreprise. Par la suite le Tribunal du travail du Reich, considérant la capacité de prestation et le droit de direction de l'entrepreneur, a déclaré ce dernier tenu de supporter en principe seul le risque de l'entreprise. Cela ne changeait pratiquement rien, car les cas particuliers précités, où la responsabilité était située dans la sphère des travailleurs, justifiaient également dans la nouvelle optique juridique la suppression ou la réduction du droit au salaire. L'idée dont on continue en principe à s'inspirer aujourd'hui est celle du partage du risque de l'entreprise: l'entrepreneur supporte en principe ce risque. Il ne peut donc être question pour les travailleurs d'une impossibilité de prestation que si elle est due à des circonstances généralement inéluctables. Sinon il s'agit d'une incapacité se situant dans la sphère de l'employeur et n'affectant pas son obligation de prestation.

64. La question des modalités et du calcul de la rémunération est si complexe qu'il convient d'en réserver l'examen à une étude spéciale<sup>(65)</sup>. Il suffira d'indiquer ici quelques principes généraux.

En ce qui concerne d'abord le *mode de versement*, on distingue deux formes principales: le *salaire en espèces* et le *salaire en nature*.

Le premier désigne toute prestation de l'employeur exprimée en espèces. Il n'est pas nécessaire que le paiement ait lieu en numéraire; un chèque, une traite ou un virement au compte du salarié suffisent et l'usage s'en est d'ailleurs de plus en plus répandu ces derniers temps.

La *rémunération en nature*, au contraire, est celle qui n'a pas lieu en espèces. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que ce soit une prestation en nature proprement dite; il peut s'agir aussi de fournitures de marchandises de toutes sortes — produits alimentaires, vêtements, chauffage, éclairage — appelés allocations au personnel (*Deputate*) ainsi que du logement et de la nourriture, notamment pour les gens de maison. Le salaire en nature joue un rôle particulièrement important dans les professions agricoles et sylvicoles ainsi que pour les gens de mer et les aides ménagères<sup>(66)</sup>.

---

(65) *La rémunération du travail et les suppléments dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, t. XII de la présente série.

(66) Les fournitures licites au personnel doivent être soigneusement distinguées de ce que l'on appelle le «*truck system*», d'après lequel le travailleur est contraint par l'employeur à se laisser imputer certaines marchandises sur son salaire. Bien que le «*truck system*» ne soit interdit expressément que pour les travailleurs de l'industrie (voir pour le détail les §§ 115 et s. GewO), on doit cependant observer que, du point de vue de l'obligation d'exécution locale et d'assistance, il s'applique de façon générale à toutes les relations de travail pour autant que des exceptions ne semblent pas licites pour des raisons déterminées.

65. Le salaire ou les appointements peuvent être versés sous les formes les plus variées:

- a) Selon qu'elle est calculée en fonction de la durée de la prestation ou du résultat du travail, la rémunération est *au temps* ou à *forfait (tâche)*.
- b) Les travaux spécifiquement miniers effectués au fond donnent lieu à une forme particulière de rémunération: la tâche (*Gedinge*). Il s'agit d'un salaire au rendement; le mineur s'engage à exécuter un travail pour un prix déterminé tenant compte des conditions de travail <sup>(67)</sup>.
- c) La rémunération peut encore se composer d'un élément fixe, le salaire dit de base, et de certains *suppléments*. Ce sont très souvent des *primes*, qui viennent s'ajouter à l'élément fixe — le salaire au temps — pour un résultat qualitativement ou quantitativement déterminé. L'octroi de la prime peut être facultatif et laissé à la discrétion de l'employeur, mais il peut aussi être convenu par accord soit individuel, soit collectif.
- d) C'est surtout dans les professions commerciales, notamment pour les représentants de commerce, que l'on prévoit fréquemment des «commissions». Il s'agit d'une participation, exprimée le plus souvent en pourcentage, à la valeur des transactions effectuées grâce à l'intervention du travailleur, qu'il les ait directement conclues (*Abschlussprovision*) ou qu'il ait seulement servi d'intermédiaire (*Vermittlungsprovision*). La commission est, le cas échéant, également accordée pour une catégorie plus large d'opérations à la conclusion desquelles le travailleur n'a pas nécessairement participé de façon directe. Ainsi toutes les transactions effectuées à l'intérieur d'une certaine zone peuvent ouvrir droit à commission (*Bezirksprovision*), même si le travailleur n'a participé ni directement ni indirectement à leur conclusion.
- e) Autre forme particulière de rémunération: la *participation aux bénéfices ou tantième*. Il s'agit d'une participation au bénéfice commercial — et en général au bénéfice net — soit de l'entreprise toute entière, soit d'une partie de l'entreprise. Elle peut être calculée en pourcentage ou en valeur absolue. Mais elle ne fait pas, le cas échéant, du salarié un associé et ne lui confère pas davantage un statut analogue. En effet, tandis

---

(67) Voir Boldt, *op. cit.*, p. 315 et s.

que l'associé jouit des mêmes droits que ses coassociés, le travailleur qui participe aux bénéfices demeure subordonné à l'employeur. La participation aux bénéfices est donc bien un vrai salaire.

- f) Depuis quelques années, on voit se développer la tendance à lier davantage les salariés à l'entreprise par un système d'*intéressement à l'entreprise*. Aux travailleurs remplissant certaines conditions, en particulier à ceux qui ont une grande ancienneté dans la maison, de nombreuses entreprises cèdent des actions gratuitement ou à un cours favorable. Ici, l'idée de rémunération du travail s'accompagne de celle de la solidarité avec l'entreprise et de la formation d'un patrimoine de la part du travailleur. Cette dernière idée a sa source en particulier dans la loi du 12 juillet 1961 encourageant la formation du patrimoine par les travailleurs (Bundesgesetzblatt I, p 909). Ladite loi fait bénéficier sous certaines conditions d'allègements fiscaux certaines prestations de l'employeur — par exemple versements à un livret d'épargne, dépenses de construction de logements — susceptibles de contribuer efficacement à la formation d'un patrimoine au profit du travailleur.
- g) La *gratification* joue un rôle particulier dans le monde du travail. Elle est, à côté de la rémunération normale, une prestation spéciale accordée par l'employeur dans des circonstances particulières: Noël, clôture de l'exercice, jubilé de l'entreprise ou du travailleur. Elle a pour but de reconnaître les services rendus et en même temps de stimuler le travailleur pour l'avenir. La gratification de Noël a en outre pour objet de procurer une satisfaction au travailleur à l'occasion d'une fête, en l'aidant à faire face au surcroît de dépenses habituel en pareil cas.

La gratification peut, elle aussi, être facultative ou contractuelle. Mais en vertu d'une jurisprudence constante — encore que parfois controversée — du tribunal fédéral du travail, le travailleur acquiert, pour le reste de la durée de son contrat, un droit au paiement d'une gratification, même facultative, lorsque l'employeur l'a accordée sans formuler de réserve pendant trois années consécutives.

- h) L'opinion prévaut, au contraire, que la *pension de retraite* n'est pas un élément de la rémunération. En Allemagne, depuis la fin du siècle dernier, le législateur a mis sur pied un

vaste système de sécurité sociale qui comporte, entre autres, un régime d'assurance-vieillesse au bénéfice de nombreuses catégories de travailleurs. Il s'agit d'une assurance véritable financée, à parts égales, par les cotisations des salariés et des employeurs. Mais on a vu parallèlement prospérer les *caisses de pension gérées par les entreprises*. Alors qu'initialement elles prenaient à peu près uniquement en charge les employés dirigeants non assujettis à la sécurité sociale, elles ont peu à peu étendu leur activité à de larges secteurs du monde du travail, en particulier depuis la dernière guerre. Elles entrent pour une grande part dans les dépenses sociales extra-légales des entreprises. Conçu d'abord comme prestation facultative de l'entreprise, ce régime d'assurance-vieillesse a pris de plus en plus le caractère d'une obligation juridique. Il faut y voir le résultat d'une orientation plus sociale du patronat, mais aussi une conséquence du fait que la législation fiscale allemande ne considère les dépenses affectées à ces prestations comme déductibles des bénéfices fiscaux au titre des charges d'exploitation que si elles découlent d'une obligation juridique.

L'octroi d'une pension d'entreprise au travailleur qui abandonne son emploi en raison de son âge ou d'une incapacité de travail, ou l'octroi des prestations correspondantes aux survivants n'est pas une conséquence automatique du contrat de travail; il est, au contraire, toujours subordonné à l'existence d'une convention spéciale. Toutefois, en l'absence même d'une telle convention, le service d'une pension assuré sans réserve pendant plusieurs années peut donner naissance à un droit. La pension n'est désormais plus considérée par les auteurs comme un élément de la rémunération du travail. Elle est servie en vertu du principe de l'assistance due par l'employeur au travailleur. Le caractère facultatif d'une telle aide sociale veut, en outre, qu'il n'y ait droit à pension de retraite que s'il existe une base juridique particulière: convention individuelle ou collective spéciale ou versement de la pension pendant plusieurs années sans réserve explicite.

Le principe de l'égalité de traitement entre les travailleurs peut aussi, le cas échéant, faire naître un droit à pension de retraite.

Si le versement de la pension est promis sans réserve, l'employeur est lié et ne peut revenir sur cette promesse que pour des

raisons particulières, au nombre desquelles ne figure pas en tout état de cause la détérioration de la situation économique de l'entreprise. Seule une situation financière particulièrement alarmante peut, selon les auteurs et la jurisprudence, justifier le droit de l'employeur de réduire le montant de la pension ou même d'en suspendre le paiement, si la sauvegarde de l'entreprise l'exige.

66. Les parties conviennent en principe librement du montant de la rémunération. C'est uniquement en cas de disproportion flagrante avec la prestation, c'est-à-dire si l'on est en présence d'un «salaire de famine», que la rémunération est considérée comme illicite parce qu'immorale et doit être relevée par le tribunal à un niveau équitable. Si le montant du salaire n'est pas stipulé, le § 612, alinéa 2 BGB, prescrit le paiement de la *rémunération d'usage*, c'est-à-dire celle qui est habituellement accordée dans la même profession et la même localité pour un travail analogue, compte tenu de la situation personnelle de l'intéressé (âge, situation de famille, ancienneté).

Des suppléments spéciaux sont d'ordinaire accordés les dimanches et jours fériés ainsi que pour les heures supplémentaires, qu'il s'agisse d'heures effectuées en plus de l'horaire de travail de l'entreprise (*Überarbeit*) ou en plus de la journée légale normale de huit heures (*Mehrarbeit*). Dans ce dernier cas, le § 15 du règlement sur la durée du travail prévoit une majoration de 25% de la rémunération des heures supplémentaires, sauf convention contraire.

Dans la République fédérale, le niveau des salaires est fixé dans une large mesure par des *conventions collectives*. Celles-ci prévoient, pour des catégories déterminées de travailleurs, des taux déterminés de salaire, le plus souvent progressifs en fonction de l'âge ou de l'ancienneté; elles prévoient en outre des majorations dites sociales à raison de la situation de famille (suppléments pour chefs de famille, suppléments pour enfants). Pour les rémunérations conventionnelles, le principe de l'égalité des salaires masculins et féminins en cas de travail identique doit être respecté. Il se déduit de l'article 3, alinéa 2, et de l'article 3 GG, aux termes desquels hommes et femmes possèdent des droits égaux et nul ne doit être défavorisé à raison de son sexe. Les salaires fixés par convention collective sont des salaires *minima*: les taux appliqués ne peuvent être inférieurs, mais peuvent toujours être supérieurs. Les dispositions des conventions collectives ne lient que les employeurs et travailleurs couverts par la convention, c'est-à-dire les membres de l'organisation patronale et du syndicat ouvrier

qui en sont signataires (68). Le conseil d'entreprise n'est pas habilité à conclure une convention pour le personnel d'une usine, un syndicat ayant seul la capacité de contracter au nom des travailleurs.

Pour que les règles d'une convention soient également applicables aux travailleurs et employeurs non signataires, il faut que la convention ait fait l'objet d'une *déclaration d'extension* du ministre fédéral du travail et des affaires sociales ou, le cas échéant, du ministre du travail d'un Land (69).

C'est seulement en l'absence de conventions collectives que l'État peut, dans certaines conditions, fixer dans l'intérêt des travailleurs des *conditions de travail minima* et notamment des salaires minima. La condition imposée à cet égard par la loi du 11 janvier 1952 (Bundesgesetzblatt I, p. 17) est qu'il ne doit pas exister de syndicats ouvriers ou d'associations d'employeurs pour une branche d'activité ou un type d'emploi ou que les syndicats ou associations existants doivent représenter une minorité seulement des employeurs ou des travailleurs. Il faut de plus que la fixation de conditions de travail minima apparaisse indispensable à la satisfaction des besoins sociaux et économiques minima des travailleurs et qu'aucune réglementation des rémunérations et autres conditions de travail ne soit intervenue par la voie d'une déclaration d'extension. La rigueur de ces conditions montre bien que l'État ne veut intervenir qu'en cas de nécessité absolue. Il s'en remet par ailleurs, pour la fixation des conditions de travail et notamment du niveau des rémunérations, aux conventions individuelles et collectives. Depuis près de dix ans que la loi est en vigueur, il n'a été pour ainsi dire jamais fait usage de la possibilité qu'elle offre de fixer des conditions minima (70).

Étant donné qu'il est en principe interdit de travailler les dimanches et jours fériés, l'ouvrier se verrait du même coup refuser le salaire. La loi du 2 août 1951 (71) *relative au paiement du salaire les jours fériés* a profondément modifié cette situation. L'employeur doit désormais verser au travailleur, pour la période chômée en raison d'un jour férié légal, le gain qu'il aurait obtenu s'il avait normalement travaillé. Cette disposition ne s'applique pas lorsque le jour férié tombe un dimanche. Dans la République fédérale, la liste des jours fé-

(68) Un employeur peut également conclure une convention collective à titre individuel avec le syndicat. Dans ce cas, on parle de convention d'entreprise (*Firmentarif* ou *Haustarif*).

(69) Voir pour plus de détails l'étude prévue dans la présente série sur «*Les conventions collectives dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*»

(70) Le seul cas connu concerne les conditions de travail minima applicables pour hommes et femmes (Bundesanzeiger n° 252 du 30 décembre 1955).

(71) Bundesgesetzblatt I, p. 479.

riés légaux varie d'un Land à l'autre. Y figurent invariablement le nouvel an, le vendredi saint, les lundis de Pâques et de Pentecôte, le 1<sup>er</sup> mai et le 17 juin ainsi que le jour et le lendemain de Noël.

Si, par dérogation, le travail ne doit pas être interrompu les dimanches et jours fériés, comme par exemple dans les industries du tourisme et de l'hôtellerie, le travailleur reçoit habituellement un *supplément* de salaire (supplément de jour férié) en rémunération du travail exécuté ces jours-là. La législation ne leur en reconnaît toutefois le droit que dans quelques cas exceptionnels <sup>(72)</sup>, mais les conventions collectives prévoient en général le paiement de suppléments plus ou moins importants pour les jours fériés.

Il est en outre accordé des suppléments pour les *heures supplémentaires*.

67. La *date du paiement* de la rémunération est fixée avant tout par les contrats individuels, les conventions collectives ou les accords d'entreprise. Si ces textes ne règlent pas ce point, le salaire est payé une fois la prestation accomplie, conformément au § 614 BGB. Si le salaire est calculé par période, il est versé à terme échu. L'employé perçoit d'ordinaire ses appointements par périodes mensuelles (dans le secteur privé, le plus souvent en fin de mois, mais dans la fonction publique au début ou le quinze du mois). La paie des ouvriers a lieu en général chaque semaine ou chaque décade, mais depuis quelque temps l'usage se répand de payer les ouvriers au mois à terme échu, avec versement d'acomptes.

68. De même que la date, le *lieu* du paiement résulte essentiellement du contrat individuel ou d'un accord collectif. À défaut de convention et si le lieu du paiement n'est pas dicté par les circonstances, le salaire est versé au domicile de l'employeur ou au siège de l'entreprise.

69. En vertu du § 196 BGB, chiffres 8 et 9, les créances de salaire et d'appointements *se prescrivent* par deux ans à compter de la fin de l'année civile où elles se sont formées. L'employeur peut alors soulever l'exception de prescription. Fréquemment, les parties conviennent soit par contrat individuel, soit par convention collective, d'un *délai de forclusion* à l'expiration duquel la créance s'éteint.

---

(72) C'est, par exemple, le cas en vertu du § 12 du code provisoire du travail rural du 24 janvier 1919.

70. Étant donné que le salaire et les appointements sont, pour la plupart des travailleurs la seule ou du moins la principale ressource permettant à l'intéressé d'assurer sa subsistance et celle de sa famille, le législateur allemand a veillé à ce que la rémunération soit le moins possible amputée avant de venir en la possession du travailleur; ce dernier doit en tout cas recevoir, sur ce qu'il a gagné par son travail, autant qu'il a besoin pour vivre. C'est pourquoi a été prononcée en premier lieu l'*interdiction du système de paiement en nature* («truck system»), dont le détail est réglé aux §§ 115 et suivants du GewO pour les travailleurs de l'industrie et notamment les mineurs et travailleurs à domicile. Le salaire doit être versé en espèces et non sous forme de bons échangeables contre des marchandises. D'après une opinion établie, ces dispositions s'appliquent par analogie à d'autres catégories de travailleurs, car elles expriment un principe de droit de valeur générale. Par ailleurs, on s'efforce de garantir le paiement de la rémunération en limitant légalement la fraction saisissable du salaire. Certains émoluments échappent entièrement à toute saisie, d'autres partiellement, la situation de famille étant prise en considération pour le calcul du montant non saisissable.

## II - L'obligation de procurer du travail

71. Alors que, selon l'ancienne doctrine<sup>(73)</sup>, l'employeur n'était pas tenu de procurer effectivement un travail aux personnes qu'il avait à son service, l'opinion prévaut aujourd'hui que s'il s'est assuré leur force de travail, il doit aussi en faire usage. Ainsi le veut la nature même du contrat de travail, qui institue une communauté de caractère personnel, que les obligations d'assistance et d'exécution loyale marquent fortement de leur empreinte. Pour que soient sauvegardés les intérêts du travailleur, il ne suffit pas de lui verser le salaire promis. Le respect et la considération qui lui sont dus en tant que membre de la collectivité humaine ne se fondent pas seulement sur la contre-valeur financière de sa prestation (montant de la rémunération), mais pour une large part aussi sur la manière dont il s'acquitte des travaux de son emploi. En conséquence, non seulement le devoir d'exécution loyale, mais le respect des articles 1 et 2 GG font obligation à l'employeur de s'abstenir de tout ce qui pourrait offenser la dignité du travailleur et contrarier le libre épanouissement de sa personnalité.

---

(73) Voir le résumé de Grub, *Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers*, *Arbeitsrechts-Blätter*, l'obligation de procurer du travail.



Laisser le travailleur inoccupé en continuant de lui payer son salaire, ce serait le dévaluer en tant que membre de sa profession et de la société. L'interdiction d'offrir à d'autres ses services pendant la durée de son contrat l'empêcherait de conserver intactes ou de perfectionner ses capacités professionnelles et, par là même, de laisser s'épanouir sa personnalité. Le travailleur doit donc être en principe occupé pendant la durée du contrat. L'exempter de travail sans son consentement tout en lui versant son salaire n'est licite qu'à titre temporaire, par exemple jusqu'à expiration d'un contrat dénoncé ou si l'intérêt que l'employeur peut avoir à laisser le travailleur inoccupé est particulièrement légitime. Les conditions qui doivent être réunies dans ce cas exceptionnel sont toutefois strictement réglementées (74).

### III - L'obligation d'assistance

72. Le caractère original du contrat de travail impose à l'employeur, vis-à-vis du travailleur, une série d'autres obligations que l'on désigne sous le nom d'*obligation d'assistance* (*Fürsorgepflicht*, *Sozialpflicht*) (75).

Ce devoir, dont les bases légales générales se trouvent aux §§ 242 et 618 BGB, 120<sup>a</sup> et suivants GewO, 62 HGB, ne se limite pas aux différentes obligations particulières qu'il comporte. Pour en définir le contenu en termes généraux, on peut dire, avec Nikisch (76), que l'employeur doit toujours agir, même dans l'exercice de ses droits, pour le bien des travailleurs de son entreprise, la priorité devant, selon le cas concret, être accordée aux intérêts de l'individu ou à ceux de l'ensemble du personnel.

Toute mesure prise par l'employeur dans le cadre de son devoir général d'assistance ne constitue pourtant pas l'exécution d'une obligation juridique. Pas plus que le devoir d'exécution loyale imposé au travailleur, l'obligation d'assistance incombant à l'employeur ne doit être considérée comme extensible à volonté (77). La relation de travail fournit à l'employeur de multiples possibilités de *prestations facultatives*.

(74) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 2, p. 221; Grub, *op. cit.*; Nikisch, *op. cit.*, t. I, p. 436.

(75) La relation de travail n'a cependant en aucun cas un caractère essentiel d'assistance. Il s'agit d'une relation de droit déterminée par les intérêts des parties contractantes. Tribunal fédéral du Land de Brême, arrêt du 4 août 1948, *Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen* 1949, p. 3 et s. Voir en outre Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 357 et s.; Sitzler, *Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers*, *Arbeitsrechts-Blätter*, devoir d'assistance de l'employeur, I; Dehmel, *Haftung des Arbeitgebers aus der Fürsorgepflicht*, *Bergbau und Wirtschaft* 1951, p. 304 et s.

(76) Nikisch, *op. cit.*, t. I, p. 470.

(77) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 359.

*tives extra-légales*, auxquelles le travailleur n'a aucun droit. Citons, par exemple les gratifications et prestations versées par les caisses de secours des entreprises. L'obligation juridique ne peut se fonder en pareil cas que sur une *cause* juridique particulière découlant, le cas échéant, du principe de l'égalité du traitement.

Les obligations ressortissant véritablement du devoir d'assistance ne peuvent être par avance annulées ou restreintes par contrat, mais il peut être renoncé à des droits acquis (§ 619 BGB).

73. On citera ci-après quelques *exemples* illustrant les obligations proprement dites découlant pour l'employeur de son devoir d'assistance.

L'employeur doit veiller à la *salubrité des postes de travail* et à l'existence d'*installations sanitaires irréprochables*. Il doit se conformer en particulier aux règles appliquées par l'inspection du travail pour assurer la sécurité de l'exploitation et la protection du personnel et doit prendre toutes les dispositions habituelles permises par l'état de la technique ou conseillées par l'expérience pratique ou raisonnablement exigibles dans le cas considéré.

L'employeur est en outre tenu d'entretenir les *locaux affectés au travail* dans un état *offrant toute garantie pour la santé* des travailleurs. Le § 280 du règlement sur la police des mines de la Ruhr dispose, par exemple, que les salles de machines et les lieux de travail des entreprises minières doivent avoir un éclairage, un cube d'air et un aéraie suffisants. Les vapeurs, gaz et résidus doivent être éliminés. Pendant les heures d'obscurité, les installations de surface doivent être éclairées autant que l'exigent l'exploitation et les transports.

L'employeur procure en outre les *locaux annexes* nécessaires, notamment des salles de repos où le personnel peut séjourner pendant les pauses légales. Des vestiaires et salles de douches doivent être aménagés en cas de besoin, par exemple dans chaque siège d'extraction où des mineurs descendent et remontent régulièrement. Des toilettes doivent également exister en nombre suffisant.

L'employeur procure de même aux travailleurs les moyens de mettre en sécurité les *objets* qu'il est d'usage d'apporter au poste de travail et notamment les vêtements qu'il leur faut déposer.

Le devoir d'assistance de l'employeur s'étend enfin aux *foyers* éventuellement aménagés et gérés par les entreprises. Les salles de séjour, dortoirs et autres pièces d'habitation de ces établissements doivent être entretenus en bon état, afin qu'aucun dommage ne soit

causé à la santé des travailleurs qui y sont logés<sup>(78)</sup>. Le logement des travailleurs dans ces foyers étant dicté principalement par l'intérêt de l'employeur, surtout en période de plein emploi, c'est à l'employeur qu'il incombe de veiller à la sauvegarde des objets usuels des pensionnaires.

Il doit également exister des possibilités d'abriter, dans les conditions normales et sans danger de vol, les *bicyclettes* utilisées par les travailleurs pour se rendre à leur travail. On peut au contraire se demander si l'employeur doit également aménager des emplacements (par exemple les parcs à voitures) destinés au stationnement des *véhicules à moteur* utilisés par les membres du personnel pour couvrir le trajet aller et retour entre leur domicile et leur lieu de travail. La réponse à cette question varie selon les cas. L'habitude d'un grand nombre de travailleurs, notamment dans les régions industrielles, d'utiliser en pareil cas des véhicules à moteur ne saurait, en l'état actuel des choses, permettre de conclure à l'obligation, pour l'employeur, d'aménager des parkings appropriés<sup>(79)</sup>. Toutefois, un chef d'entreprise qui fait construire une usine éloignée de tout moyen de transport public, devra, au moins en principe, prévoir des moyens suffisants de parcage pour les véhicules de son personnel. Une appréciation objective devra en tout cas lui éviter de supporter à ce titre des charges excessives.

#### IV - L'égalité de traitement

74. Il faut mentionner particulièrement aussi l'obligation de l'employeur de *traiter sur un pied d'égalité* les travailleurs qu'il occupe.

Le principe de la justice distributive veut que, pour régler les multiples situations qui se présentent dans la vie, on évite les discriminations objectivement injustifiées. Deux situations identiques doivent donc être traitées de façon identique et des situations différentes doivent l'être compte tenu des différences existantes.

Le principe de l'*égalité de traitement* interdit de défavoriser *arbitrairement* certains travailleurs par rapport à d'autres placés dans des conditions comparables; il interdit, en d'autres termes, de les sous-

---

(78) Voir tribunal fédéral du travail dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 1, concernant le § 618 BGB avec note concordante de Hueck; voir également Höhne, *Die Haftung des Arbeitgebers für Unfälle in betrieblichen Wohnheimen*, Betriebsberater 1958, p. 692.

(79) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 9, p. 31; une bonne partie de la note consacrée par Hueck à cet arrêt dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 7, concernant le § 618 BGB.

traire arbitrairement à l'application d'un système déterminé<sup>(80)</sup>. Ce principe, dérivé du devoir d'assistance de l'employeur, la jurisprudence en a fait un élément solide du droit du travail. Lorsque certaines prestations sont, dans certaines conditions, régulièrement accordées à tout ou partie du personnel d'une entreprise, les membres du personnel ont le droit, considéré dès lors comme partie intégrante de leur contrat de travail, d'être traités, *dans les mêmes conditions*, de la même façon que les autres<sup>(81)</sup>. Il n'est pas nécessaire qu'il existe dans l'entreprise un usage et un règlement formellement établis. Il suffit qu'ils se traduisent concrètement dans la pratique. On peut sans hésiter aller plus loin et affirmer avec Nikisch<sup>(82)</sup> que, lorsque l'employeur a montré qu'il envisageait dans tel cas d'appliquer tels principes, le travailleur peut aussi demander que ces principes lui soient également appliqués, que l'employeur ait manifesté expressément sa volonté ou qu'il se soit contenté d'appliquer une règle aisément identifiable.

Dans les conditions qui viennent d'être précisées, la validité du principe de l'égalité de traitement n'est pas contestée pour ce qui est des prestations sociales facultatives (gratifications, pensions). Au contraire, elle n'est pas encore universellement admise pour la fixation du salaire, la résiliation du contrat ainsi qu'en d'autres cas. Sur tous ces points la situation est encore fluide<sup>(83)</sup>.

## V - Les congés payés

75. L'employeur a, entre autres obligations, celle d'accorder au *travailleur un congé de repos payé*. Le principe d'assistance, qui est à la base de cette obligation, veut, comme l'a indiqué le tribunal fédéral du travail<sup>(84)</sup>, que l'employeur aménage le service de manière à protéger la vie et la santé du travailleur. D'où notamment l'obligation d'accorder une fois l'an à ce dernier une certaine période de détente sans interruption de la rémunération<sup>(85)</sup>.

(80) Voir tribunal fédéral du travail dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 4, au sujet du § 242 BGB, égalité de traitement.

(81) Voir tribunal fédéral du travail dans *Arbeitsrechtliche Praxis* nos 3, 5, 6, 8, 9 et 13, au sujet du § 242 BGB, égalité de traitement, t. 3, p. 31 *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 10, concernant l'article 3 GG.

(82) *Op. cit.*, t. I, p. 429; voir également Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 381 et s.

(83) On trouvera des détails dans Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 388; Nikisch, *op. cit.*, t. I, p. 508 et s.; sur la question de l'égalité de traitement pour l'octroi de primes d'ancienneté, voir tribunal fédéral du travail, dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 13, concernant le § 242 BGB, égalité de traitement.

(84) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 3, p. 23.

(85) Le droit au congé payé tire en outre son origine, d'après l'arrêt mentionné, des principes de l'Etat constitutionnel d'inspiration sociale, énoncés aux articles 20 et 28 GG, ainsi que de l'opinion générale et de la volonté de justice du peuple et des partenaires sociaux. Le droit coutumier lui aussi est invoqué comme base du droit à congé.

C'est seulement au cours des dernières décennies que s'est imposée l'idée que tout travailleur doit, dans certaines conditions, bénéficier d'un congé de repos payé. Cette institution n'est connue ni du code civil, ni des autres lois qui, comme le code de commerce, le code industriel et les lois sur les mines, contiennent des dispositions relatives au contrat de travail. Les dispositions protectrices de caractère public sont également muettes sur ce point. Ainsi le règlement du 30 avril 1938 contient des règles sur la durée du travail, des pauses et des intervalles de repos, mais il ne dit rien du congé. Il a fallu attendre les dernières décennies pour que juristes et tribunaux du travail fassent triompher l'idée d'un congé de repos payé. Cette idée a reçu sa consécration décisive dans l'arrêt susmentionné du tribunal fédéral du travail, où se trouve énoncé le principe en vertu duquel le droit du travail allemand reconnaît à tout travailleur, même en l'absence de toute disposition formelle de la loi ou d'une convention collective ou figurant dans un accord d'entreprise ou un contrat individuel — le droit à un congé dont la durée se calcule sur la base des §§ 612 et 315 BGB. Cette thèse a été ensuite confirmée à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral du travail.

76. Parallèlement à cette jurisprudence, on a vu depuis la guerre les Länder de la République fédérale promulguer l'un après l'autre des *lois spéciales en matière de congés*. Le tribunal fédéral du travail avait toutefois émis des doutes sur la validité de ces lois, les Länder n'ayant pas, à son avis, depuis l'entrée en vigueur de la loi fondamentale, la compétence législative nécessaire à cet effet et les rapports de droit privé relevant au contraire, dans leur ensemble, de la compétence exclusive du Bund<sup>(86)</sup>. Saisie par le tribunal, la Cour constitutionnelle fédérale n'a toutefois pas partagé ce point de vue et a décidé que les lois votées par les Länder en matière de congés étaient compatibles avec la loi fondamentale<sup>(87)</sup>. C'est pourquoi il existe à l'heure actuelle dans la République fédérale plus d'une douzaine de ces lois. Toutes s'inspirent bien entendu du principe, maintes fois confirmé par le tribunal du travail lui-même, en vertu duquel le droit à un congé de repos payé est inhérent au contrat de travail d'après le droit applicable dans la République fédérale; elles divergent en revanche sensiblement sur les divers éléments constituant le contenu de ce droit et présentent parfois également de notables différences en ce qui con-

(86) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 2, p. 342 (345).

(87) Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 22 avril 1956, *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 2, concernant le § 1 de la loi de Hambourg sur les congés.

cerne les modalités d'application. Les différences matérielles portent notamment sur les bénéficiaires, l'année de référence, le droit à congé pendant les années d'arrivée et de départ ainsi qu'en cas de licenciement sans préavis, le report du congé d'une année sur l'autre et le régime de l'indemnité de congé payé et de l'indemnité compensatrice. Nous nous abstenons ici d'entrer dans le détail de la législation en matière de congés, cette question devant faire l'objet d'une étude spéciale (88).

## VI - Le certificat de travail et les renseignements

77. La plupart des lois contenant des dispositions relatives au contrat de travail reconnaissent au travailleur le droit de se faire délivrer un *certificat* en fin de contrat. Les formules utilisées varient d'un texte à l'autre. Ainsi on peut lire au § 630 BGB qu'à la fin d'une relation de service continue, celui qui a engagé ses services peut exiger de l'autre partie la délivrance d'un certificat écrit précisant la relation de service et sa durée. À la demande du travailleur, le certificat doit contenir des renseignements sur la manière dont il a exécuté le travail et sur sa conduite dans le service. Le § 73 HGB, au contraire, n'exige pas qu'il y ait eu relation de service continue. Les auteurs et la jurisprudence estiment toutefois unanimement que sauf si la relation de travail est de très courte durée — quelques jours par exemple — le salarié a toujours droit à un certificat.

Contrairement à la lettre des lois, qui astreignent l'employeur à délivrer le certificat à la fin du contrat, la doctrine et la jurisprudence estiment que le travailleur y a droit dès la date de résiliation du contrat, attendu qu'il en a besoin pour trouver un nouvel emploi. Il faut en outre reconnaître au salarié le droit de demander un *certificat provisoire* dès avant la résiliation de son contrat, notamment lorsqu'il a l'intention de chercher un autre emploi.

Les lois distinguent le *certificat simple* et le *certificat qualifié*. Le premier mentionne uniquement la nature et la durée de l'emploi; le second fait aussi état de la conduite et de l'exécution du travail. Le travailleur peut demander l'un ou l'autre, à son choix, mais s'il opte pour le second, il doit accepter que les renseignements portent à la fois sur la conduite et sur l'exécution du travail.

---

(88) «La durée du travail et les congés dans les pays de la C.E.C.A.» prévu comme tome XIII de la présente série.

En ce qui concerne le *contenu* du certificat, il doit être de nature à appuyer une demande d'emploi, tout en fournissant les informations à une tierce personne qui envisage l'embauchage du titulaire. Il doit être véridique et contenir tous les faits et éléments essentiels requis pour une appréciation générale et susceptibles d'intéresser les tiers. Doivent en revanche en être bannis les faits exceptionnels ou les détails qui ne sont pas caractéristiques du travailleur, de sa conduite et de son travail, qu'ils soient à son avantage ou à son désavantage. Ni le choix des termes, ni les tournures de phrase, ni les omissions ne doivent avoir pour effet d'éveiller dans l'esprit des tiers des impressions non conformes à la vérité <sup>(89)</sup>.

La majorité des auteurs et des juges pensent qu'il incombe au travailleur désireux de faire modifier un certificat de travail d'administrer la preuve qu'il est inexact. Cette opinion se fonde sur le fait qu'il s'agit d'une *action en rectification* et que celui qui exerce une telle action doit également fournir les preuves nécessaires. Le Tribunal fédéral a estimé, au contraire, dans l'arrêt susmentionné, qu'il incombait à l'employeur de prouver l'exactitude du contenu du certificat délivré par lui. En effet, lorsque le salarié demande un certificat autrement libellé, il fait en réalité valoir, par l'exercice d'une *action en exécution*, son droit à obtenir le certificat tel que l'employeur, de l'avis du travailleur, aurait dû d'emblée le délivrer. Mais la preuve de l'exécution régulière incombe au débiteur, c'est-à-dire à l'employeur.

78. Les *renseignements* donnés par l'employeur à un autre employeur sur le salarié sont là pour compléter le certificat de travail. Ils doivent donc être exacts au sens précisé plus haut, tant en ce qui concerne la relation des faits que l'appréciation des qualités personnelles du travailleur, laquelle, bien entendu, est jusqu'à un certain point subjective. Mais cette appréciation elle-même (qui porte sur le travail et la conduite), l'employeur la formulera en conscience et au mieux de sa connaissance, en se référant aux critères usuels dans le monde du travail. À noter aussi que des renseignements inexacts peuvent avoir, le cas échéant, des conséquences dommageables tant pour l'employeur qui se renseigne que pour le travailleur en cause et qu'ils peuvent, de ce fait, ouvrir droit à dommages-intérêts.

Comme on le verra plus loin, la résiliation du contrat de travail ne met pas automatiquement fin à l'obligation d'assistance de

---

(89) Tribunal fédéral du travail, dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 1, concernant le § 73 HGB.

l'employeur et au devoir d'exécution loyale du travailleur, qui sont le trait dominant de la relation de travail. En raison de la persistance de leurs effets, l'ex-employeur n'est pas seulement tenu de fournir sur demande à un tiers les renseignements concernant son ancien subordonné, dans la mesure du moins où le demandeur a un intérêt légitime à solliciter ces renseignements. Il doit encore communiquer au travailleur les informations fournies à son sujet, s'il en fait la demande. Ces informations peuvent avoir sur l'avenir de l'intéressé une influence plus grande que le certificat lui-même.

#### Section IV

### LA CESSATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

#### § 1. GÉNÉRALITÉS

79. Tout contrat de travail prend naturellement fin par le *décès du travailleur*, la prestation de travail ayant un caractère éminemment personnel et n'étant de toute manière pas susceptible, en principe, d'être effectuée par un remplaçant. Le *décès de l'employeur*, en revanche, n'entraîne pas en général l'expiration du contrat. Les héritiers de l'employeur sont subrogés dans les droits et obligations découlant du contrat, sauf si celui-ci est tel que le travail ne pouvait être effectué qu'à titre personnel pour l'employeur décédé.

Par ailleurs, un contrat de travail peut être à tout moment résilié par *convention bilatérale*. Il faut en outre distinguer, en ce qui concerne le mode d'extinction, entre contrats à durée déterminée et contrats à durée indéterminée <sup>(90)</sup>.

80. Le contrat à *durée déterminée* prend fin de plein droit à l'arrivée du terme. Il en est de même, en vertu du § 620, alinéa 2 BGB, lorsque cette issue est commandée par la nature ou l'objet des services — par exemple une activité temporaire de garçon de café, le bêchage d'un jardin, etc. Un contrat à durée déterminée peut aussi, le cas échéant, être résilié prématurément en cas de motif grave, ce qui exige toutefois une forme spéciale de congé.

81. Les contrats à *durée indéterminée* prennent normalement fin par la *résiliation (Kündigung)*. La résiliation est une déclaration uni-

---

(90) Voir également ci-dessus point 16.



latérale de volonté, faite par l'une des parties et signifiée à l'autre, en vertu de laquelle le contrat doit prendre fin soit immédiatement, soit à une date déterminée. Elle n'est en principe soumise à aucune forme, sauf disposition contraire du contrat individuel ou de la convention collective. La résiliation prend effet au moment où elle parvient à la connaissance de l'autre partie. L'indication d'un motif n'est pas exigée par la loi. Si le congé émane de l'employeur, il peut cependant être utile pour lui d'invoquer un motif car sans cela il doit s'attendre qu'en cas de litige, le tribunal déclare le licenciement antisocial et, par conséquent, nul pour défaut de motivation.

On distingue deux formes de résiliation, l'une *ordinaire*, l'autre de caractère *exceptionnel*.

La première implique l'obligation de respecter le délai-congé légal ou contractuel. En ce qui concerne le délai-congé, les lois applicables en la matière, en particulier le code civil, le code de commerce et les lois sur les mines ne contiennent pas de dispositions précises. Pour les contrats de travail placés sous le régime du code civil le § 621 BGB dispose que, si la rémunération est journalière, la résiliation peut être notifiée chaque jour pour le lendemain. Si la rémunération se calcule par période hebdomadaire ou mensuelle, la résiliation ne peut avoir lieu qu'à compter de la fin d'une semaine ou d'un mois civils. Elle doit intervenir au plus tard respectivement le premier jour ouvrable de la semaine et le 15 du mois. Si la rémunération se calcule par trimestre ou par périodes plus longues encore, il ne peut être donné congé que pour la fin d'un trimestre civil et seulement sous réserve d'un préavis de 6 semaines. La relation de services des employés de niveau élevé qui perçoivent des émoluments fixes et dont l'activité est entièrement ou largement absorbée par ladite relation, ne peut être résiliée qu'à la fin d'un trimestre civil et seulement moyennant un préavis de 6 semaines, même si la période de rémunération est inférieure à un trimestre (§ 622 BGB). Entrent dans cette catégorie d'employés, outre les instituteurs et éducateurs expressément mentionnés dans le code, les artistes, les premiers clercs d'avocats, de notaires, etc., les médecins d'établissements hospitaliers, les secrétaires, etc.. Si le contrat de travail a été conclu à vie ou pour une durée supérieure à 5 ans, il peut, en vertu du § 624 BGB, être résilié par le travailleur à l'expiration d'une période de 5 ans et moyennant un préavis de 6 mois. L'employeur ne possède pas pareil droit de résiliation anticipée. Cette disposition a pour objet d'empêcher qu'un travailleur ne soit abusivement enchaîné à son employeur.

La *résiliation exceptionnelle* entre notamment en jeu quand il y a un motif de résiliation anticipée de la relation de travail. Cette hypothèse se vérifie lorsqu'une des parties au contrat, compte tenu de toutes les circonstances appréciées en toute bonne foi, ne peut se voir imposer, même pour la durée du délai congé prévu, de poursuivre la relation de travail qui la lie au cocontractant. Le motif ne doit pas nécessairement résider dans un comportement fautif du travailleur<sup>(91)</sup>. La résiliation exceptionnelle peut intervenir sous réserve de l'observation du préavis contractuel ou légal, mais aussi sans préavis ou avec préavis réduit.

## § 2. LA PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT

82. En droit allemand, la protection contre le licenciement est née de l'idée que l'emploi constitue le moyen de vie essentiel du travailleur et de sa famille. Les modalités de cette protection, dont l'objet est de garantir l'existence du contrat, ont été abondamment décrites dans l'étude intitulée «La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la Communauté»<sup>(92)</sup>, à laquelle on pourra donc se reporter. Nous nous bornerons ici à indiquer en bref que, dans l'intérêt du travailleur, les relations de travail à durée indéterminée sont protégées dans leur existence même, de façon différente selon l'espèce de la relation.

- a) Par des *interdictions de licenciement* (exemples: femmes enceintes, membres des conseils d'entreprise, députés, personnes accomplissant leur service militaire obligatoire, rapatriés);
- b) Par l'*autorisation qui doit être obtenue de certaines autorités*: (exemples: en cas de licenciements collectifs et de chômage partiel, l'autorisation de l'office du travail du Land; pour les grands invalides, celle du service central des pensions; pour le titulaire d'un certificat d'assistance aux mineurs, celle du service central);
- c) Par la fixation de *délais-congés minima* (par exemple pour les employés âgés);
- d) Par la possibilité d'invoquer le *caractère antisocial* du licenciement. Est antisocial tout licenciement qui n'est pas justifié par des raisons tenant à la personne ou au comportement

(91) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 2, p. 214.

(92) Tome X de la présente série.

du travailleur ou imposé par des raisons impératives de ne pas conserver le travailleur dans le personnel de l'entreprise. Pour faire valoir le caractère antisocial d'un licenciement, il faut introduire une action en protection contre le licenciement devant la juridiction du travail.

83. Les dispositions protectrices précitées ne s'appliquent en principe pas dans le cas du congé de caractère exceptionnel, et notamment pas lorsqu'il y a licenciement pour motif grave. L'accord de l'autorité compétente susvisée n'est alors pas requise non plus; une réglementation spéciale n'est appliquée que dans le cas de la loi sur la protection des mères (93).

### § 3. EFFETS A POSTERIORI DES DROITS ET OBLIGATIONS DÉCOULANT DU CONTRAT

84. La cessation du contrat de travail s'accompagne en principe de l'extinction des obligations qui en découlent pour les parties. Toutefois, certains devoirs prévus par le contrat prolongent leurs effets au-delà de sa cessation, notamment en ce qui concerne l'obligation réciproque de loyauté. C'est ainsi qu'après qu'il a été mis fin au contrat de travail, l'employeur est encore tenu de délivrer au travailleur, sur sa demande, un certificat et des renseignements concernant son activité, pour autant qu'on puisse encore l'exiger de lui en l'état des choses et compte tenu notamment du temps qui s'est écoulé dans l'intervalle. En principe, le travailleur peut naturellement utiliser dans un autre établissement les connaissances et capacités acquises par lui dans l'établissement de son employeur précédent. Toutefois, autant qu'il est dans la nature des choses ou pour autant qu'il existe à ce sujet une convention expresse, il doit, en vertu des effets *a posteriori* de l'obligation de loyauté, tenir secrets et s'abstenir d'utiliser après son départ de l'entreprise les enseignements qu'il a pu y recueillir. Ici se heurtent, comme l'a fort justement souligné le tribunal fédéral du travail dans son arrêt du 27 février 1958 (94), deux intérêts d'égale valeur et, de ce

(93) Le licenciement d'une femme en période de grossesse et pendant les quatre mois suivant l'accouchement est interdit en vertu du § 9, alinéa 1, de la loi sur la protection des mères, lorsque l'employeur, au moment du licenciement, avait connaissance de la grossesse ou de l'accouchement, ou en a été informé dans la semaine suivant la notification du licenciement. La même interdiction vaut pour le cas du licenciement pour motif grave. C'est seulement dans les cas particuliers qu'en vertu du § 9, alinéa 2, de la loi sur la protection des mères l'autorité supérieure du Land compétente pour la protection des travailleurs peut, à titre exceptionnel, autoriser le licenciement.

(94) Publié dans *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 1, concernant le § 242 BGB, effets *a posteriori* de l'obligation de loyauté.

fait, difficiles à concilier: l'intérêt de l'employeur de voir sauvegarder ses secrets de fabrication et celui du travailleur d'utiliser pour sa promotion professionnelle ultérieure les secrets de fabrication venus à sa connaissance. Ces intérêts doivent être soigneusement équilibrés. Il convient de se référer à des critères stricts pour apprécier le caractère licite d'une telle interdiction. Sinon le travailleur sera gêné de façon inadmissible dans ses possibilités de promotion et dans l'utilisation de sa force de travail. En outre, l'employeur peut, pour la période postérieure à la cessation du contrat et moyennant certaines conditions et limites, convenir avec le travailleur, d'une clause de non-concurrence. On se reportera à ce sujet au point 55.

### Section V

## LA TRANSMISSION DE LA RELATION DE TRAVAIL

### § 1. GÉNÉRALITÉS

85. Le droit de travail allemand a longtemps ignoré la notion même de transmission conventionnelle d'un rapport d'obligation — et, partant, d'une relation de travail, dans leur universalité. Il connaissait, et telle est aujourd'hui encore la conception du droit positif, uniquement la cession de créances et d'obligations isolées. La question de savoir si la situation juridique découlant d'un rapport d'obligation est transmissible à titre universel a été longtemps controversée. Cependant l'évolution économique a fait de plus en plus sentir le besoin d'une telle possibilité. L'aliénation d'un établissement ou d'une entreprise, dont la survie dépend de multiples contrats de natures très diverses, serait par exemple à peu près inconcevable s'il n'était pas possible de transmettre chaque fois l'ensemble des droits et obligations juridiques découlant des différents contrats. C'est ce qui a amené la jurisprudence et la doctrine à reconnaître dans la cession des contrats une institution en vertu de laquelle l'universalité des droits et obligations de l'une des parties peut passer à un tiers sous réserve de l'accord du cocontractant<sup>(95)</sup>. Cet accord est en pareil cas nécessaire parce qu'en vertu des principes généraux du droit allemand des obligations (§§ 414 et 415 BGB), un changement de débiteur n'est possible qu'avec le consentement du créancier. Il ne saurait, en effet, être indifférent au créancier de savoir qui est son débiteur, la solva-

(95) Voir Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 14<sup>e</sup> éd., Tubingue 1954, p. 339 et s.; Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 462 et s.

bilité de ce dernier présentant pour son créancier une importance considérable.

86. Comme nous l'avons vu, le contrat de travail est un contrat d'obligation synallagmatique. C'est pourquoi le transfert à un tiers d'une relation de travail dans son universalité par une des parties au contrat entraîne la cession de droits et d'obligations et, du même coup, un changement de débiteur et de créancier pour l'autre partie au contrat de travail. La transmission *conventionnelle* de la relation de travail en tant qu'universalité est donc en principe soumise, comme celle de tout autre contrat d'obligation, à l'assentiment de l'intéressé. Cet assentiment peut être donné soit par avance lors de la conclusion du contrat de travail, soit également au moment de la transmission de la relation de travail. Il n'est soumis à aucune condition de forme et peut, par conséquent, être totalement tacite.

87. Il en va autrement, au contraire, dans les cas particuliers où la relation de travail est transmise à titre universel vertu de la loi. Le consentement du cocontractant n'est alors pas nécessaire. La question de savoir dans quelle mesure une transmission *légal*e de ladite relation ou de certains des droits qui en sont issus est possible du point de vue du travailleur et de l'employeur doit être appréciée séparément pour chacune des parties au contrat en raison de la diversité de leur situation juridique. Il en est de même pour la question de savoir quand on doit présumer le consentement tacite du cocontractant au transfert conventionnel de la relation de travail ou de certains droits et obligations et quand la cession de certains droits est licite sans l'accord du cocontractant.

## § 2. LA TRANSMISSION DES DROITS ET OBLIGATIONS DU TRAVAILLEUR

88. En vertu de la règle interprétative énoncée au § 613, 1<sup>re</sup> phrase BGB, le travailleur doit, *dans le doute*, fournir en personne la prestation de service. Il s'ensuit que la transmission *par acte juridique* de l'universalité des droits et obligations du travailleur est en principe exclue. Il découle en outre du § 613 1<sup>re</sup> phrase, du BGB que la relation de travail s'éteint au décès du travailleur, d'où il suit qu'un transfert *légal* de la relation de travail par voie d'héritage n'entre pas davantage en ligne de compte (§ 1922, alinéa 1 BGB). Il ne saurait être question pour le travailleur d'autres possibilités de transmission légale de la relation de travail.

89. L'hypothèse d'une succession de l'héritier ou d'un tiers aux droits et obligations du travailleur avec l'accord de l'employeur par l'effet d'une convention spéciale entre les parties ne peut se vérifier que dans des cas exceptionnels<sup>(96)</sup>. La volonté des parties doit alors se manifester de façon claire et sans ambiguïté. Normalement, la continuation par l'héritier de la relation de travail avec l'accord de l'employeur équivaut à la conclusion d'un nouveau contrat de travail<sup>(97)</sup>.

90. Au contraire, le travailleur peut en principe transmettre à un tiers tel ou tel droit inhérent à la relation de travail, pour autant qu'il ne soit pas de caractère éminemment personnel, comme par exemple le droit au congé. C'est en particulier le cas pour la cession de la créance de salaire. Cette cession est toutefois limitée par la disposition impérative du § 400 BGB. En vertu de ce texte, une créance est incessible toutes les fois qu'elle est insaisissable (§§ 850a et suivants du code de procédure civile). Cette disposition a pour objet de protéger le travailleur contre la perte de son minimum vital. La créance de salaire est aussi légalement transmise par succession à l'héritier, pour autant que ladite créance existe mais ne soit pas encore éteinte. Il en va de même pour une créance en matière de pension de retraite, déjà formée mais non encore éteinte.

### § 3. LA TRANSMISSION DES DROITS ET OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

91. Le § 613, 2<sup>e</sup> phrase, du BGB dispose qu'en cas de doute le droit de l'employeur d'obtenir la prestation du travailleur est intransmissible. La transmission de ce droit doit donc en principe être approuvée par le travailleur. C'est le cas en particulier lorsque les services sont, par nature, conçus en fonction de la personne même de l'employeur (par exemple: secrétaire privé, garde-malade, dame de compagnie), de sorte qu'un changement d'employeur entraînerait une modification fondamentale de la prestation de travail.

92. Selon la jurisprudence et la doctrine, ce principe cesse toutefois exceptionnellement de s'appliquer lorsque l'établissement pour lequel le travail est effectué est transmis en totalité. Ce peut être le cas s'il y a non seulement aliénation, mais également location ou constitution d'usufruit. En théorie, il doit y avoir changement d'exploit-

(96) Voir Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 464; autre avis chez Nikisch, *op. cit.*, t. I, p. 655.

(97) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 181.

tant, l'identité de l'établissement étant sauvegardée. Il faut entendre à cet égard par établissement un ensemble organisé de moyens personnels, matériels et immatériels. Il n'est pas nécessaire que la totalité des moyens d'exploitation passe à un autre. Il suffit que l'unité organisée que constituent les moyens d'exploitation demeure en substance préservée et que l'objet de l'entreprise ne soit pas modifié. L'employeur qui aliène son établissement a le droit de subroger l'acquéreur dans le droit à la prestation de travail du travailleur, sans le consentement de ce dernier. En effet, pour le travailleur, la nature de l'établissement et le travail à effectuer sont normalement plus importants que l'identité de l'exploitant. En outre, des raisons économiques exigent qu'il ne soit pas apporté d'inutiles entraves à la cessibilité des établissements et entreprises. C'est pourquoi l'opinion dominante admet chez les parties au contrat de travail, l'existence d'une volonté présumée, conforme aux usages, selon laquelle l'employeur, contrairement aux dispositions du § 613, 2<sup>e</sup> phrase, du BGB, peut, lorsqu'il cède son établissement, céder le droit à la prestation de travail sans le consentement du travailleur.

Le débat porte ici sur le point de savoir si, en pareil cas, les rapports de travail sont automatiquement transférés au nouvel exploitant, au besoin contre sa volonté<sup>(98)</sup> ou si leur transfert dépend de la volonté du cédant et du cessionnaire<sup>(99)</sup>. La doctrine dominante a adopté le second point de vue et, s'agissant d'employés dirigeants, le tribunal fédéral du travail<sup>(100)</sup> a tranché la question dans le même sens, en soulignant que la relation de travail d'un employé dirigeant repose sur une base de confiance particulière et en mettant l'accent sur la liberté d'entreprise.

Si la cession de l'établissement entraîne celle du droit à la prestation de travail, elle implique normalement aussi celle de l'ensemble de la relation de travail, c'est-à-dire de l'universalité des droits et obligations de l'employeur dans le cadre de ladite relation. Telle est toujours, dans le doute, la volonté des parties au contrat de vente, car c'est là le seul moyen d'opérer sans difficulté le transfert de l'établissement. La cession à l'acquéreur de l'ensemble des droits et obligations de l'employeur doit toutefois, comme on l'a déjà dit, être approuvée par le travailleur. Cette approbation peut être tacite et elle doit toujours être présumée lorsque le travailleur, informé du changement

(98) Voir Nikisch, *op. cit.*, t. I, p. 659 et s., avec références supplémentaires.

(99) Voir Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 467/468, avec références supplémentaires.

(100) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 9, p. 62. Voir également l'examen critique de cet arrêt par Wipprecht, «L'aliénation de l'entreprise et les employés dirigeants», dans *Der leitende Angestellte*, 1961, p. 2.

d'exploitant poursuit son travail sans donner congé à la date légale la plus proche<sup>(101)</sup>. Si l'approbation est accordée, le cessionnaire reprend à son compte *ex nunc* les relations de travail en cours<sup>(102)</sup>. C'est en principe l'employeur précédent qui est tenu des obligations déjà formées mais non encore exécutées. L'acquéreur ne peut avoir à en répondre qu'en vertu d'une convention particulière conclue entre lui et le vendeur ou en vertu des § 25, alinéa 1, 1<sup>re</sup> phrase HGB, et 419, alinéa 1 BGB. Aux termes du § 25, alinéa 1, 1<sup>re</sup> phrase HGB, celui qui poursuit l'exploitation d'une affaire commerciale acquise entre vifs et en conserve la raison sociale en la faisant suivre ou non de l'indication du successeur est tenu de toutes les obligations contractées par le précédent exploitant dans le cadre de l'exploitation de son affaire. Le § 419, alinéa 1, du BGB dispose que, si une personne acquiert par contrat le patrimoine d'une autre personne les créanciers de celui-ci, sans préjudice de l'obligation de l'ancien débiteur qui persiste, peuvent, à compter de la conclusion de ce contrat de reprise, faire valoir contre le cessionnaire leurs droits existant à l'époque de la cession. Pour l'application du § 419, alinéa 1, du BGB on observera toutefois que ces dispositions supposent l'acquisition de l'*universalité* du patrimoine, ce qui ne sera normalement pas le cas lorsqu'il y a cession d'établissement.

93. En cas de cession légale à un tiers du patrimoine de l'employeur, le droit à la prestation de travail sera en général également cédé, à moins que ladite prestation ne s'en trouve substantiellement modifiée. Il y a transfert légal de patrimoine dans le cas de l'héritage (§ 1922, alinéa 1 BGB), de la fusion de sociétés de capitaux (§§ 233 et suivants de la loi sur les sociétés anonymes), de l'acquisition du patrimoine d'une société anonyme par une personne morale de droit public (§ 253 de la loi sur les sociétés anonymes) et de la transformation d'une société anonyme, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société d'exploitation minière en société en nom collectif, en société en commandite, en société civile ou en entreprise individuelle (loi du 12 novembre 1956 sur la transformation des sociétés de capitaux et des sociétés d'exploitation minière<sup>(103)</sup>). Dans tous ces cas, l'acquéreur, attendu qu'il est également tenu des dettes, devient sans restriction partie aux relations de travail. Le transfert ayant lieu en vertu de la loi, l'accord du travailleur n'est pas nécessaire.

(101) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. I, p. 469.

(102) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, t. 2, p. 127.

(103) *Bundesgesetzblatt I*, 1956, p. 844.



La relation de travail du travailleur «prêté» par son employeur est un cas particulier de cession du droit à la prestation de travail. L'employeur cède temporairement à un autre employeur un travailleur avec lequel il a conclu un contrat de travail; le contrat passé entre l'employeur cédant et le travailleur reste alors en vigueur et le travailleur doit travailler dans l'établissement du second employeur en se conformant à ses instructions. Il s'agit, en l'espèce, d'une cession temporaire du droit à la prestation de travail. Dans ce cas également s'applique la règle énoncée au § 613, 2<sup>e</sup> phrase, du BGB, aux termes de laquelle, en cas de doute, le droit précité est incessible. Comme l'on n'est pas en présence du cas exceptionnel que constitue le changement d'exploitant, l'accord du travailleur est toujours nécessaire pour que son employeur puisse le «prêter».

## CHAPITRE II

### LE RÔLE DU CONTRAT DE TRAVAIL COMME SOURCE JURIDIQUE DES RAPPORTS DE TRAVAIL

#### *Section I*

#### LE DÉCLIN DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ COMME BASE DE LA RÉGLEMENTATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL

94. Comme on l'a dit au début, les juristes de l'école libérale ont considéré le contrat de louage de services et, partant, le contrat de travail comme un simple contrat d'obligation généralement soumis au principe de la liberté contractuelle. C'est pourquoi le § 105 du code industriel de 1869, toujours en vigueur, dispose que la fixation des rapports entre exploitants indépendants et travailleurs de l'industrie fait l'objet de libres conventions. Ce principe ne valait toutefois qu'avec la restriction «sous réserve des limitations apportées par loi du Reich».

95. Plus l'idée se répandait que le contrat de travail n'est pas un simple contrat d'obligation, mais un contrat constitutif de communauté et que le travailleur a besoin d'une protection spéciale, plus le législateur apportait des limitations au principe de la liberté contractuelle,

usant ainsi dans une mesure toujours plus large du pouvoir que lui reconnaissait déjà le § 105 GewO. Il agissait en l'occurrence aussi bien dans le cadre du droit privé que par voie de dispositions protectrices ressortissant au droit public. En outre, au cours des dernières décennies, une sensible limitation a été imposée au principe de la liberté contractuelle par les progrès des *accords collectifs*, dont les dispositions normatives ne font certes pas partie intégrante du contrat individuel, mais le régissent. En dépit de toutes les restrictions prévues par la loi et les conventions collectives, le principe de la liberté contractuelle doit néanmoins, comme par le passé, être considéré comme le fondement du contrat de travail dans le droit de la République fédérale.

#### § 1. LIMITATIONS APPORTÉES PAR LA LOI

96. Les *dispositions législatives* limitant le principe de la liberté contractuelle concernent, d'une part, le droit des personnes à conclure un contrat de travail et, en second lieu, le contenu dudit contrat. On se reportera à ce sujet aux points 27 à 37 ci-dessus, où il est dit que, dans la République fédérale, le principe de libre circulation s'applique au choix de l'emploi et que, par conséquent, un travailleur ne peut pas être contraint de conclure un contrat de travail déterminé, et qu'il en va de même pour un employeur, abstraction faite d'un nombre peu important d'obligations d'embauchage concernant les grands invalides et les titulaires de certificats d'assistance aux mineurs. Mais, comme on l'a déjà signalé dans le passage susvisé, certaines limitations ont été introduites sous forme de conditions d'ordre personnel imposées tant à l'employeur qu'au travailleur et sous forme de restrictions apportées au contenu du contrat.

97. Pour ce qui est des *personnes*, interdiction est faite aux incapables de conclure un contrat de travail; quant aux incapables partiels, ils sont en principe tenus d'obtenir l'autorisation de leur représentant légal ou de passer par son intermédiaire.

98. Pour le *fond*, la liberté des contractants a été de plus en plus restreinte, notamment pour assurer la protection des travailleurs contre une mauvaise utilisation et une exploitation excessive de leur force de travail. Signalons à cet égard les interdictions et limitations concernant en particulier l'emploi des femmes et des adolescents.

Il faut mentionner ici les nombreuses dispositions prises dans l'intérêt des travailleurs pour assurer la sécurité technique et l'humanisation des conditions du poste de travail. A ce genre de dispositions, consistant par exemple à mettre à la disposition du personnel des locaux de travail et de détente appropriés, à rendre les machines et les outils non dangereux pour la vie et la santé des travailleurs, etc., il est interdit de déroger par des clauses contractuelles <sup>(104)</sup>.

Autre restriction, capitale celle-ci, au principe de la liberté contractuelle: la réglementation de la *durée du travail*, laquelle ne doit pas excéder huit heures par jour, un dépassement de ce chiffre n'étant licite que sous certaines conditions fixées dans le détail par la loi. Grâce à des pauses d'une durée minimum à intercaler dans l'horaire de travail, grâce aussi à un intervalle minimum à observer entre deux périodes journalières, les travailleurs ont la garantie de disposer du temps nécessaire pour se détendre. Ces dispositions protectrices d'ordre public, auxquelles les employeurs ne peuvent contrevenir sans se rendre passibles d'une peine, ne sauraient être modifiées par le contrat de travail et priment, en conséquence, les règles du droit privé qui le régissent.

Parmi les autres dispositions restrictives figurent celles qui se rapportent aux *congés payés*, telles qu'elles résultent en particulier de la législation des différents Länder en cette matière.

99. Enfin la faculté de *résilier le contrat* a été, elle aussi, notablement restreinte. D'abord un certain nombre de textes — code civil, code de commerce, code industriel — prévoient pour certains contrats des délais-congés minima non susceptibles d'être contractuellement écourtés. Au bénéfice des employés âgés, la loi du 9 juillet 1926 a institué des préavis prolongés, qui ne peuvent être abrégés au détriment du travailleur. Il existe, en outre, une protection spéciale intéressant la grande masse des contrats de travail: en vertu du § 1 KSchG du 10 août 1951 le congé signifié au salarié occupé depuis plus de six mois consécutifs dans le même établissement ou la même entreprise et âgé de 20 ans révolus est nul en droit s'il est socialement injustifié. Quant à certaines catégories de travailleurs — grands invalides, titulaires de certificats d'assistance aux mineurs — ils ne peuvent être licenciés qu'avec l'autorisation de l'autorité compétente. Les femmes enceintes et les jeunes mères ne peuvent en principe être licenciées <sup>(93)</sup>. En principe, les membres des conseils d'entreprise ne peuvent

---

(104) Voir, par exemple, le § 618 BGB.

pas non plus être licenciés, sauf motif grave étranger à l'exercice de leur fonction de conseiller <sup>(105)</sup>.

100. Particulièrement évidente est l'entorse faite par l'État au principe de la liberté contractuelle en cas de fixation de «*conditions de travail minima*». En vertu de la loi du 11 janvier 1952 (Bundesgesetzblatt, I, p. 17), le ministre du travail et des affaires sociales est habilité à fixer des conditions de travail minima, en vue de réglementer les rémunérations et autres conditions de travail, lorsqu'il n'existe pas de syndicat ou d'association d'employeurs pour une branche d'activité, ou un type d'emploi, ou que les syndicats ou associations existants représentent une minorité seulement des employeurs ou des travailleurs et que la fixation de conditions de travail minima apparaît indispensable à la satisfaction des besoins sociaux et économiques minima des travailleurs. Il faut, en outre, qu'aucune réglementation des rémunérations et autres conditions de travail ne soit intervenue par voie d'extension d'une convention collective. De la possibilité de fixer des conditions de travail minima, qui doit être considérée comme l'«*ultima ratio*» il n'a été, pour ainsi dire, jamais fait usage jusqu'à ce jour.

La déclaration d'*extension d'une convention collective* représente une limitation beaucoup plus importante et pratiquement plus fréquente apportée au principe de la liberté contractuelle. Dans certaines conditions <sup>(106)</sup>, le ministre fédéral du travail et des affaires sociales peut déclarer une convention collective d'obligation générale. À partir de ce moment, les règles de droit, contenues dans la convention s'appliquent, dans le domaine de validité de la convention, également aux employeurs et aux travailleurs qui, jusqu'alors n'étaient pas liés par la convention. Le principe de la liberté contractuelle subit donc ici une entorse au détriment de ceux qui, pour une raison quelconque,

(105) Voir le § 13 de la loi sur la protection contre le licenciement. En cas de violation des droits et obligations inhérents à la fonction de membre d'un conseil d'entreprise, ledit membre peut être exclu du conseil par décision du tribunal du travail à la demande d'au moins un quart des travailleurs électeurs, de l'employeur, d'un syndicat représenté dans l'entreprise ou du conseil d'entreprise (§ 23, alinéa 1 BetrVG).

(106) En vertu du § 5 TVG, le ministre fédéral du travail et des affaires sociales, après consultation d'une commission paritaire au sein de laquelle les organisations centrales des employeurs et des travailleurs désignent respectivement trois représentants, peut, à la demande de l'une des parties à la convention collective, déclarer d'obligation générale ladite convention:

1° si les employeurs liés par la convention n'occupent pas moins de 50 % des travailleurs entrant dans le domaine d'application de la convention et  
2° si la déclaration d'extension semble s'imposer dans l'intérêt général.  
Il peut n'être pas tenu compte des conditions énoncées aux points 1 et 2 lorsque la déclaration d'extension apparaît nécessaire pour résoudre une crise sociale.

ne veulent pas se ranger aux côtés du partenaire social compétent. Les règles de la convention s'appliquent, bon gré, mal gré, aux relations de travail existant entre des employeurs et des travailleurs non liés par la convention.

D'autre part, la législation récente a également supprimé certaines restrictions à la liberté en matière de contrat de travail, restrictions qui avaient été introduites sous le régime national-socialiste et avaient été provisoirement maintenues en vigueur par les anciennes puissances d'occupation. Il s'agit d'abord du décret du 1<sup>er</sup> septembre 1939, relatif au *changement d'emploi* et de l'ordre n° 3 du Conseil de contrôle, en vertu desquels tout changement d'emploi est subordonné à l'approbation du service de la main-d'œuvre. Le décret du 12 octobre 1939, relatif au blocage des salaires, en vertu duquel le relèvement des salaires et des appointements était subordonné à une autorisation du même service, a été entre temps abrogé, ce qui a restauré dans ce domaine important le principe de la liberté contractuelle.

## § 2. INTERVENTIONS D'ORIGINE PROFESSIONNELLE

101. À mesure que se développaient les *textes de droit collectif* — conventions collectives et accords d'entreprise — le principe de la liberté contractuelle subissait de nouvelles restrictions.

### I - Conventions collectives

102. La convention collective est un contrat écrit passé entre un ou plusieurs employeurs ou organisations d'employeurs, d'une part, et un ou plusieurs syndicats de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les droits et obligations contractuels des parties à la convention (partie dite créatrice d'obligations) et en vue d'établir les règles de droit régissant l'institution, le contenu et la cessation des relations de travail ainsi que les questions relatives à l'entreprise, à la représentation du personnel et aux institutions communes des parties à la convention (partie normative). Les dispositions normatives sont des règles de droit ayant valeur de loi. Abstraction faite de celles concernant l'entreprise et la représentation du personnel, toutefois bien moins importantes que les autres, elles lient en principe seulement les parties et leurs adhérents, employeurs et travailleurs<sup>(107)</sup>, à l'exclusion

---

(107) Au sujet du statut particulier des employés dirigeants, voir Boldt, *Die Rechtsstellung der leitenden Angestellten im Bergbau, Bergfreiheit* 1961, p. 259.

des «isolés». Pour qu'il en soit autrement, il faut que la convention ait été déclarée d'obligation générale par le ministre du travail et des affaires sociales <sup>(108)</sup>.

103. Mais les dispositions de la convention collective ne deviennent pas automatiquement partie intégrante des différents contrats individuels; elles constituent des règles de droit qui régissent lesdits contrats tant qu'elles conservent leur validité. De la sorte, il n'est pas nécessaire que le contrat individuel soit résilié et à nouveau conclu pour qu'une nouvelle disposition conventionnelle puisse s'appliquer à lui. La nouvelle convention s'applique sans aucune formalité au contrat en cours, à condition bien entendu que travailleurs et employeurs soient liées par la convention. Il a été déjà souligné que les dispositions d'une convention collective réglementent, outre les questions touchant l'entreprise et la représentation du personnel, qui sont sans intérêt pour nous, la conclusion, le contenu et l'extinction des contrats de travail.

104. Parmi les dispositions d'une convention collective certaines réglementent la conclusion des contrats de travail (*Abschlussnormen*). Abstraction faite des règles de forme (par exemple, la constatation écrite obligatoire), il s'agit principalement en l'occurrence d'obligations d'embauchage (obligation pour l'employeur de recruter un certain nombre d'employés âgés) ou d'interdiction d'embauchage (interdiction d'employer des femmes et des adolescents au delà d'un certain pourcentage de l'effectif total du personnel).

105. Les règles matérielles (*Inhaltsnormen*) se rapportent au contenu du contrat individuel et correspondent, dans l'esprit des parties, à des obligations maxima. Mais il ne peut s'agir, en l'espèce, que de dispositions susceptibles de figurer dans un contrat individuel, comme par exemple celles qui fixent le montant de la rémunération, ou la durée des intervalles de repos et du congé. Sont au contraire illicites les dispositions qui n'auraient pas non plus leur place dans un contrat individuel, en particulier parce qu'elles empiètent sur la sphère individuelle du travailleur et sortent du cadre de la relation de travail proprement dite. C'est le cas, par exemple, de l'utilisation du temps libre et de la rémunération. En effet, tandis qu'en vertu de la liberté contractuelle, le contrat individuel peut également réglementer des

---

(108) Voir pour plus de détails, l'étude actuellement en préparation.

questions entièrement étrangères au contrat de travail ou n'ayant avec lui qu'un rapport lointain, les règles matérielles ne peuvent porter que sur le contenu immédiat de la relation de travail, c'est-à-dire sur les conditions de salaire et de travail. Comme le tribunal fédéral du travail l'a souligné dans un arrêt en date du 20 décembre 1957<sup>(109)</sup>, le droit collectif ne peut intervenir que dans les limites fixées par la loi sur les conventions collectives, la loi sur la représentation du personnel dans les entreprises, le principe de l'État constitutionnel fondé sur la liberté et la justice sociale, ainsi que le principe du libre épanouissement de la personnalité énoncé à l'article 2, alinéa 1 GG, dans le cadre de l'ordre constitutionnel. Il existe donc des droits originellement reconnus ou subjectivement acquis à l'individu, pour lesquels une réglementation collective n'entre généralement pas en ligne de compte. Il existe par ailleurs aussi des cas limites et il convient d'apprécier raisonnablement dans chaque cas si le droit collectif prime le droit individuel ou vice versa. Par exemple, dans l'arrêt précité, le tribunal fédéral a considéré comme licite, avec effet normatif, l'interdiction conventionnelle de cession de la créance de salaire.

106. En ce qui concerne enfin les dispositions conventionnelles relatives à l'*extinction* du contrat de travail, lesquelles sont en vérité des règles matérielles, mais sont réglementées à part dans la loi sur les conventions collectives, elles portent pour la plupart également un coup sensible au principe de la liberté contractuelle. La durée des délais-congés ainsi que les motifs et le mode de licenciement sont fréquemment aussi réglementés par voie de conventions collectives.

107. Toutes les dispositions conventionnelles de ce genre sont des *conditions minima*; elles ne sauraient être rendues plus défavorables, mais elles peuvent être éventuellement améliorées par le contrat individuel. La réglementation conventionnelle se substitue de plein droit aux stipulations individuelles moins favorables toujours à condition, bien entendu, que les deux parties soient liées par la convention. C'est donc ici le *principe dit de la clause la plus favorable*, dont l'étendue et les limites seront examinées dans une étude spéciale consacrée au droit des conventions collectives.

---

(109) *Arbeitsrechtliche Praxis* n° 1, concernant le § 399 BGB.

## II - Accords d'entreprise ou d'établissement

108. *L'accord d'entreprise ou d'établissement impose encore d'autres limitations au principe de la liberté contractuelle.*

Par un tel accord, on entend en droit allemand un contrat écrit que l'employeur conclut avec le conseil d'entreprise, qui s'applique à tout ou partie de l'entreprise et à son personnel, représenté par le conseil d'entreprise, et qui est destiné à établir les règles de droit concernant le contenu, la conclusion et l'extinction des contrats de travail, ainsi que les questions relatives à l'entreprise et à la représentation du personnel. L'accord ne peut toutefois porter que sur des questions relevant de la compétence du conseil d'entreprise. Aussi la conclusion en est-elle impossible lorsque les rémunérations et autres conditions de travail sont habituellement réglementées par convention collective, le conseil d'entreprise n'étant pas alors compétent à cet égard. La seule exception prévue par le § 59 BetrVG est le cas où une convention collective admet expressément la conclusion d'accords complémentaires.

109. Selon une opinion quasi unanime, les règles juridiques établies par un accord d'entreprise ou d'établissement régissent le contrat de travail individuel au même titre que les règles de la convention collective et limitent, de ce fait, le principe de la liberté contractuelle. Les règles matérielles de l'accord d'entreprise s'appliquent donc de l'extérieur au contrat de travail, comme les dispositions d'une loi, indépendamment de toute manifestation de la volonté individuelle des travailleurs, que ces derniers aient ou non connaissance des clauses de l'accord<sup>(110)</sup>. Elles constituent des conditions minima au-dessous desquelles il n'est pas permis de descendre dans les contrats individuels et elles ont à cet égard une valeur impérative. Le principe de la clause la plus favorable s'applique aux règles de l'accord d'entreprise comme à celles d'une convention collective.

110. À la différence de la convention collective, l'accord d'entreprise ou d'établissement s'applique à tous les travailleurs de l'entreprise, syndiqués ou non. Toutefois, un tel accord peut ne s'appliquer qu'à des groupes déterminés de travailleurs d'une entreprise ou à une partie déterminée de ladite entreprise. En outre, pour autant que ses dispositions ont trait au contenu, à la conclusion ou à l'extinction de la

---

(110) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. 2, p. 795.



relation de travail, l'accord ne peut concerner des personnes autres que les travailleurs au sens de la loi sur la représentation du personnel, par exemple des représentants légaux de personnes morales et les employés dirigeants de l'entreprise <sup>(111)</sup>.

## Section II

### RELATION DE TRAVAIL ET CONTRAT DE TRAVAIL

#### § 1. NOTIONS THÉORIQUES

111. Après avoir exposé les grandes lignes du régime juridique du contrat de travail tel qu'il existe dans la République fédérale, il reste à étudier le rapport entre la notion de «contrat de travail» et celle de «relation de travail» <sup>(112)</sup>. Il s'agit là d'une question délicate, car les opinions divergent sur le sens à donner à la notion de «relation de travail».

112. Nombreux sont ceux qui, surtout chez les praticiens, ne voient dans la «relation de travail» qu'un simple *élément de fait* constitué par la prestation effective de travail. Il serait toutefois peut-être plus exact — notamment pour atténuer la confusion qui règne déjà dans les idées — de parler alors de relation de travail de fait ou de relation d'emploi <sup>(113)</sup>, ou tout simplement d'emploi. Si l'on admet que la relation de travail n'est pas autre chose qu'un élément de fait, aucun problème juridique particulier ne se pose en ce qui concerne le rapport de cette notion avec le contrat de travail.

113. Une autre opinion, soutenue notamment par Potthoff <sup>(114)</sup> et Siebert <sup>(115)</sup> et développée en particulier par Nikisch <sup>(116)</sup>, considère

(111) Voir § 4, alinéa 2 BetrVG.

(112) Il aurait été peut-être plus normal d'étudier cette question au début du rapport, mais c'est pour conserver aux différents rapports une structure aussi uniforme que possible que l'auteur a cru ne devoir la traiter que maintenant, répondant en cela à un voeu exprès du groupe de travail.

(113) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. 1, p. 104.

(114) *Arbeitsverhältnis*, 1928, p. 24 et s., 39 et s., 47 et s.

(115) *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, 1935, même auteur, *Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag*, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1937, p. 14 et 44. Par suite, Siebert a vu dans la formation de la relation de travail un contrat relevant du droit des personnes et il s'est ainsi pour le moins reproché, sinon entièrement ralié à la théorie contractuelle (voir Siebert, *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, t. I, p. 390).

(116) Nikisch, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, 1941, même auteur, *op. cit.*, t. I, p. 137 et s. Voir toutefois l'avant-propos de la 3<sup>e</sup> édition et le texte de la page 164, lesquels contiennent des développements de sens différent, que j'interprète comme indiquant que Nikisch s'est finalement fortement rapproché de la théorie contractuelle.

qu'il y a relation de travail lorsque le travailleur met sa force de travail à la disposition de l'employeur et que celui-ci l'embauche. Il s'agit alors de l'*intégration du travailleur dans l'entreprise* <sup>(117)</sup>. L'embauchage suppose certes le consentement mutuel de l'employeur et du travailleur; il n'est toutefois ni un contrat ni un acte juridique, car il n'a pas pour objet de produire certains effets en droit, mais de provoquer un état de fait. Fondée sur la théorie de l'intégration dans l'entreprise, l'idée que la relation de travail commence avec l'admission dans la communauté de travail, indépendamment de la conclusion d'un contrat, a joué un rôle particulier au moment où s'appliquait la loi organisant le travail national. Cette loi posait en principe que la relation de travail était une relation de communauté reposant sur «la participation à une communauté de travail» et qu'elle pouvait, par conséquent, être considérée comme une «relation d'appartenance personnelle à ladite communauté» <sup>(118)</sup>. La relation de travail ne pouvait donc se former que par l'entrée du travailleur dans la communauté, c'est-à-dire seulement lors de son admission dans l'entreprise.

114. La troisième opinion enfin — celle qui continue de prévaloir et dont les représentants principaux sont Hueck et Nipperdey, mais qui est partagée notamment par Bötticher, Dietz, Herschel, Mansfeld, Schnorr von Carolsfeld, Sitzler et d'autres encore, ainsi que par la jurisprudence du tribunal du travail du Reich et du tribunal fédéral du travail — voit dans la notion de *relation du travail* le *rapport juridique* qui existe entre le travailleur individuel et son employeur, et dans le cadre duquel le travailleur est tenu d'accomplir un travail pour l'employeur. Quant au *contrat de travail*, c'est *celui* par lequel le travailleur s'engage à accomplir un travail au service de l'employeur.

Certes, on pourrait imaginer que la relation de travail ne soit pas fondée sur un contrat. Elle aurait une autre base juridique, par exemple une mesure d'autorité. Mais, dans la pratique, de tels cas sont extrêmement rares, en raison de l'application, dans la République fédérale, du principe de l'État constitutionnel d'inspiration sociale. Comme on l'a précisé ailleurs, le *travailleur* ne peut pas être contraint de prendre un emploi dans un établissement ou une entreprise déterminés car le principe du libre choix de l'emploi est consacré par la loi fondamentale. Le travail forcé n'est licite qu'en cas de peine privative de liberté prononcée par les tribunaux (art. 12. ali-

(117) Voir également Molitor, *Das Wesen des Arbeitsvertrages*, 1925.

(118) Voir par exemple Nikisch, *op. cit.*, p. 139.

néa 4 GG). L'*employeur* ne peut être contraint par la loi à embaucher certains travailleurs contre sa volonté — Nikisch parle à cet égard <sup>(119)</sup> d'un «acte de l'État formateur du droit privé», d'un acte d'autorité — que dans les cas déjà indiqués et pratiquement rares, où ledit employeur ne s'acquitte pas volontairement de son obligation d'occuper un certain nombre de grands invalides. La même contrainte peut être exercée, mais seulement dans le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, en ce qui concerne l'embauchage de titulaires de certificats d'assistance aux mineurs. Dans ces cas, fort rares comme on l'a dit, la loi <sup>(120)</sup> admet que la notification à l'employeur de la décision administrative lui attribuant, à compter d'une certaine date, un grand invalide ou un titulaire de certificat d'assistance aux mineurs, implique la conclusion d'un contrat de travail entre l'employeur et le grand invalide ou le titulaire du certificat. Le législateur introduit donc ici la *fiction* d'un contrat de travail servant de base à la relation de travail.

Dans les cas, à peu près inexistants en pratique, où un travailleur est occupé par un employeur sans qu'il y ait entre eux de relations contractuelles, on pourra sans difficulté admettre la conclusion *tacite* d'un contrat de travail aux conditions consacrées par les usages locaux pour le travail en question. Comme on l'a dit plus haut, le droit allemand ne met en principe aucune condition de forme à la conclusion d'un contrat de travail. Celle-ci peut au contraire aisément se déduire des circonstances de fait, de sorte qu'en pareil cas, c'est encore d'un contrat de travail que naît le rapport juridique entre l'employeur et le travailleur, autrement dit la relation de travail.

### § 2. LA THÉORIE CONTRACTUELLE ET LA THÉORIE DE L'INTÉGRATION

115. Comme nous l'avons vu, d'après la *théorie contractuelle*, la relation de travail se forme par la conclusion d'un contrat de travail entre l'employeur et le travailleur. Toutefois, ainsi qu'il a été dit plus haut, ce contrat ne relève pas exclusivement du droit des obligations, mais aussi du droit des personnes en raison de la relation de communauté qu'il institue. La conclusion d'un tel contrat est nécessaire et suffisante pour la formation d'une relation de travail. Quant à la date d'*effet* du contrat de travail, elle résulte dans chaque cas des clauses du contrat. Si ce dernier, conclu le 20 février, stipule que le

(119) *Op. cit.*, p. 164.

(120) Voir § 10 de la loi sur les grands invalides et § 8, alinéa 3, de la loi instituant un certificat d'assistance aux mineurs dans le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie.

«jour d'entrée» sera le 1<sup>er</sup> avril, le contrat est bien formé dès le 20 février, mais l'employeur ne peut exiger la prestation du travail qu'à compter du 1<sup>er</sup> avril, et il n'a pas non plus besoin d'occuper le travailleur avant cette date. Si, en raison d'une maladie contractée entre temps sans responsabilité de sa part, un employé ne peut par exemple prendre son service que le 10 avril, il n'en reçoit pas moins ses appointements dès le 1<sup>er</sup> avril et non pas seulement à compter de la date effective de la prise d'emploi. C'est à dater du 1<sup>er</sup> avril que commence également à courir le délai prévu au § 1 de la loi sur la protection contre le licenciement, en vertu duquel le travailleur bénéficie des dispositions de la loi après six mois d'emploi. Si, comme dans le cas précité, le travailleur ne prend son emploi qu'après le 1<sup>er</sup> avril, le délai de six mois commence néanmoins à courir dès le 1<sup>er</sup> avril, à condition que le retard apporté à la prise d'emploi ne soit pas imputable au travailleur; dans le cas contraire, par application des règles concernant la demeure, il ne commence à courir qu'à la date de la prise d'emploi effective.

116. En revanche, la *théorie de l'intégration* (ou théorie institutionnelle) <sup>(121)</sup> considère qu'il ne peut se créer une communauté entre le travailleur et l'employeur que par l'*admission* du travailleur dans l'*entreprise* ou dans le foyer de l'employeur ou par la collaboration des deux parties. Cette théorie voit donc dans l'intégration, c'est-à-dire dans l'embauchage du travailleur, le véritable acte constitutif de la relation de travail. Dans cette optique, le contrat de travail est un simple contrat d'obligation par lequel le travailleur s'engage à entrer au service de l'employeur. D'après la théorie de l'intégration, la conclusion du contrat de travail ne suffit donc pas à faire naître une relation de travail. Certes, le travailleur qui ne satisfait pas à son obligation d'entrer au service de l'employeur viole le contrat passé par lui et se rend passible de dommages et intérêts, de même que l'employeur qui n'embauche pas le travailleur disposé à prendre son emploi. Mais d'après la théorie de l'intégration, il ne se forme, ni dans un cas ni dans l'autre, une relation de travail. Selon la doctrine de Nikisch, l'employé qui, comme dans l'exemple ci-dessus, ne peut prendre son service que le 10 avril en raison d'une maladie dont il ne porte pas la responsabilité, n'aurait droit à ses appointements qu'à compter de cette date, car c'est alors seulement qu'a commencé la relation de travail.

---

(121) Voir Nikisch, *op. cit.*, p. 141.

117. Il semble que la préférence doive être accordée à la théorie contractuelle. En sa faveur milite en particulier le fait qu'elle est en accord avec l'idée fondamentale gouvernant notre droit privé. Cette idée veut que les relations de droit privé naissent ordinairement d'un contrat. On ne voit vraiment pas pourquoi il devrait en être autrement en droit du travail. La théorie contractuelle trouve également un appui dans les articles 1 et 2 GG. Hueck et Nipperdey notamment s'y réfèrent lorsqu'ils écrivent:

«Le droit fondamental au libre épanouissement de la personnalité a pour corollaire le principe de la liberté contractuelle. L'individu n'est en principe lié que dans la mesure où il se lie lui-même par un acte de volonté. Ce principe doit valoir tout spécialement pour la relation de travail qui comporte pour le travailleur un large engagement personnel» (122).

Cette conception semble trouver son expression parfaite dans la théorie contractuelle.

En outre, dans le droit en vigueur dans la République fédérale, il n'existe aucune notion d'«entreprise en soi», ni rien de semblable permettant de conclure que la relation de travail ne se forme qu'avec l'intégration dans l'entreprise. On ne saurait dire qu'une communauté de travail formée par le propriétaire de l'établissement et par son personnel constitue une institution juridique autonome avec laquelle le travailleur noue des relations de droit et, plus précisément, une relation de travail. Le partenaire du travailleur est l'employeur, et lui seul, qu'il s'agisse d'un individu ou d'un groupe de personnes, comme dans le cas de la société commerciale en nom collectif ou d'une personne morale. Les conséquences que le contrat de travail comporte pour le travailleur en matière de représentation du personnel — droit d'élire les représentants du personnel, droit de prendre part à l'assemblée du personnel, mais aussi assujettissement aux accords d'entreprise etc. — ont leur origine dans les dispositions impératives de la loi, de même que les dispositions protectrices, également impératives, de caractère social d'une part, et les prescriptions légales en matière de responsabilité, de demeure etc.. d'autre part, qui s'appliquent en l'absence même de toute convention expresse.

L'idée que la relation de travail naît du contrat passé entre l'employeur et le travailleur est, enfin, également conforme à l'opinion générale des travailleurs et des employeurs, qui, comme le montre l'expérience, voient dans la conclusion d'un contrat la base juri-

---

(122) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, t. 1, p. 109.

dique du rapport de droit existant entre eux. Peu importe en l'occurrence que les lois utilisent tantôt le terme contrat de travail et tantôt celui de relation de travail; pour elles les deux notions sont synonymes, comme fréquemment aussi dans la doctrine et la jurisprudence.

### CONCLUSION

118. Dans le présent exposé, l'auteur a tenté de donner un rapide aperçu de l'institution juridique du contrat de travail, de son histoire et de sa nature propre, dans le droit de la République fédérale d'Allemagne. Il s'est en même temps efforcé de mettre en lumière les principales différences existant entre les notions de contrat et de relation de travail, ainsi que la place qu'elles occupent dans le système juridique. Il lui a été bien entendu impossible de traiter son sujet de façon aussi approfondie et complète qu'il aurait pu le faire dans un ouvrage doctrinal. Mais il s'agissait plutôt de dégager les notions essentielles en les illustrant, le cas échéant, par des exemples. Le lecteur allemand observera que cet exposé a été écrit moins à son intention qu'à celle du lecteur étranger intéressé par les problèmes du droit de travail et qu'il s'adresse surtout aux praticiens. Fatalement l'accent a ainsi dû être mis sur certains points qui paraissent présenter un intérêt particulier pour l'harmonisation du droit du travail dans les pays de la C.E.C.A.

Un point capital à retenir est que dans le droit de la République fédérale le contrat de travail appartient à la grande catégorie des contrats d'obligation, mais qu'il tire son originalité de l'élément personnel de communauté qui le distingue des autres contrats d'obligation, tels que la vente et le louage. Autre aspect significatif: le contrat de travail constitue la base essentielle des relations de droit existant entre le travailleur et l'employeur et le travailleur trouve en face de lui comme partenaire l'employeur, c'est-à-dire le chef d'entreprise et non pas une institution juridique plus ou moins vague, telle que la «communauté de travail» ou l'«entreprise en soi». L'intégration du travailleur à la vie de l'entreprise sur la base du contrat de travail et les droits et obligations qui en découlent pour le travailleur vis-à-vis de l'employeur et des autres travailleurs sont de simples conséquences du contrat de travail, variables selon les dimensions, la structure, le caractère et l'organisation de l'entreprise ou de l'établissement.

LE CONTRAT DE TRAVAIL  
EN DROIT FRANÇAIS

par

GUILLAUME CAMERLYNCK

*Professeur à la faculté de droit et des sciences économiques de Paris*





## TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations . . . . .	315
Introduction . . . . .	317
<b>CHAPITRE I – LE MÉCANISME JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL . . . . .</b>	<b>323</b>
Section I - La notion de contrat de travail . . . . .	324
§ 1. Définition et critère juridique . . . . .	324
§ 2. Distinction du contrat de travail et de conventions voisines . . . . .	333
§ 3. Les différents types de contrat de travail . . . . .	344
§ 4. Agents contractuels et salariés des administrations publiques . . . . .	347
Section II - La conclusion du contrat de travail . . . . .	348
Sous-section I - Les conditions de fond . . . . .	348
§ 1. Le consentement . . . . .	349
§ 2. Capacité . . . . .	356
§ 3. Le contrat de travail dans les rapports familiaux . . . . .	358
Sous-section II - Formes et preuve du contrat de travail . . . . .	362
§ 1. La forme du contrat de travail . . . . .	362
§ 2. La preuve . . . . .	363
Sous-section III - Sanction - La nullité du contrat de travail . . . . .	366
Section III - Les effets du contrat de travail . . . . .	368
§ 1. Les obligations du salarié . . . . .	368
§ 2. Les obligations de l'employeur . . . . .	370
§ 3. Interdépendance des obligations . . . . .	373
§ 4. Les sanctions disciplinaires . . . . .	374
Section IV - La cessation du contrat de travail . . . . .	375
§ 1. Expiration du contrat à durée déterminée . . . . .	376
§ 2. Rupture du contrat à durée indéterminée . . . . .	379
§ 3. La force majeure . . . . .	386
§ 4. Le certificat de travail et le reçu pour solde de tout compte . . . . .	389
§ 5. La clause de non-concurrence . . . . .	390
Section V - Conclusion . . . . .	392

<b>CHAPITRE II — LE RÔLE DU CONTRAT DE TRAVAIL COMME SOURCE JURIDIQUE DES RAPPORTS DE TRAVAIL . . . . .</b>	<b>394</b>
Section I - Le déclin de l'autonomie de la volonté comme source de la réglementation des rapports de travail . . . . .	<b>394</b>
§ 1. <i>Intervention législative et réglementaire</i> . . . . .	<b>395</b>
§ 2. <i>Intervention d'origine professionnelle</i> . . . . .	<b>398</b>
§ 3. <i>Application de règles du droit du travail à des situations         ne découlant pas d'un contrat de travail</i> . . . . .	<b>401</b>
Section II - Le rejet du contrat de travail - Relation de travail et statut du travailleur dans l'entreprise . . . . .	<b>402</b>
§ 1. <i>Les théories de la relation de travail et de la détermination         des rapports de travail dans le cadre de l'entreprise</i> . . . . .	<b>402</b>
§ 2. <i>Examen critique</i> . . . . .	<b>404</b>
<i>Conclusion - Rôle conservé par le contrat comme source des rapports     de travail</i> . . . . .	<b>410</b>

### ABRÉVIATIONS

<b>A. Brun et H. Galland</b>	— A. Brun et H. Galland, <i>Traité de droit du travail</i> , Librairie Sirey.
<b>Bull. civ.</b>	— Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles.
<b>D.</b>	— Recueil Dalloz.
<b>D. H.</b>	— Dalloz hebdomadaire.
<b>Gaz. Pal.</b>	— Gazette du Palais.
<b>Inf. chef entr.</b>	— Informateur du chef d'entreprise (questions prud'homales).
<b>J. C. P.</b>	— Jurisclasseurs périodiques (semaine juridique).
<b>P. Durand et A. Vitu</b>	— P. Durand et A. Vitu, <i>Traité de droit du travail</i> , Librairie Dalloz.
<b>Rev. trim. dr. com.</b>	— Revue trimestrielle de droit commercial.
<b>S.</b>	— Recueil Sirey.
<b>Som.</b>	— Sommaires.



## INTRODUCTION

1. Dans le système juridique libéral issu des principes mêmes de la Révolution française et consacré par le code civil, le contrat constitue la source normale et quasi exclusive de détermination du statut individuel de chaque salarié.

La loi du 17 mars 1791 avait posé le nouveau principe de la liberté du travail, condamnant par là les entraves apportées par les corporations de l'Ancien Régime: «il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon.»

C'est surtout d'ailleurs à la liberté d'entreprise que songeait le législateur. Le droit d'exercer ainsi toute forme d'activité commerciale, artisanale ou industrielle, comportait pour le patron celui d'embaucher librement la main-d'oeuvre. Par une apparente symétrie le salarié bénéficie lui aussi de la liberté de contracter, avec l'employeur de son choix, aux conditions débattues par eux.

La loi Le Chapelier du 17 juin 1791, en interdisant tout groupement patronal ou ouvrier, toute action collective concertée, évitera que le mécanisme contractuel ne puisse être faussé en portant atteinte à la volonté souveraine des deux parties. Comme le déclare le rapporteur de la loi, «Il faut remonter au principe que c'est aux conventions libres d'individu à individu de fixer la journée de travail pour chaque ouvrier, à l'ouvrier de maintenir la convention qui a été faite avec celui qui l'occupe. Quant au salaire, seules les conventions libres et individuelles peuvent le fixer.»

Aux termes de l'article premier, «l'anéantissement de toute corporation de travailleurs de même état ou profession étant une des

bases fondamentales de la Révolution française, il est défendu de les rétablir sous quelque prétexte que ce soit».

L'article 2 précise: «Les citoyens de même état ou profession, entrepreneurs, ceux qui ont boutique ouverte, les ouvriers et compagnons d'un art quelconque ne pourront, lorsqu'ils se trouveront ensemble, se nommer de président, ni de secrétaire syndic, tenir des registres, prendre des arrêts ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs.»

L'article 4 interdit également les coalitions, c'est-à-dire les ententes passagères formées soit entre ouvriers, soit entre patrons, pour assurer la défense de leurs intérêts professionnels, comme «inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la déclaration des droits de l'homme».

A son tour, le code pénal soumettra les associations de plus de vingt personnes à l'autorisation du gouvernement (art. 291) et réprimera le délit de coalition (art. 414 et 415).

Dans de telles conditions, aucun accord collectif ne pouvait intervenir au niveau de la profession, puisque cette dernière notion était condamnée dans son principe même. Aussi bien le principe de la souveraineté nationale et du monopole législatif eût-il interdit l'élaboration de règles juridiques par un corps intermédiaire s'interposant entre la nation et ses représentants.

La seule source du droit applicable aux rapports de travail sera donc le contrat individuel, dont l'inhérente variabilité et la discontinuité sont exclusives de l'idée même de statut professionnel.

Tout au plus la répétition et la généralisation d'une pratique contractuelle donnera-t-elle naissance sur certains points à l'usage professionnel puisant d'ailleurs son autorité dans une référence implicite des parties.

2. Le code civil à son tour, dans l'article 1134, affirmera en une formule lapidaire le nouveau principe: «Les conventions légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.» Conformément à la règle générale de l'autonomie de la volonté, les individus aménagent à leur gré leurs rapports juridiques: «qui dit contractuel dit juste». L'État n'intervient, de façon limitée et exceptionnelle, que pour assurer le respect de l'ordre public et des bonnes moeurs.

Cette prééminence ainsi reconnue à la volonté des parties recevra en matière de rapports de travail une application remarquable.

a) Apparaissant comme une simple variété du louage d'ouvrage et d'industrie, la convention passée entre «maître» et «domestique ou ouvrier» est baptisée «louage de services». Terme significatif: le travailleur donne à bail ses services, et l'employeur, jouant le rôle de locataire, lui verse un loyer sous forme de salaire. Conception héritée de la tradition romaine, et que les rédacteurs avaient recueillie chez Domat et Pothier. La force de travail n'étant qu'une marchandise, il en découle logiquement que le salaire sera fixé par la loi de l'offre et de la demande, comme le prix d'un bien quelconque.

b) Le louage de services est en effet librement souscrit par les deux parties, placées sur un pied de stricte égalité juridique. Elles se choisiront sans restriction aucune, fixeront à leur gré la forme et la durée de leurs engagements respectifs, ainsi que leurs obligations, qu'il s'agisse de la prestation de travail et des conditions dans lesquelles elle s'exécutera, ou de la rémunération due par l'employeur.

Le code civil se garde d'intervenir dans les rapports entre employeurs et salariés, même par des dispositions facultatives, interprétatives de la volonté inexprimée des parties. Alors que 66 articles seront consacrés au louage de choses et 32 au bail à cheptel, deux seulement seront réservés au louage de services: l'article 1780 stipulant qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée (afin d'éviter le rétablissement de servitudes personnelles perpétuelles de l'ancien droit, contraires à l'ordre politique nouveau); l'article 1781, aujourd'hui abrogé, aux termes duquel «le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement des salaires de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante».

3. Aussi bien le code civil ne faisait-il ainsi que traduire, sur un plan juridique, les conceptions économiques libérales qui prévaudront pendant la majeure partie du dix-neuvième siècle et interdiront l'organisation étatique ou professionnelle des rapports de travail. Selon la doctrine libérale, il existe au sein des collectivités humaines une harmonie naturelle que l'État ou les groupements doivent se garder de fausser par des interventions inopportunes. L'activité économique a pour moteur l'intérêt individuel. La libre concurrence entre particuliers, placés sur un pied d'égalité et dans des conditions identiques, fera triompher les meilleurs. La collectivité recueillera nécessairement le bénéfice de cet esprit d'entreprise qui animera tous les secteurs de la production.

Dans pareil système, le contrat individuel de travail apparaîtra comme le mécanisme juridique le mieux approprié mis à la disposition du chef d'entreprise, en même temps que comme la clé de voûte de tout l'édifice des rapports de travail. Un droit du travail original n'a aucune raison d'être. Le louage de services figure sur la liste des «contrats spéciaux» du droit civil, à côté de la vente ou du louage de choses, et les difficultés auxquelles son exécution peut donner lieu seront résolues par l'application des dispositions du livre III, titre III, du code civil, «Des contrats ou des obligations conventionnelles en général».

4. La primauté ainsi reconnue au louage de services, le monopole dont il bénéficiait comme source de réglementation des rapports de travail reposaient sur le postulat de la liberté contractuelle. Prenant sa source dans le concept philosophique de volontés souveraines et égales, il prétend assurer une parfaite sauvegarde des intérêts des deux parties en présence. L'ouvrier ou employé discutera les conditions qui lui sont offertes et éventuellement refusera de contracter.

De là la condition misérable de la classe ouvrière pendant le XIX<sup>e</sup> siècle, maintes fois dénoncée, et l'attaque convergente menée contre le principe même de la liberté contractuelle par les écoles les plus diverses, d'inspiration chrétienne, solidariste ou collectiviste. Sous l'influence de ces facteurs idéologiques, et grâce à une action politique et sociale que favorisaient le suffrage universel et le phénomène syndical, une évolution profonde ne pouvait manquer de se produire.

Nous en vérifierons les incidences particulières concernant le contrat de travail dans les deux parties de notre étude.

5. I. Le contrat de travail, en tant que *mécanisme juridique* verra s'altérer sa physionomie traditionnelle. Se libérant des principes orthodoxes du droit civil, il obéira désormais à divers égards à un régime juridique original, élaboré progressivement par voie de réformes législatives, d'intervention des conventions collectives et de construction jurisprudentielle, répondant aux exigences propres du monde du travail et marqué du signe bénéfique de la protection du contractant salarié.

6. II. *Le rôle et la portée du contrat comme source des rapports individuels* entre employeur et salarié vont se trouver considérablement restreints par l'apparition et le développement d'un droit du travail que caractérisent deux phénomènes majeurs, l'intervention-



nisme législatif et la transposition des rapports de travail sur un plan collectif.

1° Des textes multiples, lois, décrets, arrêtés, marqués du signe impératif de l'ordre public, vont progressivement vider le contrat de travail de son contenu en le faisant échapper au principe de l'autonomie de la volonté, qu'il s'agisse des restrictions apportées à l'embauche et au licenciement (voir infra n° 83 et suivants), de la réglementation des conditions du travail (voir n° 87 et note 78 <sup>bis</sup>) ou de la rémunération (voir note 67).

2° La transposition sur le plan collectif de rapports demeurés jusque là strictement individuels. Elle constitue la conséquence inévitable du groupement des travailleurs — en fait puis en droit — dans le double cadre de l'*entreprise* et de la *profession*.

- a) L'entreprise, unité économique de production, suppose certes à l'origine la formation d'un réseau de rapports individuels distincts unissant l'entrepreneur à chaque membre de son personnel. Le patronat a cherché à maintenir le plus longtemps possible, par la fiction libérale, ce fractionnement des rapports de travail qui aboutissait, en un dialogue inégal, au tête à tête de l'employeur avec chacun de ses salariés.

Par un phénomène sociologique inévitable, le coude à coude des travailleurs au sein d'une même entreprise, soumis à une même loi, en fait unilatéralement fixée par l'employeur, a provoqué de bonne heure la prise de conscience de l'étroite solidarité d'intérêt les unissant. Le droit au travail finira par traduire juridiquement cette évolution capitale: les salariés d'une même entreprise constitueront une collectivité organisée, le *personnel*, ayant sa représentation propre, ses moyens d'expression et d'action dans les rapports qui ne peuvent manquer de l'unir — parfois de l'opposer — à l'employeur commun. De là notamment la création par une loi du 24 juin 1936 et un décret-loi du 12 novembre 1938 — remaniés par la loi actuelle du 16 avril 1946 — de délégués du personnel, chargés de présenter les revendications.

Dans cette mesure, le dialogue s'instaure désormais sur le plan collectif, entre personnel globalement considéré et chef d'entreprise.

Cette conception «organique» du personnel devrait logiquement conduire, par une nouvelle étape, à encourager sa

collaboration au fonctionnement même de l'entreprise. Par un essai de portée limitée, une ordonnance du 22 février 1945 a institué des comités d'entreprises (voir le rapport de Paul Durand sur la représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise en droit français), dotés d'ailleurs d'attributions purement consultatives, sauf pour la gestion des oeuvres sociales.

Les travailleurs étant ainsi associés au fonctionnement de l'entreprise, la logique du système devait inciter le législateur à les faire participer au profit, normalement réservé au seul capital. Reprenant et systématisant des mesures fragmentaires antérieures, une ordonnance du 7 janvier 1959 tend, d'après son titre même, à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise.

- b) Le cadre limité de l'entreprise ne saurait à lui seul permettre l'expression et la défense des intérêts professionnels collectifs. Ce sera le rôle du syndicat, fondé entre ceux qu'associent étroitement les liens d'une profession commune. Depuis la proclamation de la liberté syndicale par la loi du 21 mars 1884 (actuellement livre III, titre I, du code du travail) les syndicats sont devenus progressivement beaucoup plus que de simples associations ou sociétés de caractère privé, mais constituent désormais les représentants qualifiés de la profession.

Par là le problème des rapports de travail entre employeur et salarié s'est largement transposé sur le plan collectif.

En effet, les syndicats exerceront une influence décisive sur le statut du travailleur par deux techniques: soit par la grève, qui a cessé de constituer un délit depuis la loi du 25 mai 1864 et revêt le caractère d'une liberté publique fondamentale des travailleurs depuis le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (voir le rapport de Paul Durand sur la grève et le lock-out en droit français), soit par la négociation de conventions collectives, dont le statut fixé une première fois par une loi du 25 mars 1919 est actuellement déterminé par une loi du 11 février 1950 (Chapitre IV bis, livre I, code du travail). Conventions collectives ayant pour objet même, sous l'angle qui nous préoccupe, de déterminer les conditions auxquelles seront conclus les contrats individuels.

A la suite de cette évolution profonde — et loin d'être parvenue à son dernier terme — une doctrine contemporaine prenant, nous le verrons, le contrepied de la thèse libérale traditionnelle, se demandera même si le contrat de travail ne doit pas être désormais rejeté comme source des rapports individuels, au profit d'une notion nouvelle, la relation de travail entre employeur et salarié dans le cadre de l'entreprise.

## CHAPITRE I

### LE MÉCANISME JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL

#### *Les sources* (1)

7. Les sources du régime juridique du contrat de travail en droit positif français se trouvent principalement — outre l'usage — dans la loi, la jurisprudence et la convention collective.

1° *La loi*. Le code du travail consacre le titre II de son livre I. au «*Contrat de travail*».

Aux termes de l'article 19 (article unique d'un chapitre I intitulé «*Dispositions générales*»), «le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun et peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter».

Doctrine et jurisprudence ont vu dans pareil texte la confirmation du principe de la soumission du contrat de travail aux règles générales posées par le code civil dans son livre III, titre III, «*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*». Aussi bien «le louage des domestiques et ouvriers» figure-t-il dans la nomenclature des contrats spéciaux que le code civil régleme dans les titres suivants.

Le code du travail envisage dans son chapitre II, section première, «les conditions et effets du louage de services». En fait, le siège de la matière se trouve dans le paragraphe 1 (Règles générales), articles 20 à 24 a, les paragraphes suivants étant consacrés aux salariés appelés sous les drapeaux, aux femmes en couches, aux journalistes et aux représentants de commerce.

---

(1) Sur un plan général, voir le rapport de Paul Durand sur *Les sources du droit du travail en France*.

Malgré son titre, ce paragraphe, outre deux articles concernant le règlement intérieur, considéré donc comme une annexe du contrat de travail et participant à sa nature, vise presque exclusivement la rupture du contrat de travail et les problèmes qui s'y rattachent. Aucune théorie d'ensemble relative à la conclusion et aux effets du contrat de travail (un titre III étant par ailleurs réservé à la matière «Du salaire»).

2° On comprend dès lors le rôle primordial joué par la *jurisprudence*. La Cour de cassation, plus précisément la section sociale de la Chambre civile, dont les hauts magistrats ont été formés à l'école exclusive du droit civil — la «*législation industrielle*» constituant autrefois un enseignement à option et mal achalandé dans nos facultés —, marque une tendance très nette à faire prévaloir strictement les principes de «*droit commun*», plutôt qu'à situer chaque problème dans le cadre de l'ensemble homogène que constitue le droit du travail, dont les dispositions indivisibles, et animées par un même esprit social, se complètent et se soutiennent.

Néanmoins, devant le particularisme évident des rapports de travail, et sous l'impulsion des juridictions prud'homales, la jurisprudence s'affranchira parfois de cette orthodoxie civiliste pour faire prévaloir une solution originale du problème délicat de la conciliation de la protection nécessaire du travailleur salarié avec l'autorité indispensable reconnue au chef d'entreprise en économie capitaliste.

3° *La convention collective* — indifférente aux impératifs logiques des constructions juridiques abstraites — a constitué un instrument remarquable de progrès social dans l'adaptation progressive aux exigences de chaque profession du mécanisme juridique du contrat de travail. Des dispositions explicites — améliorant à cet égard le statut de droit commun, conformément à la vocation même et à la raison d'être de la convention collective — réglementent l'embauchage, les obligations respectives des parties et la rupture du contrat individuel.

### *Section I*

## LA NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL

### § 1. DÉFINITION ET CRITÈRE JURIDIQUE

8. «Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un», ainsi défini par l'article 1779 du code civil et catalogué

par lui comme une des trois espèces du genre louage d'ouvrage et d'industrie, est qualifié par l'article 1780 de *louage de services*.

Le code du travail lui-même reprendra cette désignation traditionnelle (livre I, titre II, chapitre II, «Du louage de services»; art. 21, 23, 25, 29 c, 29 k, etc.).

Vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle toutefois, un nouveau terme est venu lui faire concurrence: celui de *contrat de travail*. Malgré les critiques qu'a pu lui valoir son imprécision de la part de certains auteurs comme Planiol, la doctrine l'a aujourd'hui unanimement adopté. Le code du travail lui-même emploie fréquemment l'expression contrat de travail (livre I, art. 19, 23 a, 24, 29 m), usant donc indifféremment des deux qualifications, parfois dans le corps d'un même article (art. 23).

Pour mieux souligner le contraste avec la catégorie juridique des conventions collectives de travail, la doctrine emploie parfois la dénomination plus complète de *contrat individuel de travail*.

9. Le code du travail désigne les parties sous le nom d'employeur, d'une part, de salarié, travailleur, ouvriers et employés, selon les articles, d'autre part.

En droit français, cette dernière distinction n'offre qu'un intérêt relatif quant aux règles applicables au contrat de travail qui demeurent en principe les mêmes pour les uns et les autres. Toutefois, l'ouvrier ne peut s'engager pour plus d'un an sans acte écrit (art. 22 L. 1er); son salaire est payé à intervalles plus rapprochés (deux fois par mois au moins) que celui de l'employé (une fois par mois) (art. 44). Dans la pratique, les employés bénéficient en général d'une rémunération mensuelle forfaitaire alors que les ouvriers sont payés à l'heure. La distinction prend un relief plus grand sur le plan des rapports collectifs. Les syndicats sont souvent distincts et les conventions collectives prévoient fréquemment, en dehors de clauses générales, des annexes différentes pour chacune des deux catégories. Les employés sont notamment soumis à des dispositions plus favorables tendant à une meilleure garantie de stabilité de l'emploi: délai congé plus long, indemnité de licenciement pour ancienneté plus favorable.

Le critère distinctif de l'ouvrier et de l'employé demeure incertain. L'article 21 du décret du 22 décembre 1958 relatif aux conseils de prud'hommes définit l'ouvrier comme «prenant part à l'exécution matérielle des travaux industriels», par opposition donc avec l'employé dont le travail présenterait un caractère intellectuel. Ce critère

qui inspire la jurisprudence est critiqué par la doctrine: le personnel de bureau effectuant des tâches manuelles est classé comme employé dans la pratique; à l'inverse la tâche de l'ouvrier, chargé du contrôle d'une machine revêt un caractère de plus en plus intellectuel. On a par suite proposé de lui substituer un critère définissant l'employé d'après ses fonctions de collaboration: participation aux tâches de direction et de relation avec les tiers (1 bis).

Au regard du régime juridique du contrat de travail, aucune distinction n'oppose l'employé ordinaire à l'employé supérieur. Ici encore, l'usage, la convention collective et le contrat individuel feront bénéficier ce dernier d'avantages particuliers (1 ter).

C'est au contrat de travail qu'il appartient de fixer la qualification professionnelle du salarié, et par là même le statut et la rémunération dont il bénéficie.

10. En l'absence de définition précise du contrat de travail par le code civil ou le code du travail lui-même, la doctrine s'est efforcée de combler cette lacune. Selon Paul Durand et André Vitu (2):

«Le contrat de travail peut être défini comme une convention par laquelle une personne, qualifiée de travailleur, de salarié, ou d'employé, s'engage à accomplir des actes matériels, généralement de nature professionnelle, au profit d'une autre personne, dénommée employeur ou patron, en se plaçant dans une situation de subordination moyennant une rémunération en argent appelé salaire» (cf. pour une définition voisine, A. Brun et H. Galland (2 bis).

Trois éléments caractéristiques se dégagent d'une telle définition:

1° L'activité de l'homme, *la prestation de travail*. La tâche personnelle que s'engage ainsi à fournir le salarié peut revêtir les formes les plus diverses: être intellectuelle ou physique, émaner d'un technicien occupant une situation élevée d'ingénieur ou de directeur dans la hiérarchie professionnelle, d'un artiste, d'un professeur, ou même d'un médecin, aussi bien que d'un manoeuvre.

2° Cette prestation est accomplie moyennant une rémunération appelée *salaire*.

(1bis) *Précis de droit du travail* par A. Rouast et P. Durand, n° 100.

(1ter) Voir notamment G. Lyon Caen, *Les cadres*, D. 1962, I, XXI.

(2) *Traité de droit du travail*, t. II, n° 127.

(2bis) *Droit du travail*, II, 2.

D'après la Cour de cassation<sup>(3)</sup>, le contrat de travail étant un contrat à titre onéreux, une rémunération doit avoir été consentie expressément ou tacitement (contra P. Durand)<sup>(4)</sup>.

3° *Le lien de subordination.* Comme le souligne l'expression «louage de services», le travailleur n'exerce pas son activité de manière indépendante, mais accepte de se placer sous l'autorité de son employeur.

Sur la base d'une telle définition du contrat de travail, et des éléments constitutifs qu'elle nous a permis de dégager, il convient d'en rechercher le critérium distinctif, permettant de l'opposer à des conventions voisines ayant également une activité de l'homme pour objet.

11. Le contrat de travail est en effet soumis à un régime juridique original et contrastant avec celui de ces autres conventions du droit civil ou commercial ayant aussi pour objet l'accomplissement d'une prestation, tels l'entreprise, le mandat ou la société.

Cette autonomie du contrat de travail se vérifie notamment quant aux conditions particulières de sa conclusion et sa rupture; quant au salaire, soumis par suite de son caractère vital à une réglementation protectrice refusée à un créancier ordinaire; quant à la réglementation des conditions de travail ou à la compétence des conseils de prud'hommes en cas de litige.

Il apparaît donc indispensable, en présence d'une situation contractuelle de nature incertaine, de vérifier sa qualification juridique exacte.

Le problème apparaît d'autant plus délicat qu'à la complexité réelle des situations particulières, à la difficulté de conférer à la convention une qualification correspondant à la volonté sincère des intéressés, viennent s'ajouter l'ingéniosité et parfois la fraude des parties, surtout de l'une d'elles, l'employeur. Soucieux d'éviter l'application de règles impératives gênantes, l'employeur imposera une étiquette qui ne correspond pas au contenu véritable du contrat et à la nature des rapports qu'il engendre. De là la forme particulière que revêt couramment la *simulation* en matière de relations de travail.

Il appartient au juge saisi par le salarié, victime d'une fraude en définitive dirigée contre lui et que la contrainte lui a fait accepter,

(3) 3 août 1942, D.A. 1943, I, 1, *Droit social* 1943, 231.

(4) *Traité de droit du travail*, t. I, n° 178.

de restituer à la convention sa qualification exacte, avec les conséquences éventuelles qui en découlent: sanction civile de la nullité de la clause ou de la convention contraire à l'ordre public, reconnaissance au profit du salarié des droits qui en découlent en cette qualité, sanctions pénales en cas d'infraction à la réglementation du travail. De là l'importance qu'attache la Cour suprême à l'énumération par les juges du fond des éléments caractéristiques du contrat, afin de lui permettre d'exercer son contrôle sur l'exactitude de la qualification retenue.

Ainsi les parties dissimuleront un contrat de travail par nature sous la forme d'une prétendue entreprise, d'un mandat ou d'un contrat d'apprentissage.

Sous une forme mineure, la simulation ne portera pas sur la qualification générique du contrat de travail, mais sur l'espèce, la catégorie plus particulière, afin d'éviter le jeu des règles spécifiques prévues par le code. Ainsi, pour échapper à la nécessité du délai congé, l'employeur qualifiera inexactement la convention de contrat à durée déterminée ou prolongera exagérément la période d'essai d'un contrat devenu en réalité définitif.

Lorsque le procédé de la simulation se généralisera dans un secteur professionnel donné au point de compromettre la protection du travailleur, le législateur se décidera à intervenir pour la dénoncer. Ainsi le statut protecteur du représentant de commerce salarié mis en place par la loi du 18 juillet 1937 était pratiquement éludé par de nombreux employeurs, en qualifiant la convention de mandat — d'autant plus aisément que la Cour de cassation considérait que la seule omission de la clause expresse d'interdiction de toute activité du représentant pour son propre compte suffisait à exclure tout louage de services. De façon significative une loi du 7 mars 1957 affirmera de façon catégorique, et avec une emphase inusitée, le rejet d'une qualification contractuelle suspecte comme source d'application du statut.

Aux termes du nouvel article 29 k du livre I du code du travail, dès l'instant où le représentant exerce en fait son activité professionnelle dans les conditions requises, sont qualifiées de louage de services «les conventions dont l'objet est la représentation, *quelle que soit la qualification qui leur est donnée* par les parties, intervenues entre les voyageurs, représentants et placiers, *quel que soit le titre qui leur est attribué... nonobstant toute stipulation du contrat ou en son silence.*»



Sans s'en tenir nécessairement à la seule qualification contractuelle, le juge devra donc analyser la nature juridique réelle de la convention et des rapports auxquels elle a donné naissance. A quel critère devra-t-il se référer pour conclure à l'existence d'un contrat de travail?

Le juriste pourrait être tenté de reprendre chacun des trois éléments du contrat de travail que nous avons analysés pour en rechercher l'existence dans l'espèce qui lui est soumise:

### 1° *La prestation de travail*

12. Elle ne peut guère fournir un principe satisfaisant de discrimination. Dans la cité moderne, la notion de tâche servile a disparu. En elle-même objectivement considérée, toute activité de l'homme peut en principe faire l'objet d'un contrat de travail, et nous vérifierons à cet égard l'extension considérable de son domaine.

### 2° *Le salaire*

13. Le contrat de travail serait celui qui assure le paiement d'un salaire à l'auteur de la prestation. Là encore un tel critère se révèle peu satisfaisant. Toute activité de l'homme fait aujourd'hui l'objet d'une rémunération, quelle que soit la nature de la convention passée et, notamment la notion de mandat gratuit apparaît comme une survivance historique.

On a cherché tout au moins un critère distinctif d'après le mode de rémunération qui permettrait en particulier de différencier contrat de travail et contrat d'entreprise.

Selon certains auteurs, tel Planiol, dans le contrat de travail le salaire de l'ouvrier est proportionnel au temps, alors que la créance de l'entrepreneur est déterminée par l'importance de l'ouvrage effectivement accompli.

Autrement dit, il y aurait contrat de travail lorsque le contractant est payé à l'heure, à la journée, à la semaine, au mois ou à l'année; contrat d'entreprise en cas de rémunération à la tâche, par un forfait indépendant du temps.

Pareille opposition se relie à la distinction traditionnelle qu'établissait le droit romain entre la *locatio operarum*, par laquelle le salarié met sa force productive au service d'autrui, et la *locatio operis*, par laquelle l'intéressé promet le produit de son travail.

La doctrine contemporaine <sup>(5)</sup> a vivement critiqué ce critère tiré du seul mode de rémunération, en démontrant sans peine qu'appliqué aux situations de fait il se révélait peu satisfaisant. Notamment il est en contradiction avec la pratique courante du salaire aux pièces dont personne ne conteste la compatibilité avec l'existence d'un contrat de travail.

Le mode de rémunération, élément accessoire, ne tenant aucun compte nécessaire de la situation juridique des parties et de leurs rapports respectifs, doit donc en définitive être écarté. Peu importe que le salaire soit au temps ou à la tâche, en argent ou uniquement en nature (travailleur au pair), fixe ou sous forme exclusive des commissions (représentant de commerce), ou de pourboires versés par un tiers, client de l'employeur (garçon de café). La notion extensive de salaire et les formes très différentes qu'il peut revêtir rendent donc très difficile, sur cette base, toute distinction avec des conventions autres que le contrat de travail et qui comportent également une rémunération.

### 3° *La subordination*

14. C'est là en définitive le seul élément caractéristique du contrat de travail qui demeure et permette de l'opposer aux autres conventions ayant une activité humaine pour objet. Mais le critère ainsi tiré du lien de subordination a été présenté par la doctrine sous deux formes différentes: dépendance économique et subordination juridique.

15. a) *La dépendance économique*. Le contrat de travail serait la convention qui place un individu, ayant la condition sociale de travailleur salarié, sous la dépendance économique d'un employeur.

«Il y a dépendance économique quand celui qui fournit le travail en tire son unique ou, du moins, son principal moyen d'existence et quand, d'autre part, celui qui paie le travail utilise entièrement et régulièrement l'activité de celui qui le fournit» <sup>(6)</sup>.

Ce critère économique présentait l'avantage d'étendre le champ d'application du contrat de travail et par là de la protection légale. Peu importe par exemple que le travailleur à domicile exécute sa tâche sans aucun contrôle: il dépend économiquement de l'employeur qui assure sa subsistance.

(5) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 134, et les auteurs cités; A. Brun et H. Galland, II, 48.

(6) Cuche, *La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique*, D. H. 1932, I, 101.

Pareille conception, qui a largement influencé le régime de l'affiliation en matière de sécurité sociale, a été finalement rejeté en droit du travail par la jurisprudence, approuvé par la doctrine contemporaine (7).

D'une part, en effet, il paraît difficile de déterminer, de manière systématique et exclusive, la nature d'une convention d'après la condition sociale des parties ou leur dépendance économique. Il peut se faire qu'un travailleur dépendant passe néanmoins un contrat d'entreprise dans des circonstances données. Et l'on invoquera à cet égard les dispositions de l'article 1779 du code civil prévoyant que les maçons, charpentiers, menuisiers et autres ouvriers, qui font directement des marchés à prix faits... sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent. Le travailleur serait sinon enfermé dans le statut légal de salarié dont il ne pourrait s'échapper.

D'autre part, la notion de subordination économique apparaît singulièrement imprécise. Un grand nombre de personnes dépendent économiquement d'autrui tout en conservant la qualité de professionnel à leur compte: tel l'artisan qui travaille régulièrement pour le compte d'une entreprise industrielle.

Une telle notion ne pourra donc être éventuellement retenue, comme critère technique, pour telle formes d'activité, qu'à condition d'en fournir une définition précise.

C'est justement ce que fera parfois le législateur quand, peu soucieux d'orthodoxie juridique, il décidera de faire bénéficier du régime protecteur des travailleurs salariés le travailleur à domicile, le représentant de commerce, ou le gérant de succursale. La nouvelle définition légale à laquelle sera subordonné l'octroi du statut de salarié se fondera avant tout sur des éléments caractérisant la dépendance économique vis-à-vis de l'entreprise, de la firme commerciale ou de la maison mère (cf. infra par 18 et 25).

16. b) *La subordination juridique.* Sous cette dernière réserve, concernant des dispositions législatives particulières, la Cour de cassation a définitivement rejeté la notion de dépendance économique.

Partant de l'analyse de la situation contractuelle elle-même et des rapports qu'elle engendre entre les parties, et se fondant sur l'article 1779 du code civil, qui définit le contrat de travail comme le louage de ceux «qui s'engagent au service de quelqu'un», la Cour

---

(7) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 136; A. Brun et H. Galland, II, 31.

de cassation considère qu'il implique par nature un lien de subordination, une dépendance juridique: le contrat de travail place le salarié sous l'autorité de son employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, on contrôle l'accomplissement, on vérifie les résultats.

Cette autorité ainsi reconnue au chef d'entreprise en régime capitaliste constitue la contrepartie logique de l'absence de tout risque économique assumé par le salarié dans son activité.

Ce critère technique précis, opposant nettement le salarié au travailleur indépendant, a de plus le mérite de justifier à divers égards l'application de la réglementation légale en matière de travail, dont la notion de subordination constitue, en effet, un fondement satisfaisant. Elle explique les mesures de protection dont bénéficie l'ouvrier — que le contrat de travail même place dans une situation d'infériorité — relatives à la conclusion et à la dissolution du contrat, au régime du travail et aux garanties de paiement du salaire.

Enfin, n'est-il pas logique dès lors que l'employeur commettant soit tenu du dommage causé aux tiers par l'ouvrier préposé, la responsabilité étant le corollaire nécessaire de l'autorité?

La notion de subordination juridique apparaît comme très claire; en fait, devant l'infinie variété et la complexité des situations contractuelles, elle se révèle parfois d'une application délicate. La doctrine se contente en général de donner, de la subordination juridique, une définition purement abstraite.

Si l'on prend la peine de procéder à une analyse minutieuse des nombreuses décisions intervenues en la matière, on s'aperçoit que les juges prennent en considération les éléments les plus divers pour conclure à l'existence d'un lien de subordination juridique: directives précises quant aux *lieu* et *heures* de travail, quant à ses *modalités*, à la *quantité* imposée et au *décalé* d'exécution; *outillage* et *matières* fournis par l'employeur; *surveillance* effective du travail en cours d'exécution, *risque de malfaçon* supporté par l'employeur; *rémunération au temps*; condition économique et sociale respective de *chef d'entreprise* et de *travailleur*; exclusivité du travail réservé à tel employeur; *continuité* des rapports; *absence de salariés dépendant* du travailleur et l'aidant dans sa tâche, etc . . .

Certes, un seul des éléments signalés ne suffit pas à conclure à la subordination, et les décisions relèvent habituellement diverses circonstances de fait de nature à mieux la caractériser.

En réalité, malgré l'apparente rigueur du critère de la subordination juridique, la jurisprudence témoigne d'un grand libéralisme.

a) Le caractère technique de la tâche à accomplir n'est pas incompatible avec l'existence d'un lien de subordination. Peu importe *l'incompétence du chef d'entreprise* qui, coordonnant les divers secteurs d'activité, n'a pas à surveiller dans le détail l'accomplissement de sa tâche par un ouvrier qualifié ou un ingénieur spécialiste. Il suffit que le patron ait le droit de donner des ordres au salarié quant à la nature du travail et à ses conditions générales d'exécution.

b) Peu importe que l'employeur ne puisse *en fait* exercer effectivement un contrôle continu sur le salarié, qui travaille seul en un lieu éloigné de l'entreprise: bûcheron sur une coupe en forêt, ouvrier au domicile du particulier client de son patron.

## § 2. DISTINCTION DU CONTRAT DE TRAVAIL ET DE CONVENTIONS VOISINES

Le critère de la subordination juridique permettra en principe de distinguer le contrat de travail de conventions voisines ayant également l'activité de l'homme pour objet.

### 1° Contrat d'entreprise

17. Le contrat de travail présente avec le contrat d'entreprise — prévu notamment par le code civil en matière de transports et de construction — une analogie évidente. Dans les deux cas une personne s'engage vis à vis d'une autre à lui fournir une prestation de travail moyennant une rémunération. L'entrepreneur, de même que le salarié, promet au «maître de l'ouvrage» l'exécution d'une tâche rétribuée.

Comment les distinguer? Le problème s'est surtout posé en pratique à l'occasion des petits entrepreneurs et des titulaires de professions libérales.

#### a) *Distinction des salariés et des petits entrepreneurs*

18. Le principe apparaît simple. L'entrepreneur exécute le travail librement, sous sa responsabilité et sans être assujéti à la direction du donneur d'ouvrage; le salarié par contre est placé sous l'autorité d'autrui.

Mais l'application de ce critère de la subordination juridique se révèle assez délicat.

Il arrivera souvent que le maître de l'ouvrage donne des directives précises sur la tâche à accomplir et en surveille au fur et à mesure l'exécution. A l'inverse, l'employeur peut exercer nous l'avons souligné, un contrôle assez lointain.

La jurisprudence adopte la solution nuancée suivante: Dans le contrat d'entreprise, les ordres du maître de l'ouvrage concernent l'orientation générale du travail et le but à atteindre; mais l'entrepreneur conserve son indépendance quant aux moyens d'exécution. Au contraire, dans le contrat de travail, les ordres portent directement sur l'exécution du travail, dont les méthodes et les moyens ne sont pas abandonnés à l'initiative du salarié (8).

La jurisprudence s'est notamment prononcée dans les hypothèses suivantes:

*Le porteur de journaux* est un salarié lorsqu'il a pour mission précise de distribuer chaque jour le journal à un certain nombre d'abonnés déterminés, en même temps que de vendre le journal en suivant un itinéraire établi (9); il en va différemment du vendeur colporteur qui fixe lui-même le nombre des journaux qu'il désire, choisit librement ses heures et son secteur, en bénéficiant du droit de vendre d'autres journaux (10).

*Le bûcheron* qui procède à l'abattage des arbres sous la surveillance du propriétaire est un salarié (11); il prend par contre la qualité d'entrepreneur s'il n'est l'objet d'aucun contrôle de la part du maître de la forêt (12).

*Le gemmeur* de la forêt landaise, chargé de récolter la résine, ne peut invoquer l'existence d'un contrat de travail s'il récolte la résine en toute indépendance sans recevoir les ordres de l'exploitant. Il en va différemment s'il doit se conformer aux instructions données pour la quantité d'arbres à entailler et s'il est placé sous la surveillance d'autrui pendant l'extraction de la résine (13).

*Le transporteur* propriétaire d'une camionnette, assurant seul les frais généraux et rétribué au pourcentage du nombre de litres de lait recueillis et transportés, n'est pas un travailleur salarié (14).

(8) Cass. 20 juin 1947, *J. C. P.* 1947, Ed. C. I. 3984; A. Brun et H. Galland, II, 50.

(9) Cass. soc. 3 décembre 1959, Marie Georges contre la société *Les Allobroges*, *Bull. civ.* IV, 959.

(10) Cass. civ. 20 mai 1955, *Droit social* 1955, 641.

(11) Civ. 9 mars 1938, *D. H.* 1938, 289.

(12) Cass. soc. 30 juin 1950, *Bull. civ.* III, 376.

(13) A. Brun et H. Galland, II, 51 et les décisions citées; *Adde* Cass. soc. 8 juillet 1960, *J. C. P.* 1960, II, 11.865.

(14) Cass. soc. 25 février 1960, *Bull. civ.* IV, 175.

La nature exacte du contrat passé entre un employeur et le *travailleur à domicile* est demeurée longtemps discutée, par suite des conditions d'indépendance dans lesquelles la tâche est exécutée<sup>(15)</sup>. Reprenant et généralisant une série de réformes partielles antérieures, la loi du 26 juillet 1957 (art. 33, livre I du code du travail) pose désormais un principe absolu:

«Les travailleurs à domicile bénéficient des dispositions législatives et réglementaires applicables aux salariés.»

Il découle des dispositions nouvelles qu'est considéré comme travailleur à domicile celui qui exécute seul ou avec sa femme, ses enfants à charge ou un auxiliaire, le travail confié par un chef d'établissement donneur d'ouvrage, lui procurant les matières premières, moyennant une rémunération forfaitaire. Peu importe que le local ou il travaille et le matériel qu'il emploie lui appartiennent.

La doctrine a pu voir là un abandon remarquable du critère traditionnel de la subordination juridique au profit de la dépendance économique<sup>(16)</sup>.

#### b) *Les professions libérales*

19. Conformément à la tradition romaine, on a longtemps considéré que l'exercice des professions libérales donnait lieu à un mandat. Seule une telle analyse correspondait historiquement à la nature non servile de la tâche accomplie et à sa gratuité en principe.

Doctrine et jurisprudence condamnent aujourd'hui une telle interprétation. Le mandat suppose essentiellement l'accomplissement d'actes juridiques pour autrui par le jeu de la représentation. Or, les membres des professions libérales accomplissent le plus souvent des actes matériels au profit de leurs clients. Un mandat peut intervenir, mais facultativement et à titre occasionnel.

Mais, la qualification de mandat étant exclue, est-on en présence d'un contrat de travail, ou au contraire d'un contrat d'entreprise d'un type particulier?

Le problème se pose notamment en des termes assez différents suivant qu'il s'agit d'acteurs ou d'artistes, de vedettes sportives, de journalistes ou de médecins.

(15) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 140; A. Brun et H. Galland, II, 52.

(16) G. H. Camerlynck, *La nouvelle définition du travailleur à domicile par la loi du 26 juillet 1957*, *Droit social* 1958, 334. *Adde* l'étude très complète de Ch. Freyria, *Travail à domicile*, in *Répertoire social Dalloz*.

*Acteurs et artistes*

20. La jurisprudence est demeurée incertaine et nuancée étant donné le degré très variable de subordination, selon qu'il s'agit du figurant au cachet ou de la grande vedette (17). La qualité de salariés sera refusée à une troupe d'artistes de music hall produisant, sous leur unique responsabilité, un numéro conçu par eux et exécuté avec leur matériel (18); par contre, est constitutif du lien de subordination juridique le contrôle technique et artistique exercé sur l'artiste au cours de l'enregistrement de disques par une entreprise (19).

On tend à admettre aujourd'hui qu'il y a normalement contrat de travail, l'artiste se voyant imposer des directives quant au lieu, à l'heure, à la durée, aux modalités, etc.

La pratique syndicale et l'autorité administrative ont confirmé une telle interprétation, le ministre du travail ayant pris divers arrêtés d'extension de conventions collectives passées entre syndicats de directeurs de théâtres et artistes (20).

*Les sportifs professionnels*

21. Malgré quelques hésitations de la part de la jurisprudence, celle-ci tend à considérer que le professionnel est un salarié. Ainsi un arrêt de la Cour de Paris (21) a admis qu'était lié à une entreprise de spectacles par un contrat de louage de services le lutteur qui lui réserve son activité moyennant une rémunération mensuelle, en s'engageant à accepter tous combats avec tous adversaires de sa catégorie et à se tenir constamment en bonne forme physique.

Récemment, la Cour de cassation a admis la même solution s'agissant d'un coureur cycliste qui s'était engagé dans les mêmes conditions vis à vis d'un fabricant de cycles (22).

*Les journalistes*

22. Quelle qualification juridique donner à la convention passée entre un journaliste et la publication faisant appel à ses services? La jurisprudence analysait la situation contractuelle et n'admettait la dénomination de contrat de travail qu'en cas d'existence d'un lien de subordination obligeant le journaliste à fournir régulièrement la copie

(17) V. A. Brun et H. Galland, II. 53 et les décisions en sens contraire qui sont citées.

(18) Cass. Civ. 23 février 1956, *Droit Social* 1956, 382.

(19) C. A. Paris 11 juin 1958, *D.* 1958, 629; Cass. Soc. 16 mars 1961, *J.C.P.* 1961, IV, 66.

(20) En ce sens P. Durand et A. Vitu, T. II n. 138; Pierre Chesnais, *L'Acteur*, n. 46.

(21) 26 juin 1954, *D.* 1954, 684.

(22) Cass. soc. 8 juillet 1960, *D.* 1960, 554.



demandée, en respectant les directives de la publication dans l'ordre politique ou technique.

La loi du 29 mars 1935, votée à la suite d'une action pressante du Syndicat national des journalistes — insérée dans le code du travail, articles 29 b à 29 j du livre I —, est venue résoudre expressément le problème en réglementant le statut des journalistes professionnels.

Le législateur assimile à un contrat de travail la convention conclue, avec la publication qui l'emploie, par le journaliste professionnel tel qu'il est défini par l'article 29 b :

«Le journaliste professionnel est celui qui a pour occupation principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession dans une publication quotidienne ou périodique éditée en France, ou dans une agence française d'information, et qui en retire le principal des ressources nécessaires à son existence.»

La doctrine a pu voir là un certain abandon du critère traditionnel de la subordination juridique au profit de la notion de dépendance économique (23).

Des difficultés subsistent toutefois concernant les «pigistes», c'est-à-dire les journalistes qui ne sont pas payés au moyen d'appointements fixes mais proportionnellement au nombre et à l'importance de leurs articles (24).

### *Les médecins*

23. Le problème ne peut être résolu *a priori* de façon générale et comporte des solutions nuancées. Il importe en effet d'établir une distinction essentielle suivant qu'il s'agit du contrat passé directement par le médecin avec son malade ou, au contraire, avec un tiers.

a) Le critère de la subordination juridique exclut toute qualification de contrat de travail dans les *rapports entre le médecin et son malade*. Le médecin demeure parfaitement indépendant, non seulement par suite de sa compétence technique, mais encore et surtout à raison des exigences du droit professionnel. Le code de déontologie médicale rappelle le principe de la liberté des prescriptions du médecin.

b) Par contre, un contrat de travail peut être passé *entre un médecin et un tiers*, en vertu duquel le premier s'engage à donner des

(23) A. Brun et H. Galland, II, 34.

(24) *Le Pigiste*, par R. Lindon. J. C. P. 1961, I, 1548.

soins à une catégorie de malades désignés par le second. Cette nouvelle forme de médecine collective se développe sous l'influence de facteurs divers: : progrès scientifiques et spécialisation des médecins; matériel et médicaments coûteux; développement de la mutualité et de la sécurité sociale; hôpitaux et cliniques devenant de plus en plus des centres de soins.

C'est l'hypothèse tout d'abord de contrat passé entre un médecin, un directeur de clinique ou de sanatorium. La Cour de cassation a considéré comme salarié le médecin conservant certes sa pleine indépendance professionnelle dans l'exercice de son art, mais ayant seul la surveillance des malades d'un sanatorium et étant astreint à des visites déterminées matin et soir et à un examen hebdomadaire (25).

Elle s'est depuis prononcée dans le même sens s'agissant du médecin d'une clinique(26) ou d'un hôpital (27).

Dans un ordre voisin d'idées, la question s'est posée à l'occasion des contrats passés par des sociétés mutuelles au profit de leurs adhérents. A été qualifié de salarié le médecin qui s'engage à donner des soins aux membres d'une société minière, moyennant une somme forfaitaire par adhérent et par année (28).

Enfin, le médecin du travail, engagé par l'entreprise pour contrôler l'aptitude physique des salariés et se consacrer à la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles, rétribué suivant un barème officiel, désigné et licencié avec l'agrément du comité d'entreprise, sera considéré comme un salarié (29).

Une telle évolution fait d'ailleurs de la part de certains auteurs, l'objet de réserves tendant à en limiter la portée (30).

## 2° Le mandat

24. C'est surtout le terrain de la rupture que le problème s'est posé. Alors que le droit du travail a adopté tout un dispositif protecteur en cas de licenciement du salarié, le droit civil souligne traditionnellement la révocabilité *ad nutum* du mandataire, sans préavis ni indemnité. Par là s'explique l'action des intéressés en vue d'obtenir, avec le statut de salarié, une certaine sécurité de l'emploi.

(25) Cass. civ. 26 juillet 1938, D. H. 1938, 530.

(26) Cass. civ. 15 juillet 1959, J. C. P. 1959, IV, 114.

(27) Cass. civ. 1<sup>er</sup> juillet 1959, J. C. P. 1959, IV, 106.

(28) Cass. civ. 16 juillet 1959, J. C. P. 1960, II, 11.502 note J. Savatier.

(29) Trib. civ. Seine 23 novembre 1953, S. 1954, 2, 134.

(30) A. Brun et H. Galland, II, 56, et les auteurs cités.

«Le mandat», nous dit l'article 1984 du code civil, «est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom». Le mandat est donc un contrat de représentation, en vue duquel le mandataire accomplit un ou plusieurs actes juridiques pour le compte du mandant, alors que le contrat de travail a normalement pour objet habituel l'exécution d'actes matériels.

Mais rien ne s'oppose à ce qu'un employeur demande à un travailleur de le représenter moyennant salaire. Comment alors distinguer les deux situations?

Ici encore, faute de discrimination possible sur la base de l'objet de l'activité, ou de sa rémunération, le seul critère possible apparaît celui de la subordination. Certes, il existe bien une certaine dépendance du mandataire vis-à-vis du mandant dont il doit suivre les instructions. Mais il s'agit normalement d'un professionnel indépendant, ayant une latitude très grande dans l'exercice de son activité; alors que le salarié représentant l'employeur est soumis à un contrôle beaucoup plus strict dans l'exécution de sa tâche.

On reconnaîtra la difficulté et l'imprécision d'un tel critère. Elles expliquent le statut longtemps incertain de divers mandataires, et l'intervention du législateur pour résoudre d'autorité le problème dans un sens favorable à leur protection, en s'affranchissant parfois de la notion stricte de subordination juridique.

Envisageons successivement à cet égard la situation des représentants de commerce, des agents généraux d'assurances, des gérants de succursales et des directeurs de société.

#### a) *Les représentants de commerce*

25. La doctrine et la jurisprudence ont longtemps discuté de la nature juridique exacte des contrats passés par les représentants de commerce avec la firme les employant. Bien que le rôle du représentant, comme son nom l'indique, soit de passer des contrats avec les clients au nom de la firme, les tribunaux ont eu tendance à distinguer suivant l'autonomie plus ou moins grande dont il jouissait. Était mandataire le représentant de plusieurs maisons, organisant ses tournées à son gré, et rémunéré uniquement par des commissions; devait par contre être considéré comme salarié le représentant d'une seule firme, recevant des instructions précises et rendant compte de ses tournées.

Après diverses interventions législatives sur des points particuliers, inspirées par le souci de faire bénéficier les représentants de commerce de dispositions du droit du travail — ce que la qualification de mandataires interdisait —, une réforme plus générale a été opérée par une loi du 18 juillet 1937, relative aux «règles particulières aux voyageurs, représentants et placiers du commerce et de l'industrie». (art. 29 k et suivants, livre I du code du travail).

A la suite d'une interprétation trop restrictive de la réforme par la Cour de cassation, et d'une vigoureuse protestation des organismes syndicaux des V.R..P, est intervenue la loi du 7 mars 1957, modifiant la définition de l'article 29 k.

Désormais «les conventions dont l'objet est la représentation, quelle que soit la qualification donnée par les parties, intervenues entre employeurs, d'une part, et les voyageurs, représentants et placiers, travaillant pour le compte d'une ou plusieurs maisons, rémunérés par des remises proportionnelles ou des appointements fixes... d'autre part, sont des contrats de louage de service lorsqu'ils remplissent les conditions suivantes:

*«exercent en fait d'une façon exclusive et constante leur profession; ne font effectivement aucune opération pour leur compte personnel; sont liés à la maison qu'ils représentent par un contrat indiquant la nature des marchandises offertes à la vente ou à l'achat, la région dans laquelle ils doivent exercer leur activité, ou les catégories de clients qu'ils sont chargés de visiter, le taux des rémunérations».*

Lorsque ces conditions sont remplies, elles font en quelque sorte présumer impérativement l'existence d'un contrat de travail sans qu'il y ait lieu de rechercher effectivement l'existence du lien de subordination. La doctrine a pu voir là la consécration légale, dans un cas particulier du critère de la dépendance économique <sup>(30bis)</sup>.

Le représentant répondant à la définition de l'article 29 k est donc un salarié, protégé à ce titre par les dispositions du code du travail. Mais il bénéficie de plus d'un statut privilégié à divers égards, notamment par l'octroi, en cas de licenciement sans faute grave, d'une indemnité de clientèle correspondant à la part qui lui revient dans l'apport, la création ou le développement de la clientèle.

---

(30bis) G. H. Camerlynck, *La nouvelle définition du représentant statutaire*, J. C. P. 1957, I, 369.

Au représentant salarié s'oppose l'agent commercial, mandataire auquel une ordonnance du 23 décembre 1958 a confié un statut particulier.

b) *Les agents généraux d'assurances*

26. L'agent d'assurances — qui ne doit être confondu ni avec le courtier (commerçant indépendant inscrit au registre du commerce), ni avec l'employé ordinaire, le démarcheur ou même l'inspecteur — apparaît sans conteste comme le mandataire de la compagnie au nom de laquelle il agit. D'une part, il prospecte, conclut des contrats dans le secteur qui lui est confié et perçoit les primes; d'autre part en cas de sinistre, il est chargé du règlement de l'indemnité.

Il jouit habituellement d'une grande liberté dans son activité, dans l'organisation de ses bureaux et le recrutement de son personnel; il est rémunéré par une commission. Il possède, sur le portefeuille constitué, certains droits qu'il peut négocier à la cessation de ses fonctions. Aussi, traditionnellement, la jurisprudence, constatant l'absence de subordination juridique, a-t-elle fait application des règles du mandat.

L'inconvénient majeur d'une telle qualification réside alors dans l'instabilité de la fonction, le mandat étant en principe révocable *ad nutum*. A la suite de l'action de la F.N.S. des agents généraux d'assurances, une loi du 16 décembre 1927, toujours en vigueur, décida que, si chaque contractant bénéficie du droit de résiliation unilatérale, son exercice peut donner lieu à dommages-intérêts.

Pour mettre fin aux controverses et aux difficultés ainsi soulevées par la détermination de la nature juridique exacte du contrat d'agent d'assurances, la loi du 25 avril 1946, relative à la nationalisation de certaines sociétés d'assurances, avait prévu dans son article 23 que le Conseil national des assurances élaborerait un statut des agents généraux. Deux règlements furent effectivement élaborés, définissant le statut respectif des agents «Incendie-Accidents» et «Risques divers», et des agents «Vie», règlements homologués par les décrets du 5 mars 1949 et 28 décembre 1950.

Le nouveau statut paraît bien, dans son esprit et dans sa lettre, leur conférer la qualité de mandataire, à l'exclusion de celle de salarié subordonné en vertu d'un contrat de travail. L'article 2 (I.A.R.D.) spécifie, en effet, leur «qualité principale de mandataire rémunéré» (30 ter).

---

(30ter) Deschamps, *L'agent général d'assurances*, n° 60.

Un tel mandat est soumis, à vrai dire, à un régime assez particulier, notamment par l'assimilation au contrat de travail quant aux règles protectrices en matière de révocation.

c) *Gérants de succursales*

27. Une entreprise commerciale place à la tête de son fonds — en l'espèce de sa succursale — une personne appelée «gérant», qui la dirigera pour le compte du propriétaire, aux risques et profits de celui-ci, moyennant une rémunération. Ce gérant, qui ne supporte pas personnellement la responsabilité de l'exploitation, doit-il être considéré comme un employé salarié de la firme qui utilise ainsi ses services, ou, au contraire, comme un mandataire?

La jurisprudence, après hésitation, a considéré le plus souvent les gérants comme des mandataires. D'une part, juridiquement, ils représentent bien la société mère dans leurs rapports avec les tiers. D'autre part, dans la gestion du fonds, ils exercent généralement leur activité avec une assez large indépendance et sans contrôle permanent; ils bénéficient non d'un salaire fixe, mais d'un pourcentage sur les ventes; ils engagent librement et sous leur propre responsabilité les employés de la succursale.

Ici encore, toutefois, l'évolution législative les assimile de plus à des salariés.

Ils bénéficient des assurances sociales, et plus généralement, la loi du 21 mars 1941, relative à la situation, au regard de la législation du travail, de certaines catégories de travailleurs, déclare dans son article 2:

«Les dispositions du code du travail... sont applicables aux catégories ci-après: les personnes dont la profession consiste essentiellement à vendre des marchandises ou denrées de toute nature, qui leur sont fournies, *exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle ou commerciale...* lorsque ces personnes exercent leur profession *dans un local fourni ou agréé* par cette entreprise et *aux conditions et prix imposés* par ladite entreprise».

A cette triple condition — fourniture quasi exclusive des marchandises par une seule entreprise, local fourni ou agréé, conditions et prix imposés — éléments qui caractérisent la subordination économique —, les gérants sont en principe assimilés à des travailleurs soumis aux dispositions du code du travail. Toutefois, le texte ajoute que l'entreprise n'est responsable de l'application du livre II du code

du travail au gérant que si les conditions de travail, d'hygiène ou de sécurité dans la succursale ont été fixées par elle ou soumis à son agrément.

Une loi du 3 juillet 1944, sur les gérants non salariés des succursales de maisons d'alimentation de détail, a mis l'accent sur l'indépendance du gérant lorsque le contrat ne fixe pas les conditions de son travail et lui laisse toute latitude d'embaucher du personnel ou de substituer un remplaçant sur sa responsabilité. Il est considéré comme chef d'établissement, tout en bénéficiant de la sécurité sociale et des congés payés. Il y a donc là un régime hybride.

d) *Directeurs et administrateurs de sociétés anonymes*

28. Il convient d'établir une distinction fondamentale:

a) D'une part, les présidents directeurs généraux et directeurs généraux adjoints — qui sont les mandataires de la société et la représentent dans ses rapports avec les tiers: de ce chef, ils sont révoqués et ne peuvent invoquer la législation protectrice du travail;

b) D'autre part, les directeurs techniques, employés supérieurs, placés dans une situation de subordination juridique, bénéficiaires de la réglementation du droit du travail, en particulier en cas de résiliation abusive.

Le problème s'est trouvé compliqué du fait de l'admission par la jurisprudence d'un cumul possible des fonctions de directeur général mandataire et de directeur technique salarié. Elle a ainsi permis aux directeurs généraux révoqués comme mandataires de bénéficier d'une indemnité au titre de directeurs techniques, à condition qu'il s'agisse d'une fonction effective et non d'une simulation destinée à éluder la révocabilité du mandat social.

### 3° Le contrat de société

29. La doctrine n'a pas manqué de souligner une évidente analogie entre le contrat de travail et la société<sup>(31)</sup>. Comme les associés, les travailleurs associent leurs efforts à ceux de l'employeur en vue de la production. On retrouve notamment la même combinaison du capital et du travail dans la société, en cas d'apports d'industrie à côté des apports en nature.

Dans les hypothèses marginales, la jurisprudence ici encore use du critère de la subordination juridique. Celle-ci est en effet en

---

(31) P. Durand et A. Vitu, t. II, 154; A. Brun et H. Galland, II, 80.

contradiction directe avec l'élément spécifique de la société, l'*affectio societatis*. La société est un groupement communautaire dont les membres conjuguent leurs efforts en vue d'une même fin, et fondé sur l'égalité des droits, alors que le contrat de travail se caractérise par l'inégalité des parties en présence et la disparité d'intérêts.

Peu importe que le travailleur jouisse d'une participation aux bénéfices. Il y a là une formule de plus en plus courante, qu'encourage le législateur, mais qui ne modifie pas la nature des rapports entre employeur et salarié.

Par contre, la jurisprudence s'attache à un deuxième élément, complétant l'absence de subordination juridique, et permettant de conclure à l'existence d'un contrat de société: la participation aux pertes<sup>(32)</sup>.

Ceci dit, le contrat de travail peut parfaitement, tout en gardant son autonomie, coexister avec un contrat de société. L'associé est en même temps salarié de la société, et les deux séries de rapports doivent être envisagés séparément, sans interférence possible<sup>(33)</sup>.

### § 3. LES DIFFÉRENTS TYPES DE CONTRAT DE TRAVAIL

30. L'un des traits marquants du droit du travail, résultant de son adaptation nécessaire aux situations concrètes qu'il régit, est son extrême diversité. A côté du louage de services «de droit commun» prévu par le code du travail, des contrats de travail particuliers répondent aux exigences propres de certaines professions, en même temps aussi qu'au particularisme administratif des divers départements ministériels. (Voir supra n° 22 concernant les journalistes et le n° 25 concernant les représentants de commerce et le journaliste)

#### 1° Le contrat de travail dans l'agriculture

31. Les dispositions générales du code du travail concernant le louage de services s'appliquent en principe au secteur agricole (art. 19, livre I). Elles doivent néanmoins être complétées par l'appel au code rural dont le livre VII est consacré aux «Dispositions sociales». Seul le titre I concerne le droit du travail en prévoyant, outre le temps de travail et le repos hebdomadaire, la procédure d'établissement des règlements de travail. En effet, par une formule originale

(32) Voir notamment Cass. soc. 5 février 1959, *Bull. civ. IV*, 160; 10 avril 1959, *Bull. civ. IV*, 378.

(33) Cass. soc. 19 mai 1960, *Rev. Trim. Droit Com.* 1960, 667.



et décentralisée, le droit du travail agricole renvoie à l'échelon départemental à des arrêtés préfectoraux, approuvant les règlements élaborés par des commissions paritaires d'employeurs et de salariés.

Ces règlements contiennent — outre les conditions de rémunération — diverses prescriptions concernant le contrat de travail lui-même: nécessité parfois d'une forme écrite, et contenant obligatoirement telles dispositions; période d'essai; contrat à durée déterminée, avec reconduction possible; contrat à durée indéterminée, avec fixation d'un préavis variant suivant la qualification professionnelle; effets sur le contrat de travail de l'absence, de la maladie du salarié ou d'un accident, etc.

Ce régionalisme se justifie par la diversité des zones de culture et leurs impératifs particuliers; la forme réglementaire qu'il emprunte peut s'expliquer par la faiblesse du syndicalisme salarié agricole, et l'insuffisance des conventions collectives.

## 2° L'encouragement d'engagement maritime

32. Il est réglementé par la loi du 13 décembre 1926, portant code du travail maritime <sup>(34)</sup>.

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>:

«Tout contrat d'engagement conclu entre un armateur ou son représentant et un marin, et ayant pour objet un service à accomplir à bord d'un navire en vue d'une expédition maritime, est un contrat d'engagement maritime, régi par les dispositions de la présente loi.»

L'article 4 précise toutefois qu'en dehors des périodes d'embarquement le contrat est régi par les dispositions du code du travail.

Le contrat d'engagement est soumis à des formes particulières. Il doit être constaté par écrit, mentionner la durée de l'engagement, le service et la fonction, les modalités et le montant de la rémunération.

Le contrat visé par l'autorité maritime doit être mentionné sur le livret du marin.

L'engagement est conclu soit pour une durée déterminée, soit pour une durée indéterminée avec fixation d'un préavis, soit «au voyage».

---

(34) On trouvera le texte de la loi dans le code du travail, édition Dalloz, appendice, textes non codifiés.

En fait, des conventions collectives sont venues améliorer la situation contractuelle des marins dans le sens d'une plus grande stabilité de l'emploi.

Le contrat d'engagement ainsi souscrit donnera naissance aux obligations respectives des deux parties qui sont longuement réglementées par le code du travail maritime. Le régime particulier ainsi prévu — notamment le régime disciplinaire — répond aux exigences propres de la navigation et du commerce maritime ainsi qu'à l'autorité nécessaire reconnue au capitaine du navire.

### 3° Contrat du personnel navigant de l'aéronautique civile

33. Après avoir défini les diverses catégories de personnel navigant et les titres exigés, le décret du 30 novembre 1955, portant codification des textes législatifs concernant l'aviation civile et commerciale<sup>(35)</sup>, prévoit dans son livre IV, titre I, un chapitre III intitulé «Du contrat de travail».

Il est stipulé que l'engagement d'un membre du personnel navigant professionnel donne obligatoirement lieu à l'établissement d'un contrat de travail écrit.

Ce contrat précise en particulier le salaire minimum mensuel garanti, l'indemnité de licenciement fondée sur l'ancienneté allouée en l'absence de faute grave, la durée déterminée ou indéterminée de la convention, l'indemnité de séjour et le congé en cas d'expatriation, le délai de préavis d'un mois et demi ou de trois mois suivant la catégorie de l'intéressé.

Ici encore les exigences de la navigation aérienne donnent naissance à un statut disciplinaire particulier, sous l'autorité du «commandant de bord».

### 4° Le contrat de travail dans le code du travail des territoires d'outre mer

34. Aux termes de l'article 1er de la loi du 15 décembre 1952, instituant un code du travail dans les territoires d'outre-mer<sup>(36)</sup>:

«Est considéré comme travailleur au sens de la présente loi, quels que soient son sexe et sa nationalité, toute personne qui

(35) On trouvera le texte de la loi dans le code du travail, édition Dalloz, appendice, textes non codifiés.

(36) On trouvera le texte de la loi dans le code du travail, édition Dalloz, appendice, textes non codifiés.

s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale, publique ou privée. Pour la détermination de la qualité de travailleur, il ne sera tenu compte ni du statut juridique de l'employeur ni celui de l'employé.»

Pareille définition fait ressortir le principe majeur qui domine le code: la non-discrimination et l'identité de régime quels que soient la nationalité ou le statut des intéressés, travailleur autochtone ou venu de la métropole, dès l'instant où le lieu d'exécution du contrat se situe outre-mer.

Le deuxième principe est celui de la liberté contractuelle, qu'il s'agisse de l'embauchage ou des conditions de la convention. Il est posé dès le premier article du titre III consacré au contrat de travail.

Si les principes généraux concernant la conclusion et la rupture sont ceux du droit français, des dérogations ont été apportées par suite du souci d'accentuer la protection du travailleur autochtone, en raison de sa moindre défense et de l'absence de syndicalisme suffisamment organisé.

D'une part, tout contrat de travail stipulant une durée déterminée supérieure à trois mois ou nécessitant l'installation des travailleurs hors de leur résidence habituelle doit être, après visite médicale de ceux-ci, constaté par écrit devant l'office de main d'oeuvre du lieu de l'embauchage, ou à défaut devant l'inspecteur du travail; d'autre part, le contrat doit être visé par l'autorité administrative compétente.

Comme l'indique l'article 1er, alinéa 1, du code, «la présente loi est applicable dans tous les territoires et territoires associés relevant du ministère de la France d'outre-mer». Son domaine géographique d'application s'est donc trouvé considérablement réduit par l'accession à l'indépendance des différentes républiques africaines. Le code du travail a certes survécu, mais au titre désormais de loi nationale, modifiable par l'autorité législative de chaque république, et poursuivant donc sa carrière juridique particulière.

#### § 4. AGENTS CONTRACTUELS ET SALARIÉS DES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES

34<sup>bis</sup>. Les fonctionnaires, soumis au statut de la fonction publique, échappent au droit du travail. Le problème se pose par contre pour les travailleurs non fonctionnaires de l'administration: Sont-ils régis

par le droit public et relèvent-ils de la compétence des tribunaux administratifs, ou, au contraire, ne sont-ils pas liés par des contrats de droit privé soumis au droit du travail, et justiciables des tribunaux de l'ordre judiciaire? Une distinction doit être faite:

1° Les agents contractuels des services publics relèvent du droit public et sont justiciables des tribunaux administratifs dès l'instant où, selon le Conseil d'État, ils ont pour mission d'assurer le fonctionnement du service public dont ils font partie et collaborent au but poursuivi par ce service; critère d'une application parfois délicate.

Ainsi la qualité d'agent public sera reconnue au médecin vacataire à l'office public d'hygiène sociale d'un département et à un concierge d'un office public d'habitations à loyer modéré chargé d'assurer la surveillance d'un groupe d'immeubles.

2° Le personnel des entreprises publiques à caractère industriel ou commercial est considéré par contre comme composé de salariés embauchés en vertu de contrats de travail de droit privé, avec toutes les conséquences qui en découlent; échappent seulement à cette règle les postes de haute direction.

Le plus souvent, ce personnel salarié, bien que recruté par contrat, est soumis à un statut réglementaire se substituant à la convention collective, et offrant des garanties particulières, notamment quant à la stabilité de l'emploi.

## *Section II*

### **LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL**

#### **SOUS-SECTION I**

#### **LES CONDITIONS DE FOND**

35. Aux termes de l'article 1108 du code civil, quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement, la capacité de contracter, un objet certain et une cause licite.

L'objet du contrat — accomplissement de la prestation de travail moyennant salaire — n'appelle pas ici et à ce titre, de développement particulier. Il en est de même de la cause. Soulignons seulement que la jurisprudence a fait application en matière de contrat de travail de la théorie générale de la cause impulsive et déterminante.

Quand celle-ci revêt un caractère illicite ou immoral, la convention est frappée de nullité (louage de services intéressant une maison de tolérance ou de jeu, ou motivé par le désir de créer ou prolonger des relations sexuelles hors mariage).

Par contre, l'étude du consentement et de la capacité nous permettra de vérifier l'originalité des solutions consacrées en matière de contrat de travail.

#### § 1. LE CONSENTEMENT

36. Conformément aux principes généraux, le contrat de travail va se former à la suite de l'échange des consentements.

Le système peut être résumé entre une quadruple proposition: la nécessité d'un consentement dûment manifesté, personnel, exempt de vices et définitif.

##### 1° La manifestation du consentement

37. Dans la conception classique, le concours des deux volontés ne représente pas seulement l'une des conditions techniques de formation du contrat; il en constitue le fondement et la justification même. Seule cette manifestation concomitante des consentements après une libre discussion, justifie sur le plan moral, économique et juridique, la force obligatoire de l'engagement souscrit.

Ce mythe individualiste, fondé sur le postulat de la liberté et de l'égalité, devait se heurter aux données sociologiques concrètes comme aux exigences du monde du travail. La manifestation du consentement revêt le plus souvent un caractère *unilatéral*, émanant d'un employeur qui impose des conditions par lui préétablies, et *collectif* en ce sens qu'une charte identique des conditions de travail est instituée par lui pour l'ensemble des salariés de l'entreprise.

Mais la souplesse extrême du système civiliste de l'autonomie de la volonté a permis à la jurisprudence de persister à voir dans le seul contrat la source juridique de la relation de travail, malgré le caractère parfois artificiel d'une telle construction. Peu importe en effet que le consentement du salarié, fait psychologique dont l'expression n'est soumise à aucune exigence formelle, se manifeste *tacitement* et en un *deuxième temps*:

a) Lors de l'embauchage — terme significatif — le salarié apporte à un règlement intérieur préétabli par l'employeur

— après consultation pour avis du comité d'entreprise, contrôle de légalité par l'inspecteur du travail et publicité — mais par lui-même inopposable, une adhésion tacite qui seule justifie l'obligation de le respecter en lui conférant une nature contractuelle bilatérale; et la Cour de cassation censurera sur la base de l'article 1134 du code civil les décisions qui refusent de faire application au travailleur des prescriptions du règlement intérieur, notamment en matière de sanctions disciplinaires.

Ce même «fractionnement» se vérifie dans l'hypothèse d'adhésion à un statut réglementaire de l'agent salarié embauché par une entreprise publique de caractère industriel ou commercial. Les rapports des deux parties prennent leur source dans le contrat individuel de travail de droit privé, par elles souscrit.

b) La même analyse justifiera la force obligatoire de «l'usage dans l'entreprise», née en fait de la pratique patronale. Dans diverses décisions, la Cour de cassation adopte, notamment en matière de gratifications, une formule devenue de style et particulièrement significative: la gratification devient obligatoire pour l'employeur quand son octroi est de nature à persuader le personnel qu'elle constitue un supplément de salaire versé en conformité d'un usage constant de l'entreprise et *d'un accord tacite des parties* au moment de l'embauche.

c) L'employeur adoptera fréquemment, par voie de circulaire, note ou ordre de service — termes non équivoques — des mesures concernant non seulement l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise — que suffisaient à justifier son autorité et la subordination de chaque salarié dans l'accomplissement de la prestation de travail — mais encore les décisions relatives à la situation contractuelle des travailleurs, concernant notamment le mode de rémunération. En l'absence d'atteinte aux droits acquis du salarié provoquant sa protestation, la mesure prise s'incorpore dans le statut contractuel du travailleur, et les tribunaux invoquent l'article 1134 pour en imposer le respect.

Ainsi, par une série d'importantes décisions rendues le 25 octobre 1961, la Cour suprême a censuré sur la seule base de l'article 1134, pour violation de la convention souscrite, divers jugements qui avaient refusé, en matière de primes de productivité et d'assiduité, de faire jouer la clause d'abattement en cas d'absence non autorisée du salarié — en l'espèce à la suite d'une grève — conformément aux

décisions de l'employeur antérieurement signifiées au personnel, et censées de ce fait acceptées par chaque salarié<sup>(37)</sup>.

### 2° Nécessité d'un consentement personnel

38. La personne appelée à jouer le rôle de salarié doit être apte à donner son consentement à l'exécution de la prestation de travail. Ainsi il n'existe pas de contrat de travail entre une société civile d'enseignement libre et les prêtres professeurs mis à sa disposition par l'évêque pour accomplir une mission d'enseignement, moyennant rémunération. Selon la Cour de cassation, on ne retrouve pas le libre échange de consentements, «base de toute situation contractuelle»; c'est en vertu d'un ordre de leurs supérieurs, s'imposant à eux en raison des vœux d'obéissance, que les prêtres exercent leur ministère<sup>(37 bis)</sup>.

La doctrine considère que le contrat de travail ne peut se former qu'entre un employeur et une personne physique; les personnes morales ne sauraient donc s'engager comme salariées, car elles ne promettent pas leur fait personnel, mais celui de leurs membres<sup>(38)</sup>.

### 3° Absence de vices du consentement

Par application des principes posés par les articles 1109 et suivants du code civil, le consentement doit être exempt de vices, erreur, dol ou violence.

39. a) *L'erreur, notamment sur la personne*, sera prise en considération lorsque les qualités sur lesquelles elle porte ont été déterminantes du consentement. Ainsi, lorsque le directeur d'un établissement de spectacle ayant engagé un groupe d'artistes connu sous une dénomination commune, l'un d'eux avait été remplacé antérieurement.

Par contre, l'erreur sur la personne de l'ouvrier, embauché sur la production de papiers appartenant à un tiers, n'est pas retenue si elle n'a exercé aucune influence sur la détermination du chef d'entreprise<sup>(39)</sup>.

(37) Cass. soc. 25 octobre 1961, D. 1961, notamment Lyon Caen; H. Sinay, J. C. P. 1962, 1. 1673; G. H. Camerlynck, *Droit social*, janvier 1962.

(37bis) Cass. 29 mai 1954, D. 1954, 452. *Adde* pour les religieuses d'un hôpital, 29 novembre 1947, S. 1948, 1, 13.

(38) P. Durand et A. Vitu, n° 155; A. Brun et H. Galland, II, 94.

(39) Req. 17 janvier 1911, D. 1911, 61.

40. b) *Le dol* peut également vicier le consentement. Ainsi sera annulé l'engagement d'un mineur de 18 ans ayant trompé sur son âge et donné un faux nom<sup>(40)</sup>. Par contre, la fausse déclaration faite par un salarié sur sa situation militaire n'ayant pas été la cause déterminante de la signature, l'employeur ne peut demander la nullité<sup>(41)</sup>.

41. c) Le problème s'est posé de manière plus délicate pour *la violence*.

Certains auteurs ont proposé de faire application au contrat de travail de la notion de violence morale ayant vicié le consentement du salarié qui, contraint par la misère et la nécessité impérieuse d'assurer sa subsistance et celle des siens, a accepté des conditions léonines tel un salaire anormalement bas.

Aussi bien le code civil, dans l'article 1112, n'exige pas que la violence soit physique, mais seulement de nature à impressionner une personne raisonnable, en tenant compte non seulement de l'âge ou du sexe, mais aussi de la *condition des personnes*, formule riche de signification si on l'interprète en fonction de la condition économique et sociale du salarié.

Cette thèse, fort défendable, admise par diverses décisions de Conseils de prud'hommes, a été rejetée par la Cour de cassation. De nombreux contrats étant conclus sous l'empire de nécessités économiques, on a craint d'aboutir à une trop grande insécurité des transactions.

Il en ira toutefois différemment, quand l'employeur, ne se contentant pas de profiter des circonstances, exercera une pression personnelle sur le travailleur, pour l'inciter par exemple à renoncer à son contrat de représentant de commerce salarié et à accepter à la place un contrat de mandat<sup>(42)</sup>.

42. Laissant de côté cette notion subjective de vice de la volonté, ne pourrait-on faire appel au procédé technique de la *lésion*? Il y aurait lieu notamment à rescision du contrat de travail en cas de salaire anormalement bas.

Mais le code civil stipule dans l'article 1118 que la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de cer-

---

(40) Req. 2 décembre 1901, D. 1902, 1, 403.

(41) Cass. soc. 23 avril 1960, J. C. P. 1960, IV, 81.

(42) Trib. civ. Seine 19 novembre 1952, *Inf. chef entr.* 1953, 124.



taines personnes: dans l'énumération limitative des textes du code ne figurent ni le contrat de travail ni le salarié.

Aussi à diverses reprises a-t-on proposé une réforme législative s'inspirant de dispositions de lois étrangères, instituant une rescision pour lésion du contrat de travail.

Notamment après examen du problème par la Société d'études législatives, un projet de loi déposé en 1906 à la Chambre des députés annulait les stipulations d'une convention par laquelle l'une des parties abusait de la légèreté ou de l'ignorance de l'autre partie pour lui imposer des conditions en désaccord flagrant avec les conditions habituelles de la région ou avec la valeur des services rendus.

Aucune des propositions de loi n'a abouti. On a fait valoir, outre les difficultés techniques de la mise en oeuvre effective de la rescision, le caractère plus efficace de la détermination impérative du salaire minimum et des conditions de travail par voie législative ou réglementaire (43).

#### 4° Un consentement définitif

##### A - L'offre

43. Dans la pratique, la conclusion du contrat de travail sera fréquemment précédée d'une offre, qui émane le plus souvent de l'employeur. En l'absence de dispositions particulières du code du travail, le problème de la validité et de la force obligatoire de l'offre doit être résolu par l'application des principes généraux du droit civil.

a) L'offre n'a tout d'abord de valeur qu'à condition d'être complète et précise, concernant notamment la nature de l'emploi proposé et la rémunération correspondante. Il y a sinon simples pourparlers.

b) De plus, étant donné l'*intuitus personae* qui préside à la conclusion du contrat de travail, et les usages en la matière, l'offre ne peut obliger le sollicitant que lorsqu'elle s'adresse à un bénéficiaire désigné. C'est ainsi que l'employeur peut toujours refuser, sans avoir à lui donner de motifs, le candidat remplissant les conditions exigées qui se présente à la suite d'une offre d'emploi par voie d'affichage ou d'insertion dans la presse. (Toutefois, une loi du 27 avril 1956 — art. 1 a, livre III du code du travail — interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'activité syndicale pour arrêter ses décisions, notamment en ce qui concerne l'embauchage, sous peine de dommages-intérêts).

(43) Paul Durand et A. Vitu, t. II n° 170.

Par contre, l'offre ferme et précise, adressée à une personne dénommée, engage la responsabilité de son auteur.

#### *B - Le contrat par correspondance*

44. Lorsque le contrat de travail est conclu entre absents, à la suite d'un échange de lettres, à quel moment précis estimera-t-on que la convention se trouve définitivement conclue par la rencontre des deux consentements? Problème d'un intérêt pratique évident, car la détermination du moment de la conclusion entraîne notamment par voie de conséquence celle du lieu, et par là éventuellement de la juridiction compétente en cas de litige.

La Cour de cassation estime que la fixation du moment et en conséquence du lieu où le contrat de travail est devenu parfait constitue une question de fait, dont la solution dépend des circonstances de la cause, appréciées par les juges du fond (43 bis). La jurisprudence tend à considérer que le contrat se trouve formé dès l'acceptation définitive de l'offre par son bénéficiaire, et dans le lieu où elle a été formulée (43 ter).

#### *C - L'engagement à l'essai*

45. Au lieu de s'engager immédiatement et de manière définitive, les parties peuvent convenir de procéder à un essai. Pareille pratique présente pour les deux contractants un intérêt évident. L'employeur portera un jugement mieux éclairé sur la compétence et l'aptitude professionnelle du salarié à tenir l'emploi; ce dernier vérifiera si la tâche confiée lui convient.

Si l'essai se révèle satisfaisant de part et d'autre, le contrat revêtira un caractère définitif; sinon chaque partie reprendra sa liberté sans formalités particulières et sans qu'aucune responsabilité puisse être encourue.

Il s'agit là d'une des institutions les plus vivantes et les plus originales du monde du travail et qui mérite à ce titre un examen particulier.

*Sources:* a) L'exigence d'un essai préalable découlera parfois de l'usage en vigueur dans la profession et la région.

b) *Le code du travail* n'a pas réglementé le problème de manière générale; mais divers textes particuliers prévoient le recours à

(43bis) Cass. Soc. 20 juillet 1954, *Droit Social* 1954, 622.

(43ter) Cass. Soc. 20 juillet 1954 préc.; ;24 février 1956, *Droit Social* 1956, 289, *Bull. Civ.* IV, 147.

la formule de l'essai (art. 29 b, livre I du code du travail concernant le représentant de commerce, art. 13 en matière d'apprentissage).

c) *Les conventions collectives*, source capitale de la matière, consacrent en général des dispositions détaillées à l'engagement à l'essai soit dans les clauses générales, soit dans les annexes ou avenants concernant les différentes catégories de salariés.

d) *Le contrat individuel* peut toujours stipuler que l'embauchage sera précédé d'une période d'essai. Comme il s'agit là d'une dérogation exceptionnelle au principe selon lequel la convention est normalement conclue à titre définitif, celui qui s'en prévaut doit donc en apporter la preuve.

*Nature juridique* — En l'absence de définition légale et en raison de la diversité des sources et des formes de l'engagement à l'essai, la détermination de sa nature exacte a fait l'objet de controverses doctrinales, apparaissant aujourd'hui quelque peu dépassées, concernant l'unité ou la dualité de contrats passés, le caractère suspensif ou résolutoire de la condition d'essai assortissant la convention. En fait comme en droit, les parties concluent normalement dès le départ un contrat de travail unique qui comprend une première phase d'essai. Les relations de travail se nouent immédiatement entre les parties: accomplissement de la prestation de travail moyennant rémunération, respect nécessaire de la réglementation du travail, bénéfice immédiat de la sécurité sociale.

L'examen des conventions collectives confirment pareille interprétation. Elles parlent non d'un contrat à l'essai, mais d'une *période* d'essai, qu'elles distinguent nettement de l'exécution d'une épreuve préliminaire parfois exigée, et qui ne constitue pas un engagement ferme.

*Délai* — Les parties demeurent en principe libres de déterminer la durée de la période d'essai. Il en irait toutefois différemment, si la période d'essai, anormalement prolongée ou renouvelée, avait pour but de faire échec aux dispositions légales sur le délai congé. Les conventions collectives adoptent des délais variant selon les catégories professionnelles, une à deux semaines pour les ouvriers, un à deux mois pour les employés, deux à trois mois pour les agents de maîtrise, trois à six mois pour les cadres.

*Rupture* — Le trait essentiel, en même temps que la raison d'être de l'engagement à l'essai, est de conférer à chaque partie, sauf stipulation expresse contraire, une faculté absolue de résiliation unilatérale à tout moment.

a) La rupture interviendra immédiatement et sans aucun préavis. En fait, diverses conventions collectives récentes tempèrent au profit du salarié les conséquences d'un congédiement aussi brusque en instituant un bref préavis (d'un jour à un mois suivant les catégories).

b) Par une formule devenue de style, la Cour de cassation affirme «qu'il n'est dû aucune indemnité quand la rupture du contrat de travail par la volonté d'une seule des parties intervient au cours de la période d'essai; que, sauf intention de nuire, l'employeur est seul juge de la question de savoir si l'employé a fait preuve des qualités nécessaires pendant la durée de l'épreuve à laquelle il a consenti à se soumettre» (44). L'employeur bénéficie donc d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, et le salarié ne pourrait obtenir de dommages-intérêts pour rupture abusive qu'en apportant la preuve formelle du motif illégitime auquel aurait obéi son patron.

## § 2. CAPACITÉ

46. Conformément au principe général posé par le code civil, «toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi» (art. 1123).

Le problème ne se pose donc que pour les incapables prévus par le code civil, pratiquement le mineur et la femme mariée, auxquels il conviendrait d'appliquer respectivement les règles particulières qu'il édicte.

En réalité, ici encore la nature originale du contrat de travail, l'évolution des idées et des faits rendront parfois malaisée l'application pure et simple des règles de droit commun prévues par le code civil.

Il s'agit, d'une part, d'un contrat de caractère courant et normal assurant au salarié les revenus nécessaires à sa subsistance, classés par les civilistes dans la catégorie des actes d'administration. D'autre part, il revêt un caractère personnel du fait de la prestation de travail que doit fournir l'incapable lui-même. De là, le double souci de simplifier les règles de conclusion et d'y associer l'incapable.

### 1° Mineurs

47. Théoriquement, le mineur non émancipé est *représenté* par l'administrateur légal ou le tuteur et ne saurait donc conclure lui-même un contrat de travail, ni même participer à cette conclusion.

---

(44) Cass. soc. 19 mai 1960, *Bull. civ.* IV, 405.

Dans la pratique, une règle prétendant ainsi exclure de la conclusion du contrat de travail le concernant un adolescent d'une vingtaine d'années ne pouvait être observée.

Aussi bien l'évolution législative est-elle favorable à la reconnaissance, au profit du salarié mineur, de prérogatives attachées à cette qualité et qu'il peut exercer en personne.

Aux termes de l'article 6, livre III, du code du travail, «les mineurs âgés de plus de 16 ans peuvent adhérer aux syndicats, sauf opposition de leur père, mère ou tuteur».

Aux termes de l'article 71 du décret du 22 décembre 1958, relatif aux Conseils des prud'hommes,

«les mineurs qui ne peuvent être assistés de leur père ou tuteur, peuvent être autorisés par le Conseil à se concilier, demander ou défendre devant lui».

En l'absence de disposition analogue du code du travail, quelles sont les solutions ayant prévalu en jurisprudence et en doctrine?

a) Étant donné le caractère personnel du contrat, la jurisprudence — approuvée par la doctrine — tend à admettre la substitution de la notion d'*assistance* à celle de *représentation*. Le mineur interviendra donc lui-même dans la conclusion du contrat, avec l'autorisation de son représentant légal. L'autorisation peut d'ailleurs être tacite.

b) Mais cette autorisation est indispensable.

La nullité peut être invoquée, même si le contrat n'est pas lésionnaire, par le détenteur de la puissance paternelle — puissance qui comporte le droit de garde — dont l'autorité a été méconnue. Comme le déclara la Cour suprême, le contrat de travail passé avec un mineur non autorisé par son père ne peut avoir pour effet de permettre de faire échec au droit de puissance paternelle de ce dernier, et notamment à son droit de placer son fils dans un établissement de son choix <sup>(45)</sup>.

Par contre, l'employeur ne saurait faire grief à un Conseil de prud'hommes d'avoir statué sur une action introduite à son encontre par un ouvrier mineur non assisté de son tuteur, le mineur pouvant seul se prévaloir de son incapacité <sup>(46)</sup>.

Consacrant cette notion nouvelle d'une véritable capacité professionnelle de l'adolescent exerçant une activité salariée, le projet

(45) Civ. 10 février 1926, D. 1927, 1, 20.

(46) Cass. soc. 6 mai 1955, Bull. civ. IV, 288.

de réforme du code civil français lui reconnaît le droit de conclure librement et seul un contrat de travail à partir de 18 ans.

## 2° La femme mariée

48. Conformément aux principes généraux posés par le code civil avant la réforme opérée par la loi de 1938, la femme mariée ne pouvait conclure un contrat de travail sans l'autorisation de son mari.

Une telle règle, contraire à l'évolution économique et sociale, tendait à être ignorée dans les milieux ouvriers. Aussi bien, la jurisprudence admettait-elle que l'autorisation pouvait être tacite et résulter donc en définitive de l'absence d'opposition expresse du mari.

La loi du 18 février 1938 portant suppression de l'incapacité de la femme mariée a expressément régleménté l'exercice d'une profession non commerciale par celle-ci. La loi du 22 septembre 1942 a repris l'essentiel de ses dispositions, en les étendant aux professions commerciales. L'idée directrice a été la suivante: si la femme a recouvré sa capacité, l'exercice par elle de telle profession ne saurait toutefois demeurer indifférent au mari, qui conserve la qualité de chef de foyer, et peut estimer que la femme ne remplira plus effectivement de ce fait ses obligations familiales.

Aux termes du nouvel article 223 du code civil:

«La femme peut exercer une profession séparée de celle de son mari, à moins que ce dernier ne s'y oppose . . .

Si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille, la femme peut être autorisée par justice à passer outre . . . »

L'opposition n'est soumise par le législateur à aucune forme particulière; en fait elle résultera d'une notification adressée à l'employeur.

### § 3. LE CONTRAT DE TRAVAIL DANS LES RAPPORTS FAMILIAUX

Dans quelle mesure l'existence de rapports de parenté ne s'oppose-t-elle pas à la conclusion d'un contrat de travail entre les intéressés? Le problème s'est surtout posé à propos des enfants mineurs et des conjoints.

### 1° L'enfant mineur

49. L'enfant majeur sans discussion possible peut être éventuellement uni à son parent par les liens d'un contrat de louage de services, si sa collaboration ne s'explique pas par une simple entraide familiale. La question par contre a été discutée concernant l'enfant mineur.

L'autonomie du droit familial n'interdit-elle pas la conclusion d'un contrat qui prétendrait modifier ou compléter les règles qui lui sont propres? D'une part, la puissance paternelle permet d'exiger de l'enfant, tenu de l'obligation d'obéissance, l'accomplissement de la tâche prescrite. D'autre part, la famille possède son statut économique particulier: obligation des parents de subvenir à l'entretien de l'enfant, droit de jouissance légale sur ses biens.

L'application des règles du contrat de travail, concernant habituellement des contractants aux intérêts juridiques et économiques opposés, fausserait le jeu de rapports fondés sur l'autorité du chef de foyer et la solidarité entre ses membres.

Malgré de tels arguments, la doctrine et la jurisprudence tendent à admettre la validité du louage de services passés entre un parent employeur et son enfant (47).

Juridiquement, la puissance paternelle ne s'oppose pas à ce que son titulaire décide librement de la conclusion d'un contrat de travail qu'il estime favorable aux intérêts de l'enfant.

Économiquement et normalement se trouve ainsi encouragée une formule souhaitable de collaboration familiale de nature à retenir l'enfant aux approches de la majorité.

L'intérêt d'une telle solution sera justement de conférer à l'enfant, avec la qualité de salarié, la protection et les prérogatives qui lui sont inhérentes.

### 2° Les conjoints

50. Le problème s'est surtout posé en jurisprudence à propos de la femme mariée salariée de son mari.

Dans quelle mesure l'existence du lien conjugal ne constitue-t-elle pas un obstacle?

Lorsque la femme mariée veille aux soins du ménage, lorsqu'elle accomplit une tâche quotidienne parfois très lourde au profit de son

---

(47) Trib. civ. Valognes 17 avril 1958, D. 1959, Som. 8; A. Brun et H. Galland, II, 128; P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 158.

mari et de ses enfants, elle satisfait seulement, dans le cadre du droit familial, aux obligations qu'impose la qualité d'épouse et de mère. Le fonctionnement interne de l'institution familiale, suivant des règles qui lui sont propres, demeure étranger au droit du travail.

En va-t-il de même dans l'hypothèse de collaboration de la femme, dans les mêmes conditions qu'une employée salariée, à l'activité professionnelle du mari? Fréquemment l'épouse apporte ainsi son concours dans le petit commerce ou dans l'agriculture. La qualité de conjointe est-elle nécessairement exclusive d'un contrat de travail qui ferait de la femme la salariée du mari?

En l'absence de toute solution législative formelle dans le code civil ou le code du travail, la doctrine s'est divisée, et la jurisprudence a marqué quelque hésitation.

1° Selon divers auteurs, il ne saurait y avoir de contrat de travail entre époux, par lequel ils prétendraient se soustraire à des principes qui réglent impérieusement et exclusivement leurs rapports, notamment les prérogatives du mari. Certes, les lois du 13 février 1938 et du 22 septembre 1942 ont-elles supprimé la puissance maritale. Mais le mari n'en conserve pas moins la qualité de chef de famille; la femme est tenue de lui apporter son concours moral et matériel pour assurer la subsistance du ménage.

2° Une telle conception paraît aujourd'hui dépassée, et contraire à la fois à l'évolution du droit familial et du droit social (48).

Économiquement, la collaboration de la femme évitant le recours à une main-d'œuvre extérieure est des plus souhaitable. Moralement, elle contribue à resserrer plus étroitement encore le lien conjugal. Juridiquement, rien ne l'interdit, le code civil ne prohibant pas de façon générale les contrats entre époux. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. (49)

C'est surtout à propos de l'inscription aux assurances sociales que le problème s'est posé dans la pratique. L'assujettissement du conjoint a donné lieu parfois à des abus; ainsi la femme d'un commerçant ou d'un industriel se fera immatriculer à la sécurité sociale comme étant salariée de son mari.

Aux termes de la loi du 14 avril 1952 (art. 243 C.S.S.):

«Le conjoint participant à l'entreprise ou à l'activité d'un travailleur non salarié ne peut être assujetti, en ce qui le concerne,

(48) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 157.

(49) Civ. 8 novembre 1937, *Gaz. Pal.* 1938, 1, 43.



au régime des assurances sociales... en qualité de salarié ou assimilé que s'il remplit les conditions suivantes:

- a) Participer effectivement à l'entreprise ou à l'activité à titre professionnel et constant;
- b) Bénéficiaire d'une rémunération au moins égale au salaire minimum interprofessionnel garanti... et correspondant d'autre part, le cas échéant, au salaire normal de leur catégorie professionnelle».

La jurisprudence, dans chaque espèce qui lui est soumise, examine si, outre les conditions générales exigées de tout affilié et découlant notamment de la notion de dépendance, les conditions plus précises prévues par l'article 243 C.S.S. sont bien remplies.

Sinon la femme est considérée comme apportant sa collaboration au titre de l'entraide familiale et la qualité de salariée, affiliée obligatoire à la sécurité sociale, doit lui être refusée (50).

51. S'agissant du mari salarié de la femme, le problème peut paraître plus délicat. Même depuis la suppression de l'incapacité de la femme mariée et de son obligation d'obéissance, le mari n'en conserve pas moins la qualité de chef de famille. L'autorité qui lui est ainsi reconnue serait incompatible avec l'existence d'un lien de subordination à l'égard de son épouse.

Ici encore, une telle solution doit être rejetée, par identité de motifs. Comme le déclare Paul Durand (51),

«la situation du mari salarié de sa femme n'a rien d'incompatible avec les principes du mariage. Les rapports respectifs des époux peuvent parfaitement être distingués de leurs rapports d'employeurs et de salariés. Dans le contrat de travail, les prérogatives du chef de famille ne sont pas en jeu: il s'agit uniquement de savoir si la femme a les connaissances techniques requises pour diriger son mari comme elle dirige d'autres salariés. Il serait d'ailleurs illogique que la femme contracte avec un employé étranger au ménage alors que son mari possède les qualités requises».

Aussi bien le droit de la sécurité sociale s'est-il prononcé en ce sens. L'article 243 du code de sécurité sociale ne fait aucune distinction suivant le sexe du conjoint salarié.

(50) Voir *Entraide familiale et sécurité sociale*, par A. Rouast, D. 1959, 9.

(51) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 157.

Sur le plan du droit du travail, la Cour de cassation paraît bien s'orienter dans le même sens, en reconnaissant la validité de la saisie-arrêt pratiquée par un tiers sur le salaire dû à un mari employé de sa femme entre les mains de cette dernière <sup>(52)</sup>.

Certains auteurs ont pu se demander si, dans les rapports entre époux, la notion de relation de travail ne constituerait pas une explication plus satisfaisante que le contrat <sup>(52bis)</sup>.

## SOUS-SECTION II

### FORMES ET PREUVE DU CONTRAT DE TRAVAIL

52. Aux termes de l'article 19 du livre I du code du travail:

«Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun et peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter.»

Pareille formule pourrait inciter l'interprète à renvoyer purement et simplement aux dispositions du code civil, singulièrement au livre III, titre III, «Des obligations ou des obligations conventionnelles en général», les règles applicables aux conditions de forme ou à la preuve du contrat de travail étant celles du droit commun.

Il n'en est rien, et ici encore va se vérifier un particularisme du droit de travail que justifient ses exigences propres et les idéaux qui l'inspirent.

#### § 1. LA FORME DU CONTRAT DE TRAVAIL

53. Jurisprudence et doctrine considèrent que la formule de l'article 19 du livre I consacre formellement, en matière de contrat de travail, le principe civiliste traditionnel de la consensualité. La convention se trouve conclue par le seul échange de volontés, sans qu'aucune forme particulière soit requise. Elle peut être constatée par écrit ou verbalement.

Aussi bien cette absence de tout formalisme apparaît-elle en conformité avec la pratique de l'embauchage. Elle s'est toutefois trouvée écartée dans certains cas afin d'assurer une protection plus efficace du travailleur et de permettre éventuellement une vérification par l'autorité protectrice:

(52) Cass. soc. 22 octobre 1959, *Bull. civ.* IV, 824.

(52bis) Ch. Freyria, *La notion de relation de travail entre époux*, *Droit social* 1952, 378.

1° Aux termes de l'article 22 du livre I du code du travail:

«L'engagement d'un ouvrier ne peut excéder un an, à moins qu'il ne soit contremaître, conducteur des autres ouvriers, ou qu'il n'ait un traitement et des conditions stipulées par un acte exprès».

On a voulu protéger l'ouvrier ignorant et mal informé (à l'exclusion de l'employé ou de l'agent de maîtrise supposés mieux armés) contre un engagement irréfléchi de trop longue durée.

2° Rappelons que le code du travail maritime, le code de l'aviation civile et commerciale, le code du travail outre-mer exigent la rédaction d'un écrit.

Soulignons que lorsque le contrat de travail est écrit l'article 19 du livre I du code du travail l'exempte de timbre et d'enregistrement.

## § 2. LA PREUVE

54. *Historique.* L'article 1781 du code civil — l'un des deux articles que les rédacteurs avaient estimé devoir consacrer au louage des domestiques et ouvriers — stipulait que le maître est cru sur affirmation: pour la quotité des gages et pour le paiement effectif du salaire.

Ces dérogations injustifiées au droit commun de la preuve, inspirées de l'ancien droit et contraires au principe de l'égalité, ont disparu avec la loi du 2 août 1868 qui a abrogé l'article 1781.

La preuve du contrat découlait en fait, d'ailleurs, d'une institution datant de la Révolution, le livret ouvrier, créé par la loi du 22 germinal an XI. Délivré par le maire, portant les nom et lieu de naissance de l'intéressé, il mentionnait en effet la date des embauchages et débauchages successifs. L'employeur y inscrivait, de plus, les avances qu'il avait consenties, et à l'origine même refusait de restituer le livret jusqu'à remboursement; ce qui interdisait le ré-emploi, la présentation du livret étant indispensable.

Le livret permettait enfin le contrôle de la police sur les déplacements du salarié.

À la suite de protestations des milieux ouvriers, le livret, après être tombé en désuétude, fut formellement supprimé par la loi du 2 juillet 1890.

55. *Le principe en droit positif.* Concernant le problème technique de la preuve, il conviendrait en principe et par application de l'article

19 du livre I de se reporter aux règles posées au chapitre de la preuve des obligations par les articles 1315 et suivants du code civil: Le demandeur doit prouver l'existence du contrat aux conditions qu'il invoque (art. 1315). Cette preuve, aux termes de l'art. 1341, doit résulter d'un écrit lorsque le contrat porte sur une matière excédant la somme de 50 francs (nouveaux). S'agissant d'une convention synallagmatique, l'acte devrait être établi en autant d'exemplaires qu'il y a d'intéressés, c'est-à-dire, en l'espèce, en double.

A défaut d'écrit ou de commencement de preuve par écrit, le salarié n'aurait d'autres ressources que l'aveu de l'employeur ou la délation de serment.

56. *Tempéraments.* Pareille exigence s'est révélée incompatible avec les nécessités du monde du travail et le souci d'une protection efficace du salarié. Aussi une jurisprudence libérale et la pratique des conventions collectives l'ont-elles considérablement tempérée.

a) Elle devient sans objet lorsque tels éléments du contrat ont déjà fait l'objet d'une constatation par un acte réglementant les relations de travail: arrêté ministériel, convention collective, ou même règlement intérieur.

Le développement considérable d'un droit professionnel de source réglementaire ou conventionnelle a ainsi enlevé une grande partie de son intérêt à la preuve des conditions du contrat de travail, lorsqu'il est établi dans son principe.

b) Quant il y a eu effectivement constatation écrite, la jurisprudence écarte la nécessité du double original, par interprétation du libellé de l'article 19 du livre I dérogeant implicitement dans cette mesure au droit commun du code civil en matière de contrats synallagmatiques. Notamment, et de façon significative, il suffira que le salarié reçoive une lettre d'engagement émanant de l'employeur.

c) Le contrat de travail est normalement un contrat civil; toutefois, quant il est passé par un commerçant pour les besoins de son commerce, il devient, en ce qui le concerne, contrat commercial en vertu de la théorie de l'accessoire. Le salarié bénéficie de ce fait de la liberté des preuves, qui est de règle en matière commerciale<sup>(53)</sup>. L'employeur, par contre, devra respecter les principes du droit civil.

d) Enfin, les tribunaux font ici application de l'interprétation jurisprudentielle extensive de l'article 1348 du code civil, aux termes

---

(53) Cass. soc. 28 juin 1957, *Bull. civ.* IV, 576.

duquel les règles reçoivent exception «toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui». On admet que ce texte dispense de la preuve écrite lorsqu'il y a impossibilité — même morale — pour le créancier de se la procurer. Or, étant donné les relations de confiance qui doivent régner entre employeur et employé, l'usage interdit souvent aux deux intéressés d'exiger la rédaction d'un écrit.

De façon très nette s'affirme ici l'originalité des solutions concernant la preuve du contrat de travail: le salarié se heurtant à une impossibilité morale de se procurer la preuve, la jurisprudence — par le procédé technique de l'article 1348 — a trouvé *dans la subordination même du salarié le principe de sa protection* (54).

Faute d'écrit, les intéressés pourront donc apporter la preuve de la conclusion et des conditions du contrat par simple témoignage ou présomptions. Notamment la preuve des conditions auxquelles le contrat a été souscrit découlera, au profit du salarié, des mentions portées sur le bulletin de paye qui doit obligatoirement lui être remis par l'employeur à chaque versement de salaire (55).

e) Par une clause qui tend à devenir de style, les conventions collectives prévoient que l'employeur adressera au salarié une lettre d'embauchage précisant la fonction occupée, le coefficient hiérarchique et le montant de la rémunération. Formule qui souligne l'initiative nécessaire et la responsabilité du chef d'entreprise (C.C.N., industrie chimique, industrie pharmaceutique, textiles, transports routiers, etc.). Il est parfois précisé que le salarié devra signer le document (industrie de fabrication mécanique du verre).

D'après un récent arrêt de la Cour de cassation (56), le fait que le salarié occupe sans protester l'emploi ainsi proposé vaut acceptation implicite de la lettre d'engagement, qui prend dès lors le caractère d'une véritable convention liant les parties.

Les conventions collectives de l'industrie sidérurgique prévoient également la confirmation par lettre précisant la catégorie de l'emploi et le salaire, à l'expiration de la période d'essai (Moselle, Meurthe-et-Moselle, Loire, Valenciennes).

57. En définitive et pour conclure, on voit nettement le droit du travail abandonner la conception civiliste traditionnelle de l'égalité

(54) Cass. soc. 28 avril 1955, *Inf. chef. entr.* 1955, 840.

(55) Cass. soc. 28 avril 1955, *Inf. chef entr.* 1955, 636.

(56) Soc. 19 mai 1960, *Service direction* 1960, 1057.

contractuelle; principe d'après lequel il appartient à chacune des parties de défendre ses prérogatives, en exigeant notamment la pré-constitution de la preuve.

C'est au chef d'entreprise — et non à un travailleur moins bien informé et placé dans un état de subordination — qu'il appartient ès qualité de procéder à une constatation nécessaire de la conclusion du contrat de travail et de ses conditions essentielles. Un tel formalisme est de nature à assurer une protection efficace du salarié, et se relie aux préoccupations qui ont fait édicter, en cours de situation contractuelle, l'exigence d'un bulletin de paye, permettant de vérifier l'exécution correcte du contrat ainsi stipulé.

À défaut, le travailleur sera autorisé, par tous moyens, à apporter la preuve de l'existence et des conditions du contrat.

Constatant que la jurisprudence et la pratique des conventions collectives ont ainsi finalement renversé le principe civiliste de la nécessité d'une preuve écrite imposée aux deux parties, la doctrine a proposé qu'une réforme vienne le condamner expressément et admette l'administration de la preuve du contrat de travail par tous moyens<sup>(57)</sup>. Conclusion qu'il convient d'approuver, sous la réserve que les conventions collectives pourront y déroger en exigeant de l'employeur l'envoi d'une lettre d'engagement.

### SOUS-SECTION III

#### SANCTION - LA NULLITÉ DU CONTRAT DE TRAVAIL

58. Lorsque l'une des conditions de validité du contrat de travail fait défaut (absence de libre consentement, objet illicite tel l'embauchage d'un mineur de 14 ans ou d'un étranger non autorisé), la sanction est la nullité.

En principe, la nullité découlant d'un vice contemporain de la formation du contrat entraîne en droit civil des effets rétroactifs.

Se fondant sur le caractère successif du contrat de travail, et obéissant au souci évident d'assurer la protection d'un salarié, le plus souvent irresponsable, la jurisprudence, approuvée par la doctrine<sup>(58)</sup>, a écarté cet anéantissement rétroactif, même dans certains cas de nullité d'ordre public.

(57) P. Durand et A. Vitu, t. II n° 184; A. Brun et H. Galland, II, 92.

(58) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 186; A. Brun et H. Galland, II, 37.

Ainsi le travailleur pourra réclamer valablement le paiement de la rémunération correspondant au travail exécuté<sup>(59)</sup>. Il en est même ainsi s'agissant d'un salarié étranger dépourvu de la carte de travailleur<sup>(60)</sup>.

La délivrance d'un certificat de travail s'imposera<sup>(61)</sup>. Aussi bien le code du travail lui-même (art 44 a, livre I) exige-t-il la délivrance du bulletin de paye même en cas de nullité du contrat.

Un récent arrêt de la Cour de cassation<sup>(62)</sup> rappelle que «lorsqu'un contrat a été exécuté, si en raison de la nature des obligations il est impossible aux parties de se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu, il y a lieu de tenir compte des prestations de chacune d'elles et des avantages que l'autre a reçus...»

L'arrêt non seulement condamne l'employeur à verser l'intégralité du salaire, mais reconnaît même au travailleur, contrairement à la jurisprudence antérieure, le droit à l'indemnité de préavis pour brusque rupture.

Solution bienveillante adoptée compte tenu des circonstances de l'espèce, mais qui souligne nettement la volonté de protéger le salarié contre les incidences possibles de la nullité, en rejetant la fiction civiliste de la rétroactivité.

Le droit du travail rejoint là, et par identité de motifs, les solutions formelles du droit de la sécurité sociale. Même en cas de nullité du contrat de travail, le salarié bénéficie de la garantie, que ce soit en matière d'accidents du travail ou d'assurances sociales.

Certains auteurs ont vu une application particulière de la notion de relation de travail, se substituant à celle de contrat<sup>(62 bis)</sup>.

Dans la pratique, l'utilisation du droit de résiliation unilatérale, reconnue à chaque partie dans le contrat à durée indéterminée, rendra le plus souvent inutile le recours à l'action en nullité.

---

(59) Cass. soc. 15 mars 1945, *Droit social* 1945, 203; 27 juin 1947, *D.* 1947, 427.

(60) Cass. soc. 9 juin 1955, *Bull. civ.* IV, 385.

(61) Civ. 10 février 1926, *D.* 1927, 1, 20.

(62) Soc. 25 novembre 1960, *Rev. trim. dr. com.* 1961, n° 1.

(62bis) Voir l'étude nuancée de Charles Freyria, *Nullité du contrat de travail et relation de travail*, *Droit Social* 1960, 619.

### Section III

## LES EFFETS DU CONTRAT DE TRAVAIL

59. La nature originale du contrat de travail, *l'intuitu personae* qui préside à sa conclusion et accompagne son exécution, ainsi que l'inégalité des deux parties en présence vont conférer aux obligations respectives des parties une physionomie différente, bien qu'il existe entre elles une interdépendance évidente.

#### § 1. LES OBLIGATIONS DU SALARIE

L'obligation essentielle du salarié, juridiquement subordonné, consiste dans l'exécution de la prestation de travail aux conditions prévues par la volonté des parties, quant à sa nature exacte, sa durée et ses modalités. Pareille exécution doit être *personnelle, consciencieuse et loyale*.

##### 1° Exécution personnelle

60. Le caractère personnel de l'obligation du salarié résulte de la nature même des relations de travail. Bien qu'elle ne soit pas formulée expressément par le code du travail, elle apparaît comme la conséquence du principe général posé par le code civil dans son article 1237: «L'obligation de faire ne peut être exécutée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même.» Le travailleur ne peut donc en principe se substituer un tiers ni s'adjoindre des auxiliaires sans le consentement de son employeur.

L'obligation du travailleur constituant une obligation de faire n'est pas susceptible d'exécution forcée. La sanction en cas d'inobservation consistera dans le congédiement ou la résolution et l'action de dommages-intérêts.

##### 2° Exécution consciencieuse

61. L'accomplissement matériel de la prestation de travail constitue normalement une obligation de faire. Suivant quel critère précis décidera-t-on que tel fait, ou telle omission, intervenu en cours d'exécution, présente bien les caractères d'une faute engageant la responsabilité du travailleur? Par application des principes généraux du droit des obligations, le travailleur — comme tout débiteur — doit apporter à la chose, conformément à l'article 1137 du code civil, tous



les soins d'un bon père de famille. C'est donc en principe par référence à un type abstrait que l'on comparera l'activité du salarié, dont l'employeur est en droit d'attendre une capacité professionnelle et une conscience « moyennes » (63).

La doctrine affirme par suite que toutes les fautes commises par le travailleur depuis la simple négligence jusqu'à l'acte intentionnellement nuisible constituent des violations de son obligation, et on conclut qu'elles l'exposent à une condamnation à des dommages-intérêts (64).

Une telle solution, en rigoureuse conformité avec les principes civilistes de la responsabilité contractuelle, apparaît dépassée et rejetée par les tribunaux.

Dans différentes décisions, la Cour de cassation, par jurisprudence prétorienne et en l'absence de textes, a décidé que pour être déclaré pécuniairement responsable l'ouvrier doit avoir commis dans l'exécution de ses obligations professionnelles une faute lourde équivalente au dol (65). Pareille jurisprudence souligne de façon significative le caractère original du contrat de travail. Comme le rappelle l'annotateur de l'arrêt, « l'employeur qui est à la tête de l'entreprise et qui en perçoit les profits en assume également les risques. Et les malfaçons involontaires, lorsqu'elles résultent de négligence, de fautes légères dans l'exécution du travail, comptent précisément parmi ces risques ».

Sur le terrain de la rupture, la gravité de la faute commise jouera également un rôle déterminant. En matière de contrat à durée déterminée, seule la faute grave permettra d'obtenir la résolution avant terme avec dommages-intérêts éventuels. En matière de contrat à durée indéterminée, l'employeur peut certes, d'après la Cour de cassation, congédier le salarié pour faute légère. Mais, en réalité, le fondement de la mesure réside non dans la faute elle-même mais dans l'exercice pur et simple du droit de résiliation unilatérale. Par contre, seule la faute grave du salarié le privera du bénéfice du préavis et de l'indemnité de licenciement.

La jurisprudence fournit de nombreuses illustrations de la faute grave, en précisant indirectement par là même le contenu de l'obligation du salarié: la simple négligence, malgré son caractère ininten-

(63) et (64) P. Durand et A. Vitu, t. II n° 317 bis; A. Brun et H. Galland, II, 219.

(65) Cass. soc. 19 mai 1958, D. 1959, 20 n. R. Lindon 27 novembre 1958; voir G. H. Camerlynck, *La faute du salarié*, Service direction 1960, 721.

tionnel, dès l'instant où les conséquences peuvent être sérieuses, l'indélicatesse, les propos outrageants, les voies de fait, le refus d'obéissance ou l'absence injustifiée.

On soulignera que les juges du fond, sans s'en tenir à la seule analyse des faits précis imputés au salarié, les situeront dans leur contexte, pour apprécier la faute «*in concreto*». Ils tiendront compte des circonstances mêmes dans lesquelles les faits ont été commis et qui apparaissent de nature à atténuer la responsabilité du salarié, ou même d'éléments purement externes, mais qui justifient une certaine indulgence (ancienneté du salarié, qualité des services rendus, tempérament nerveux, caractère occasionnel de la faute).

### 3° Exécution loyale

62. Aux termes de l'article 1134, alinéa 3, du code civil, les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Étant donné le caractère personnel des relations de travail, pareille obligation s'impose ici avec une force particulière:

a) Le salarié qui a réservé à l'employeur le monopole de son activité ne saurait, sans commettre une faute grave, travailler au profit d'un tiers. Même s'il lui était possible d'exercer une activité parallèle, il ne saurait faire concurrence à son employeur, soit directement soit par l'intermédiaire d'un tiers.

b) Le salarié se rendrait coupable d'un délit pénal s'il divulguait des secrets de fabrication (art. 418, code pénal).

c) L'article 177 du code pénal, modifié par l'ordonnance du 8 février 1945, réprime le délit de corruption du salarié qui,

«soit directement, soit par personne interposée, aura, à l'insu et sans le consentement de son patron, soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte de son emploi».

## § 2. LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

63. La législation du travail, droit d'«*inégalité*», prévue avant tout pour assurer la protection du salarié subordonné, situera sur un plan très différent les obligations qui incombent au chef d'entreprise. Conformément au droit commun, d'une part, toute faute contractuelle de l'employeur engage en principe sa responsabilité. D'autre part, le droit du travail a multiplié les obligations légales imposées à qualité au

chef d'entreprise sous peine de sanctions pénales; toute inobservation préjudiciable au salarié ouvre à ce dernier droit à dommages-intérêts sur le terrain civil. (Voir les études à paraître ultérieurement dans cette collection et consacrées à la réglementation légale du travail; on en trouvera un bref résumé dans ce rapport, note 78<sup>bis</sup>.)

Plus précisément l'employeur est contractuellement tenu de procurer le travail aux conditions prévues, de préserver la personne du salarié, et enfin de verser la rémunération convenue.

*L'employeur doit procurer le travail* dans les conditions prévues concernant notamment la fonction confiée, les moyens nécessaires, le temps et le lieu d'exécution et la rémunération.

L'employeur ne peut imposer de modification à l'accord initial sans la proposer au salarié qui est en droit de refuser, sans prendre de ce fait la responsabilité juridique de la rupture. Notamment en matière de contrat à durée indéterminée, l'employeur devra observer le préavis et verser l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective. Cette solution est expressément consacrée par différentes conventions collectives, suivant les formules diverses, notamment en cas de déclassement ou de mutation dans un autre établissement.

D'après la jurisprudence, si une telle modification — un changement d'affectation ou de lieu par exemple — intervient brusquement sans consultation du salarié, elle peut constituer de plus une rupture abusive source de dommages-intérêts au profit du salarié. Il en va différemment si le contrat de travail impliquait par nature et conformément à la volonté des parties l'éventualité de telles modifications (ainsi la mutation de l'employé de banque ou le changement de poste dans l'intérêt de la bonne marche de l'entreprise avec la même qualification et la même rétribution).

*L'employeur doit préserver la personne du salarié*, qu'il s'agisse de sa santé, de sa sécurité, de sa moralité ou de sa dignité. La réglementation du travail contient à cet égard des prescriptions multiples, imposées à l'employeur sous peine de sanctions répressives. Elle ne constitue que la mise en œuvre du devoir général qui incombe au chef d'entreprise, et qui constitue le corollaire nécessaire de son autorité sur le salarié subordonné. Aussi bien la jurisprudence a-t-elle reconnu que, même en l'absence de tout règlement, l'employeur n'est pas pour autant dispensé de prendre les précautions que la prudence impose (66).

---

(66) Cass. soc. 15 octobre 1953, *Bull. civ.* IV, 456.

L'employeur assume-t-il la même obligation concernant les objets appartenant au personnel et laissés dans l'établissement pendant le temps de travail? Il convient de distinguer suivant qu'un contrat de dépôt est intervenu ou non:

a) Si l'employeur a installé un vestiaire ou un garage destiné au gardiennage des objets, il est de plein droit responsable à titre de dépositaire en cas de perte ou de détérioration à moins de démontrer la force majeure ou la faute du salarié.

b) En l'absence de contrat de dépôt, la jurisprudence contemporaine admet, à la suite d'une évolution favorable au salarié, que l'employeur est néanmoins tenu de prendre les dispositions nécessaires pour éviter la perte ou la détérioration des vêtements ou des outils dans la mesure du possible.

*L'employeur est tenu de verser le salaire et les accessoires convenus. (Une étude particulière doit être consacrée au salaire dans le cadre de cette collection; on trouvera un bref résumé des principes généraux à la note 67 de ce rapport.)*

---

(67) Indiquons brièvement les règles essentielles permettant de préciser les obligations de l'employeur.

Quant au montant du salaire, un salaire horaire minimum interprofessionnel garanti (S.M.I.G.) a été institué par une loi du 11 février 1950 (art. 31 x, livre I du code du travail). Depuis une loi du 24 juillet 1952, modifiée par une loi du 26 juin 1957, il varie en fonction de l'indice des prix; en cas de hausse atteignant 2% pendant deux mois consécutifs, le S.M.I.G. fait l'objet d'une majoration correspondante. Mais il n'intéresse en fait que quelques centaines de milliers de travailleurs sans qualification et ne se répercute pas aux autres échelons de la hiérarchie professionnelle.

Les salaires dans leur ensemble sont fixés dans presque toutes les professions par voie d'accords collectifs entre organisations syndicales patronales et ouvrières. Ils déterminent le salaire minimum professionnel de l'ouvrier ou employé sans qualification, puis les coefficients hiérarchiques afférents aux diverses qualifications professionnelles.

L'employeur est donc tenu de verser un salaire au moins égal à celui prévu par la convention collective à laquelle l'entreprise se trouve assujettie. Mais il peut convenir d'un salaire supérieur dans le contrat individuel (qui précise la qualification professionnelle du salarié embauché) et d'avantages accessoires.

Le paiement doit être effectué en monnaie ayant cours légal et non en bons ou en jetons (interdiction du «truck system» datant d'une loi du 7 décembre 1908 devenu l'article 43, livre I), au moins deux fois par mois pour les ouvriers, une fois par mois pour les employés (art. 44), un jour autre que celui du repos hebdomadaire (art. 45) et être accompagné d'une pièce justificative détaillée: le bulletin de paye (44 c).

Quant à la compensation que pourrait opposer l'employeur à raison des créances qu'il possède lui-même contre le salarié, elle est strictement limitée par l'article 50, livre I.

a) La compensation est interdite pour les créances de fourniture, à moins qu'il ne s'agisse de remise d'outils ou d'instruments nécessaires au travail, de matières ou matériaux dont le salarié a la charge et l'usage, ou d'avances consenties pour l'achat de ces objets.

b) Quant aux avances en argent, l'employeur peut se rembourser par retenues successives ne dépassant pas un dixième du salaire exigible.

Adde sur les diverses formes de rémunération n° 13 de ce rapport.

## § 3. INTERDEPENDANCE DES OBLIGATIONS

64. Le contrat de travail constitue une convention synallagmatique: conformément à la définition de l'article 1102 du code civil, les contractants s'obligent réciproquement l'un envers l'autre. Il en résulte une corrélation étroite entre la fourniture de services par le salarié et la rémunération par l'employeur.

Deux conséquences essentielles vont en découler.

a) En évoquant le jeu de l'exception d'inexécution, le salarié peut suspendre l'exercice de ses fonctions si l'employeur ne lui assure pas la rémunération promise <sup>(68)</sup>.

A l'inverse, l'employeur refusera de verser le salaire si la prestation de travail n'est pas fournie: ainsi en cas de grève du salarié.

Mais en réalité cette stricte correspondance que la jurisprudence établit entre l'exécution effective de la prestation de travail et le versement du salaire tend à être écartée par la loi ou la convention collective par l'élaboration d'une théorie originale de la suspension, assurant parfois le maintien de la rémunération ou l'indemnisation du travailleur empêché, et considéré comme demeurant rattaché à l'entreprise: ainsi le maintien total ou partiel du salaire au profit du travailleur malade pendant un délai déterminé par la convention collective ou le statut (infra n° 76).

b) Si l'une des parties «ne satisfait point à son engagement», l'autre sera en droit soit d'en demander l'exécution en justice, soit la *résolution judiciaire* prévue par l'article 1184 du code civil en matière de conventions synallagmatiques. Quand le contrat de travail est à durée indéterminée, la théorie de la résolution pour inexécution n'offre qu'un intérêt assez médiocre, puisque chaque partie bénéficie par ailleurs du droit de résiliation unilatérale, sans justification à fournir dans l'acte de congé; et la faute contractuelle de l'autre partie, inutile pour provoquer ou expliquer la rupture, n'a d'incidence que sur le préavis et le droit à indemnité.

Nous vérifierons que la résolution pour inexécution présente au contraire en matière de contrat à durée déterminée un intérêt primordial, puisqu'elle permet seule au contractant victime de se libérer de ses obligations avant l'expiration du terme, sans engager sa responsabilité.

---

(68) Cass.soc. 19 juillet 1959, *Bull. civ.* IV, 751.

#### § 4. LA SANCTION DISCIPLINAIRE EN CAS D'INEXÉCUTION DE SES OBLIGATIONS PAR LE SALARIÉ

64<sup>bis</sup> Les solutions que nous avons dégagées concernant les obligations des parties et la sanction en cas d'inexécution découlent en définitive de l'application des principes généraux du droit civil.

Mais le droit du travail prévoit, en cas de manquement par le salarié, et plus particulièrement d'inobservation des ordres donnés par l'employeur, une solution originale, la sanction disciplinaire.

Elle est notamment instituée par le règlement intérieur, obligatoire dans les entreprises industrielles ou commerciales employant au moins vingt salariés; ce règlement est établi par l'employeur, soumis au comité d'entreprise — à défaut aux délégués du personnel — pour simple avis, et à l'inspecteur du travail qui en vérifie la légalité; il doit être dûment affiché dans l'entreprise et déposé au secrétariat du Conseil de prud'hommes.

La jurisprudence reconnaît au règlement intérieur la nature d'une convention annexe du contrat de travail à laquelle le salarié a souscrit du fait de son adhésion tacite lors de l'embauchage (cf. supra n° 37).

Il prévoit en général une gamme de sanctions, allant du simple blâme ou de la réprimande jusqu'au renvoi, en passant par la mise à pied pendant un certain délai avec privation de salaire, et l'amende.

Étant donné les abus auxquels cette dernière sanction avait donné lieu, en raison du nombre et du montant élevé des amendes perçues par l'employeur sous forme de retenues, une loi du 5 février 1932 (art. 22, livre I) est venue la réglementer strictement.

Les amendes ne sont permises qu'en cas de manquement à la discipline et aux prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité à l'exclusion des malfaçons. Leur octroi est subordonné à une autorisation de l'inspecteur du travail après avis des organisations patronales et ouvrières de la région.

Le taux de l'amende doit être fixé par le règlement intérieur et le total des amendes infligées pendant la même journée ne peut excéder le quart du salaire journalier.

L'amende — réforme significative — est désormais versée dans une caisse de secours au profit des ouvriers; elle ne peut donc plus être justifiée par la notion de clause pénale fixant forfaitairement les dommages-intérêts.

Sans ces réserves concernant l'amende dès l'instant où les dispositions du règlement sont précises — concernant notamment la définition des infractions, la détermination de la sanction et la procédure —, le juge éventuellement saisi ne peut que vérifier si les conditions prévues ont bien été respectées.

La doctrine contemporaine dénie en général tout caractère contractuel au règlement intérieur que justifie à ses yeux le pouvoir réglementaire reconnu à l'employeur.

D'autre part, elle considère que le pouvoir disciplinaire reconnu ès qualité au chef d'entreprise ne prend pas nécessairement sa source dans le règlement intérieur; diverses décisions récentes de la Cour de cassation s'orientent en ce sens en autorisant notamment la mise à pied, même si elle n'est pas prévue par un règlement intérieur; aussi les auteurs étudient-ils très généralement le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire à propos de la théorie générale de l'entreprise (cf. *infra* n° 102).

#### *Section IV*

#### *LA CESSATION DU CONTRAT DE TRAVAIL*

64<sup>ter</sup>. Rappelons tout d'abord que, depuis une loi du 19 juillet 1928, une ancienne cause de rupture possible du contrat de travail a disparu. Aux termes du nouvel article 23, alinéa 7, livre I: «S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail au jour de la modification subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise.» Le salarié apparaît donc désormais lié moins à un employeur dénommé qu'à l'entreprise elle-même.

Une double tendance oriente la jurisprudence contemporaine dans son interprétation de l'article 23, alinéa 7:

1° Adoption d'un critère très large de la notion de «modification» l'énumération légale n'étant pas limitative. Ainsi la règle jouera en cas de nationalisation, de concessions successives — en l'absence de tout lien juridique entre l'ancien et le nouvel employeur —, de création de filiales, de reprise par le propriétaire, etc.

2° Par contre, interprétation restrictive des obligations du second employeur. Il n'est pas tenu des obligations incombant personnellement au premier employeur et qui auraient dû recevoir exécution avant le transfert.

#### § 1. EXPIRATION DU CONTRAT A DURÉE DÉTERMINÉE

65. Si la distinction des contrats à durée déterminée et indéterminée n'offre guère d'intérêt au regard du régime et des conditions du travail, elle revêt par contre une importance capitale quant à leur mode respectif d'extinction. Le contrat de travail à durée indéterminée demeure marqué par sa nature même du signe de l'instabilité, par le jeu du droit de résiliation unilatérale qui lui est inhérent; insécurité contre laquelle l'usage, la convention collective et la loi sont intervenus par une série de mesures protectrices. De telles préoccupations demeurent entièrement étrangères au contrat de travail à durée déterminée. Se situant dans un climat psychologique différent, il implique une confiance des parties qui se lie irrévocablement pendant la période considérée, mais reprennent automatiquement leur entière liberté au terme convenu, sans responsabilité ni indemnité.

La formule du contrat à durée indéterminée est de pratique courante dans l'industrie et le commerce. Le contrat à durée déterminée, beaucoup moins répandu, est surtout utilisé pour les travailleurs occupant une fonction élevée dans la hiérarchie, ou quand la nature même de la tâche implique une certaine durée (industries hôtelière et du spectacle, agriculture).

De manière significative, la plupart des conventions collectives concernant les grands secteurs professionnels (industries chimique et textile, imprimeries, etc.) visent exclusivement, au titre de la rupture, le contrat de travail à durée indéterminée, laissant par là aux parties qui préfèrent recourir à la formule d'une convention à durée déterminée une entière liberté.

Par contre, les conventions collectives concernant le personnel des théâtres, de l'industrie cinématographique ou des casinos contiennent des dispositions particulières relatives aux contrats saisonniers et à leur reconduction.

66. Le problème de la qualification respective de contrat à durée déterminée a soulevé des difficultés dont la jurisprudence s'est fait l'écho.



1° Devra être considéré comme un contrat à durée indéterminée la convention fixant certes une échéance précise, mais stipulant que pendant tout le cours de la période considérée chaque partie se réserve de mettre fin au contrat à tout moment. Notamment elle devra alors respecter le délai de préavis. Mais à défaut d'exercice effectif de ce droit de résiliation, le contrat non dénoncé prendra fin automatiquement à l'arrivée du terme.

2° En principe, une convention conclue pour l'exécution d'un ouvrage précis est à durée déterminée et se termine avec son accomplissement.

Il convient toutefois d'analyser la volonté des parties et la nature réelle de leurs rapports et d'éviter notamment que le salarié ne se trouve privé injustement des garanties qui accompagnent la rupture du contrat à durée indéterminée. C'est ainsi qu'une jurisprudence déjà ancienne considère que la rémunération aux pièces n'implique pas en général l'existence de contrats successifs à durée déterminée. Plus récemment, la Cour de cassation a admis que les juges du fond avaient pu considérer que le salarié engagé sur un chantier par une entreprise de constructions «pour la durée des travaux» bénéficiait d'un contrat de travail à durée indéterminée et donc du droit au délai congé, la date à laquelle les travaux devaient être terminés n'ayant pas été précisée (69).

67. Pareil contrat prend fin de plein droit, à l'arrivée du terme, sans qu'il soit besoin d'un congé. Solution dont la doctrine a d'ailleurs souligné les inconvénients — les parties demeurant dans l'ignorance jusqu'au dernier jour (70) — et auxquels le contrat individuel ou la convention collective cherchent à remédier en stipulant la reconduction automatique pour une durée égale en cas de non-dénonciation dans le délai imparti avant l'arrivée du terme.

En cas de contrat de travail à durée déterminée arrivé à échéance et faisant l'objet d'une tacite reconduction, la jurisprudence admet sa transformation en contrat à durée indéterminée, ne pouvant donc être désormais résilié sans observation du délai de préavis.

Si le contrat à durée déterminée expire normalement par l'arrivée du terme, deux accidents peuvent provoquer une rupture prématurée:

---

(69) Cass. soc. 16 mai 1961, *J. C. P.* 1961, II, 12282.

(70) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 444.

### 1° La résolution pour inexécution

68. Sur la base de l'article 1184 du code civil, le contractant victime de l'inexécution de l'autre partie demandera la résolution de la convention synallagmatique de travail, avec octroi de dommages-intérêts pour le préjudice subi.

En l'absence de dispositions du code du travail, le système jurisprudentiel peut être résumé en une double proposition:

a) *Une faute suffisamment grave est exigée*

Ce peut être le travailleur qui invoque par exemple le non-paiement du salaire; ce sera plus souvent l'employeur qui se prévaudra de la négligence caractérisée, de l'insubordination ou de l'absence injustifiée.

La faute grave apparaît en définitive comme celle qui est de nature à rendre impossible le maintien de la situation contractuelle.

b) *La résolution peut être immédiate*

Normalement, aux termes mêmes de l'article 1184 du code civil, la résolution devrait être judiciaire. Une jurisprudence prétorienne, répondant aux exigences propres du monde du travail, autorise la rupture immédiate par la partie victime, notamment l'employeur, sans attendre que la justice se soit prononcée. En effet, par suite du caractère personnel des relations de travail, le maintien des rapports entre un employeur et un salarié séparés par un différé judiciaire risquerait de troubler le fonctionnement de l'entreprise.

Aussi bien une telle procédure unilatérale s'exerce-t-elle sous le contrôle judiciaire de son bien-fondé; le salarié qui estime, en l'absence de faute grave, être victime d'un renvoi injustifié saisira le tribunal d'une demande en dommages-intérêts pour brusque rupture.

### 2° La brusque rupture

69. Dès l'instant où la rupture à laquelle procède l'une des parties avant le terme fixé n'est pas justifiée par la force majeure ou la faute grave du co-contractant, elle constitue une violation de l'engagement souscrit et donne lieu à condamnation à dommages-intérêts. Ceux-ci seront appréciés souverainement par les juges du fond. Ils accorderont souvent au salarié le montant même de la rémunération qu'il aurait dû percevoir depuis la rupture jusqu'à l'expiration normale du contrat.

Il arrive parfois que la convention contienne une clause pénale fixant forfaitairement le montant des dommages-intérêts en cas de rupture anticipée injustifiée (ainsi dans le contrat d'engagement d'un artiste). Le tribunal ne peut alors modifier le montant prévu.

## § 2. RUPTURE DU CONTRAT A DURÉE INDÉTERMINÉE

70. Aux termes de l'article 23, livre I du code du travail, «le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes». Ce droit de résiliation unilatérale consacre en effet la liberté nécessaire reconnue aux contractants de pouvoir se libérer à tout moment d'un engagement sinon illimité dans le temps. Le chef d'entreprise renverra une main d'oeuvre inexperte ou superflue, le salarié reprendra sa liberté quand bon lui semble.

Cette liberté de résilier — symétrique de la liberté de conclusion — a longtemps été considérée comme également placée sous le signe contractuel de l'égalité, de la réciprocité. Le caractère artificiel d'un tel postulat a été récemment dénoncé par la doctrine<sup>(71)</sup>. Si la subordination juridique du salarié a en effet pour contrepartie nécessaire le droit de reprendre à tout moment, et dans la plénitude de ce terme, sa «liberté», le licenciement discrétionnaire par le chef d'entreprise, en vertu d'une apparente et trompeuse symétrie, soulève dans l'ordre moral, économique et social d'évidents problèmes.

De là une distinction capitale entre le licenciement par l'employeur ou au contraire la démission volontaire du salarié, et l'élaboration progressive d'une théorie originale du licenciement, partie intégrante du statut professionnel du travailleur.

Évolution que permet de vérifier le rappel rapide des divers tempéraments apportés au principe du droit de résiliation unilatérale par l'usage, la convention collective ou la loi, et qui ont fait déjà l'objet d'études antérieures dans cette collection, mais sous l'angle plus particulier de la stabilité de l'emploi ou de la protection des travailleurs en cas de perte de l'emploi.

### a) Le délai congé<sup>(72)</sup>

71. Après avoir posé, dans l'alinéa 1 de l'article 23, le principe du droit de résiliation unilatérale, le législateur a consacré aussitôt après

(71) G. H. Camerlynck, *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, J. C. P. 1958, 1, 1425.

(72) et (73) Rapport P. Durand, *in La stabilité de l'emploi*, p. 210 et 222.

un deuxième alinéa à la matière du délai congé, marquant implicitement par cet ordre successif l'origine et le fondement même de l'institution: propre au contrat de travail à durée indéterminée, le délai congé constitue une atténuation nécessaire apportée, dans le temps, à l'exercice immédiat et discrétionnaire du droit de résiliation unilatérale.

On comprend dès lors que le délai de préavis, comme le principe même dont il tempérait l'exercice, ait été traditionnellement considéré comme contractuel et réciproque.

1° *Contractuel*, et donc facultatif, le délai de préavis prendra longtemps sa source dans la seule volonté des intéressés expresse ou tacite, individuelle ou collective: expresse et formulée dans le contrat individuel ou le règlement intérieur; tacite par référence implicite aux usages en vigueur dans la profession. Aussi la Cour de cassation admettait-elle la licéité de la clause conventionnelle réduisant ou supprimant le délai prévu par l'usage. La loi du 19 juillet 1928, en conférant désormais au délai de préavis prévu par l'usage le caractère d'un minimum obligatoire, a profondément altéré sa nature en le transformant en coutume professionnelle impérative.

Les conventions collectives sont venues restreindre le rôle de l'usage en consacrant au délai congé des dispositions détaillées et explicites qui ont largement contribué à généraliser le principe et à en perfectionner la technique. Le délai congé variera considérablement de quelques jours à plusieurs mois — suivant la profession et l'emploi du salarié.

2° *Contractuel* dans son principe, le délai congé était nécessairement *réciproque*; réciprocité fondée sur l'utilité respective qu'il présente pour les deux intéressés, et l'égalité de leurs droits.

Cette réciprocité traditionnelle, consacrée par le code civil et le code du travail à l'origine, était généralement considérée par la doctrine et la jurisprudence comme de l'essence même du délai congé.

Pas plus que le principe civiliste de la liberté contractuelle, son corollaire, le mythe égalitaire de la réciprocité n'a pu résister à l'évolution des idées et à la leçon des faits. La terminologie même et la structure des conventions collectives ont amorcé l'évolution en opposant de plus en plus la démission du salarié au licenciement par l'employeur, pour soumettre la première à un régime distinct plus favorable: elle la dispense d'observer le préavis au profit du travailleur ayant trouvé un nouvel emploi.

La loi du 19 février 1958 consacre une nouvelle et décisive étape en infligeant un démenti formel à la notion traditionnelle et dépassée de réciprocité contractuelle. Le nouveau délai congé légal qu'elle institue, afin de remédier à la variabilité et à l'insuffisance de l'usage et de la convention collective, profite au seul travailleur.

Sa durée est d'un mois, considéré comme un minimum général obligatoire. Il s'applique dans la seule hypothèse de licenciement, en faveur du salarié ayant une ancienneté de services d'au moins six mois continus, et en l'absence de faute grave de sa part. Le congédiement doit être signifié par lettre recommandée.

La loi laisse donc en dehors de son domaine d'application — renvoyant dans cette mesure aux sources subordonnées que constituent la convention collective ou l'usage — les deux hypothèses de rupture par la démission du salarié et de licenciement d'un travailleur ayant moins de six mois d'ancienneté dans l'entreprise.

#### b) La rupture abusive (73)

72. Pendant longtemps, le délai congé a constitué le seul tempérament apporté à la rigueur du renvoi discrétionnaire par le patron. Dès l'instant où ce dernier respectait le préavis — fût-il de quelques jours ou même de quelques heures —, il ne pouvait engager sa responsabilité en exerçant un droit de résiliation formellement consacré par les textes.

Le souci de venir au secours d'un salarié que le renvoi — sans aucune faute qui lui fût imputable — condamnait souvent au chômage et à la misère a incité la jurisprudence à utiliser, en matière de contrat de travail, une nouvelle technique apparue au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, la théorie de l'abus du droit.

Elle est née par réaction contre l'individualisme libéral et la conception absolutiste des droits: le titulaire d'un droit doit, dans son exercice, tenir compte de l'intérêt social au profit duquel, en définitive, il lui a été accordé, et s'abstenir de toute faute.

C'est en matière de propriété que cette socialisation des droits s'est d'abord manifestée, condamnant l'interprétation littérale de l'art. 544 du code civil.

Du domaine du droit de propriété, la jurisprudence l'étendit à la matière des contrats, par réaction contre l'article 1134 du code civil,

---

(73) Cf. (72).

et le principe de l'intangibilité des engagements ainsi «librement» souscrits.

Le contrat de travail et le droit de résiliation unilatérale constituaient à vrai dire un terrain de choix, par suite de l'inégalité des contractants en présence et du souci d'assurer au maximum la sécurité de l'emploi. Aussi bien, la jurisprudence prétorienne formée en la matière se trouvera-t-elle consacrée, une première fois, par la loi du 27 décembre 1890, puis en dernier lieu par la loi du 19 juillet 1928.

Aux termes de l'actuel article 23, alinéa 4, du livre 1 «la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts».

Marquant nettement l'autonomie de la notion de rupture abusive, longtemps confondue dans l'institution du délai congé, l'article 23, alinéa 5, ajoute :

«Les dommages-intérêts, qui peuvent être accordés pour inobservation du délai congé, ne se confondent pas avec ceux auxquels peut donner lieu, d'autre part, la résiliation abusive du contrat par la volonté de l'une des parties.»

Ces dommages-intérêts seront fixés compte tenu des facteurs les plus divers, usage, fonction, ancienneté, âge, etc. (alinéa 6). Cette réparation par équivalent est seule possible. La Cour de cassation, se fondant sur l'article 1142 du code civil, d'après lequel en cas d'inexécution l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, interdit au juge d'ordonner la réintégration du salarié irrégulièrement congédié. Plus particulièrement, le climat de confiance, dans lequel doivent se situer les rapports des parties, interdit le recours à l'exécution forcée.

73. En parlant de résiliation abusive par l'une des parties, l'article 23 souligne la réciprocité du principe: l'abus du droit de résiliation peut être aussi bien le fait du salarié que de l'employeur lui-même.

Le dépouillement des recueils judiciaires montre que, sur des centaines de décisions chaque année, seules quelques-unes sont rendues dans le cas de démission du salarié — généralement dans l'hypothèse de démission brusquée, telle celle d'un mannequin quittant son employeur lors de la présentation de la collection. Cette constatation de fait correspond à une différence quant au fond et tenant à la notion même de rupture abusive. Alors que doit être reconnu coupable d'abus du droit l'employeur qui licencie pour tout autre motif que l'intérêt de l'entreprise, le salarié invoquera comme

motif légitime son seul souci de mettre fin à une subordination juridique qu'il ne veut plus supporter. Le désir de reprendre sa liberté n'a pas à être motivé.

En l'absence de toute définition proposée par l'article 23, la détermination de la notion de rupture abusive apparaît délicate. La jurisprudence admet de façon large qu'elle peut aller de la véritable intention de nuire jusqu'à la simple légèreté blâmable, en passant par le «détournement de pouvoir». Les principales applications en seront:

1° L'atteinte aux libertés publiques du salarié.

Le congédiement constitue alors une mesure d'intimidation de nature à empêcher le travailleur d'user de ses droits, telle la liberté d'opinion ou d'agir en justice.

Le problème s'est surtout posé en cas d'atteinte à la liberté syndicale. Aussi bien le préambule de la Constitution de 1946 — auquel renvoie la dernière constitution de 1958 — affirme-t-il que tout citoyen jouit de la liberté de défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et d'adhérer au syndicat de son choix.

L'article 1 a du livre III du code du travail (loi du 27 avril 1956) interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance ou l'activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière d'embauchage ou de licenciement.

Constitue de même une rupture abusive le renvoi du salarié à la suite d'une grève professionnelle et sans faute de sa part.

2° Le renvoi motivé par le souci de l'employeur d'éluder ses obligations légales ou contractuelles.

Ainsi le congédiement à la suite d'un arrêté ou d'un accord collectif ordonnant le relèvement des salaires, de la réclamation du paiement des heures supplémentaires, ou du refus par le travailleur d'accepter une modification unilatérale du contrat que rien ne justifie.

3° L'époque de la rupture (renvoi sans motif), soit aussitôt après l'embauchage alors que le comportement de l'employeur comportait une promesse au moins tacite de stabilité, soit quelques mois avant la retraite et inobservation des formes: renvoi incorrect d'un cadre devant ses subordonnés, omission des formalités exigées par un accord collectif ou le règlement intérieur (audition préalable du salarié, traduction devant un organe disciplinaire).

4° Le renvoi en cas de brève maladie ou de grossesse.

74. À l'inverse, l'employeur échappera à toute condamnation pour rupture abusive quand il apportera la preuve d'un motif légitime:

1° *La faute du salarié*

Non seulement la faute grave — motif légitime du renvoi par excellence puisqu'elle justifie même le congédiement immédiat sans préavis — mais même la faute légère.

La doctrine critique une telle attitude comme rigoureuse, la gravité de la peine devant correspondre à celle de la faute.

Mais c'est à tort que le problème est posé sur le terrain d'un prétendu droit disciplinaire que le code du travail n'a aucunement prévu pour en régler le contenu et la procédure. La Cour de cassation se fonde sur le ferme terrain du droit contractuel de résiliation unilatérale dont bénéficie l'employeur. Dès l'instant où l'utilisation ne constitue pas un abus — dont le salarié doit apporter la preuve —, son appréciation relève du pouvoir discrétionnaire de son titulaire: le motif allégué de la faute commise par le salarié ne fait en définitive *que souligner le caractère normal d'un tel exercice, sans en constituer le fondement même.*

2° *Nécessités économiques ou techniques tenant à l'organisation et au fonctionnement de l'entreprise*

En économie capitaliste, le chef d'entreprise étant seul responsable du risque ainsi assumé bénéficie par suite corrélativement selon la jurisprudence du pouvoir discrétionnaire de la créer, de la gérer, de la modifier et de la fermer.

Les pouvoirs économiques ainsi reconnus à l'employeur — dont il est interdit au juge d'apprécier l'opportunité — l'autorisent donc à adopter toutes les mesures d'ordre intérieur que lui paraît commander l'intérêt de l'entreprise, même si elles ont pour conséquence la résiliation des contrats.

Certains auteurs en ont conclu que le motif légitime serait celui qui répond à l'intérêt de l'entreprise; et l'on a prétendu voir dans pareille jurisprudence l'une des manifestations d'une structuration progressive de l'entreprise en droit français.

L'équivoque ainsi créée par l'appel à la notion d'entreprise — à laquelle la doctrine contemporaine attribue volontiers en droit positif une «consistance» selon nous encore injustifiée (voir notre conclusion) — exige d'être dissipée. La Cour suprême n'entend aucunement par là consacrer l'existence d'une entité entreprise, intégrant ses membres, se situant au delà de leurs intérêts particuliers et dont le



chef se verrait confier un pouvoir marqué d'un signe fonctionnel et donc sanctionné en cas de détournement.

Il n'en est rien, et la portée de la terminologie employée par la Cour de cassation nous paraît avoir été inutilement accusée. Sur le terrain purement psychologique du mobile, la preuve que l'employeur a agi conformément à ce qu'il estimait être l'intérêt de l'entreprise fait présumer sa légitimité, l'entreprise étant sa chose, confondue dans son patrimoine et dont il supporte la responsabilité.

### c) L'indemnité de licenciement (74)

75. Le droit de résiliation unilatérale et quasi discrétionnaire reconnu à l'employeur par l'article 23, alinéa 1, sous réserve du délai de préavis et de dommages-intérêts éventuels en cas de preuve qui lui soit imputable, a paru difficilement admissible dans l'hypothèse d'un salarié attaché à l'entreprise depuis un certain nombre d'années. De là l'institution par les conventions collectives d'une indemnité dite de licenciement ou de congédiement, versée par l'employeur en cas de renvoi sans faute grave du salarié et d'un montant proportionné à son ancienneté, sur la base de la dernière rémunération perçue.

Par là l'indemnité de licenciement apparaît comme une technique originale dans le cadre d'une politique systématique de l'emploi. D'une part, en pesant sur la volonté de l'employeur, elle encourage la *prévention* même du risque de licenciement; d'autre part, si le risque néanmoins se réalise, elle en assure *l'indemnisation*.

L'institution a été étudiée en détail dans le rapport de Paul Durand sur la protection des travailleurs en cas de perte de l'emploi (p. 260). Depuis cette époque, divers arrêts de la Cour de cassation ont apporté sur deux points une contribution importante et qui mérite d'être signalée:

1. La doctrine soutenait que l'indemnité de licenciement était exclusivement attachée au contrat de travail à durée indéterminée. Le contrat à durée déterminée, en effet, prend fin automatiquement par la seule arrivée du terme, et l'employeur ne «licencie» pas, juridiquement parlant.

Par une récente décision, la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire, par interprétation des termes imprécis de la convention collective, et a reconnu le droit à indemnité de licenciement

---

(74) Rapport P. Durand in *La protection des travailleurs en cas de perte de l'emploi*, p. 260.

au profit d'un salarié dont le contrat à durée déterminée, arrivé à expiration après plusieurs renouvellements, n'avait pas été reconduit (74bis).

Il n'importe guère en effet que l'employeur ne puisse mettre fin à l'emploi qu'à l'expiration de chaque période contractuelle. Les prérogatives qui confèrent au salarié son ancienneté dans l'entreprise, le souci d'assurer la stabilité de l'emploi et la nécessité de réparer le préjudice par lui subi demeurent les mêmes.

2. Une jurisprudence bienveillante admettait, en l'absence de précision de la convention collective, que la maladie prolongée du salarié constituait bien un motif légitime de rupture par l'employeur, mais ne pouvait être invoquée par lui comme cas de force majeure. L'indemnité de licenciement était donc due. Un arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1960, revenant à une conception civiliste plus rigoureuse, a marqué un revirement en admettant que la maladie du salarié, par sa prolongation, peut constituer un cas de force majeure entraînant la rupture du contrat de travail en dispensant l'employeur du paiement de l'indemnité de licenciement (74ter).

### § 3. LA FORCE MAJEURE

76. Pour constituer une cause propre de rupture du contrat de travail, le fait invoqué comme force majeure par l'une des parties doit en principe remplir les strictes conditions qu'exige la jurisprudence civile: il doit être imprévisible — notamment de la part d'un chef d'entreprise en ayant accepté le risque économique; inévitable, donc indépendant de toute faute commise par le débiteur; constituer enfin une impossibilité absolue d'exécution, ne la rendant pas seulement plus difficile ou plus onéreuse.

À supposer ces trois conditions réunies, si l'empêchement est de brève durée, avec l'espoir d'une reprise ultérieure de l'exécution, la force majeure entraînera la simple suspension du contrat de travail. Par contre, si l'empêchement est définitif ou durable, le contrat se trouve résilié sans indemnité de part et d'autre. En matière de contrat à durée indéterminée, aucun préavis ne doit être en principe observé, puisque la rupture ne découle pas d'un congé dû à l'initiative de l'une des parties; l'employeur ne saurait, par définition même, être condamné à des dommages-intérêts pour rupture abusive, puisque la

(74bis) Cass. soc. 17 mars 1960, J. C. P. 1960, II, 1166 note G. H. Camerlynck.

(74ter) J. C. P. 1961, II, 11985.

rupture n'est pas son fait; les indemnités de licenciement prévues par la convention collective ne seront pas dues par l'employeur, puisque leur octroi suppose un congédiement dont ce dernier prend l'initiative. En matière de contrat à durée déterminée, aucune indemnité n'est due pour rupture prématurée de la convention.

Le rappel des principes de droit civil ne saurait toutefois suffire à rendre compte de la nature et des effets de la force majeure, notion qui revêt en matière de contrat de travail un aspect original. La loi, la jurisprudence et la convention collective s'efforceront tout d'abord d'éviter la rupture du contrat de travail, préjudiciable au salarié et même parfois à l'entreprise menacée dans sa continuité, pour lui substituer une simple suspension — fut-elle prolongée — avec maintien éventuel de tout ou partie de la rémunération du travailleur (voir, sur ce point, Paul Durand, *La stabilité de l'emploi en droit français*, qui distingue les événements intéressant la personne du salarié — maladie, maternité, obligations militaires, fonctions publiques et grève — et ceux concernant l'entreprise, en vertu de dispositions, législations particulières — en cas notamment de fermeture de l'établissement à titre de sanction, d'intempéries dans le bâtiment, etc.)

Si la rupture ne peut toutefois être évitée, le salarié, par une interprétation restrictive de la notion classique de force majeure, se verra néanmoins parfois maintenir les indemnités prévues en cas de licenciement non dû à son initiative ou à sa faute.

#### 1° Cas de force majeure atteignant l'entreprise même

77. a) Le ralentissement ou la cessation de l'entreprise pour des motifs économiques ne constituent pas un cas de force majeure. Le problème se pose pratiquement en matière de licenciements collectifs à la suite de restrictions économiques ou de nécessités techniques. La rupture des contrats de travail qui en découle doit être considérée en principe comme le fait de l'employeur et ne saurait le dispenser de ses obligations.

L'évolution de la conjoncture économique fait partie du risque normal d'entreprise dont son chef assure la responsabilité objective, et auquel par contre le salarié doit échapper. La faillite notamment ne saurait être assimilée à un cas de force majeure.

b) Constituent par contre des cas de force majeure, aux conditions exigées, le fait du prince — telle la réquisition ou l'interdiction

administrative —, le cataclysme naturel ou l'état de guerre entraînant une impossibilité absolue de fonctionnement.

### 2° Cas de force majeure en la personne du salarié

78. a) Si le décès de l'employeur n'entraîne pas en principe la rupture du contrat de travail — l'entreprise poursuivant son cours —, il en va différemment en cas de la mort du salarié, la convention ayant été conclue *intuitu personae*. La rupture n'est pas le fait de l'employeur, dispensé du paiement de toute indemnité.

b) La maladie du salarié. Par application des principes généraux, en l'absence de disposition légale, la doctrine et la jurisprudence font une distinction essentielle:

La maladie de brève durée ne saurait motiver la cessation du contrat et laisse donc à l'employeur l'entière responsabilité de la résiliation qu'il prétendrait effectuer et lui conférerait même un caractère abusif.

Par contre, la maladie prolongée apporte un trouble profond à l'exécution du contrat et peut nécessiter le remplacement. La maladie constituerait alors au profit de l'employeur non seulement un motif légitime de rupture excluant tout abus du droit — solution incontestable — mais même un cas de force majeure lui enlevant l'initiative de la rupture et le dispensant de ce fait de toute indemnité.

Cette conception civiliste rigoureuse avait été formellement écartée par la Cour de cassation dans une série de décisions: la maladie de longue durée ne constitue pas un cas de force majeure au profit de l'employeur qui prend l'initiative de la rupture, sans attendre la guérison, par suite des commodités ou des nécessités de l'exploitation; elle ne saurait donc notamment priver le salarié du bénéfice du préavis ou de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective, en l'absence de disposition particulière.

Rompant avec cette tradition libérale antérieure, un arrêt déjà cité de la Cour de cassation du 14 décembre 1960 (74<sup>ter</sup>) est venu affirmer que la maladie du salarié peut, par sa prolongation, devenir un cas de force majeure entraînant la rupture du contrat de travail, et dispense donc l'employeur de l'observation du préavis et du paiement de l'indemnité de licenciement.

---

(74<sup>ter</sup>) J. C. P. 1961, II, 11985.

**§ 4. LE CERTIFICAT DE TRAVAIL  
ET LE REÇU POUR SOLDE DE TOUT COMPTE**

**1° Le certificat de travail**

79. Après la rupture du contrat de travail, le salarié qui cherche un nouvel emploi doit pouvoir établir que, libre de tout engagement, il possède de plus les qualifications requises, justifiées par des références sur son activité antérieure.

Le livret ouvrier répondait bien — entre autres — à cette double préoccupation. Aussi quand le législateur supprima le livret ouvrier, le 2 juillet 1890, voulut-il en conserver les avantages au profit du salarié en prévoyant la délivrance d'un autre document, le certificat de travail.

À l'origine, la loi prévoyait en faveur du travailleur la simple faculté de réclamer à son co-contractant, l'employeur, un certificat sous peine de dommages-intérêts. Une loi du 12 novembre 1955 a transformé cette simple faculté en une obligation de délivrance d'office par l'employeur sous peine de sanction pénale. L'obligation positive ainsi impérativement imposée ne saurait trouver désormais sa seule explication dans le contrat individuel de travail et les rapports de droit privé qu'il engendre. Conformément d'ailleurs à son ancêtre, le livret ouvrier — mais sous le signe social contraire de la protection du travailleur et non plus de la solidarité patronale ou d'un contrôle de police —, le certificat de travail constitue l'une des mesures prises par l'État dans la mise en oeuvre d'une politique systématique de l'emploi.

Aux termes du nouvel article 24 du livre I du code du travail:

«L'employeur doit, à l'expiration du contrat de travail, délivrer au travailleur un certificat contenant exclusivement la date de son entrée et celle de sa sortie et la nature de l'emploi, ou, le cas échéant, des emplois successivement occupés, ainsi que les périodes pendant lesquelles ces emplois ont été tenus.»

Sauf accord des parties, cette énumération est donc strictement limitative. Dans la pratique, il sera souvent porté des mentions favorables au salarié concernant la cause de la rupture (étrangère à son fait), la compétence et la qualité des services rendus. La mention «libre de tout engagement» parfois inscrite sur le certificat a soulevé des difficultés d'interprétation. Elle atteste certes que le contrat de travail a régulièrement pris fin. Signifie-t-elle de plus que l'employeur a renoncé au bénéfice de la clause de non-concurrence insérée dans le contrat? Pas nécessairement, comme l'a décidé récem-

ment la Cour de cassation<sup>(75)</sup>. Tout dépend de l'intention des parties.

### 2° Le reçu pour solde de tout compte

Lors de la rupture du contrat de travail, les parties procèdent à un règlement de comptes concernant le salaire, les accessoires et indemnités dus par l'employeur. Afin de se prémunir contre toute contestation ultérieure, l'employeur exigera du salarié la signature d'un «reçu pour solde de tout compte».

Une telle pratique, avantageuse pour l'employeur, présente pour le salarié des dangers évidents. Mal informé de la consistance et de l'étendue de ses droits, pressé de percevoir les sommes mises à sa disposition, il risque de renoncer de manière irrévocable à réclamer son dû.

De là l'intervention du législateur le 8 octobre 1946 et le 31 décembre 1953 afin d'assortir de conditions strictes la validité du reçu et de permettre sa dénonciation (art. 24 a, livre I du code du travail):

a) La mention pour solde de tout compte doit être désormais entièrement écrite de la main du travailleur et suivie de sa signature; le reçu doit porter mention, en caractères très apparents, du délai de forclusion de deux mois, et préciser qu'il est établi en double exemplaire dont l'un sera remis au travailleur.

b) Par une mesure exceptionnelle — au regard du droit civil et du principe du respect des engagements souscrits —, la loi permet au salarié la dénonciation motivée du reçu pour solde de tout compte, fût-il régulièrement établi, pendant un délai de deux mois, par lettre recommandée. Le reçu pour solde de tout compte n'a plus que la valeur d'un simple reçu des sommes qui y figurent.

### § 5. LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

80. Lorsque le contrat de travail a régulièrement pris fin, le salarié reprend son entière liberté. Il peut notamment se mettre au service d'une nouvelle entreprise exerçant une activité similaire.

À ce principe fondamental de la liberté du travail, la clause de non-concurrence (terme assez impropre auquel la doctrine a proposé de substituer celui de clause de non-réembauchage)<sup>(75 bis)</sup> vient apporter une importante restriction. En l'absence de toute disposition législative en la matière, il convient de se référer à la jurisprudence,

(75) Cass. soc. 24 octobre 1960, J. C. P. 1961, II, 69068.

(75bis) A. Brun et H. Galland, II, 116.

assez nuancée, compte tenu des espèces très différentes qui lui sont soumises, et qui évolue ces dernières années vers une conception plus restrictive de la validité de telles clauses.

Les tribunaux condamnant toute interdiction générale et absolue, qui constituerait la négation même du principe de la liberté du travail, subordonnent la validité de la clause à certaines conditions de temps, de lieu et d'activité professionnelle. Mais il n'est pas nécessaire, ce qui vient compliquer singulièrement le problème, que les trois conditions se trouvent à la fois réunies, dès l'instant où la clause apparaît comme suffisamment relative par les restrictions apportées à divers points de vue.

a) L'interdiction doit être en principe limitée dans le temps et restreinte à un certain nombre d'années. Le chiffre de deux ans au maximum est celui qu'adoptent la plupart des conventions collectives (industries chimique, pharmaceutique, métallurgique, etc.).

De façon remarquable, les conventions collectives stipulent de plus que l'interdiction aura pour contrepartie, pendant toute sa durée, le versement d'une indemnité mensuelle de montant variable, un tiers, la moitié, les deux tiers et même dans certains cas la totalité du salaire perçu lors du départ de l'établissement. Ainsi s'affirme progressivement cette idée nouvelle que le salarié ne saurait être privé de son libre droit au travail sans compensation.

b) La clause doit être géographiquement restreinte aux lieux dans lesquels le salarié peut faire une concurrence réelle à l'employeur étant donné la nature de l'entreprise et son rayon d'action.

c) La jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation n'apportait aucune réserve de nature à assurer au travailleur l'exercice d'une activité professionnelle correspondant à sa qualification; la clause pouvait lui interdire tout embauchage «dans un commerce ou une branche déterminée» (76). Mais la jurisprudence s'est orientée récemment dans une autre voie, en faisant prévaloir le souci d'assurer plus efficacement le principe de la liberté du travail. La clause doit laisser au salarié la possibilité d'exercer normalement l'activité professionnelle qui lui est propre (77).

La violation par le salarié d'une clause licite de non-concurrence engage sa responsabilité vis-à-vis de son ancien employeur. Le nouveau contrat passé par lui demeure valable, mais le second

(76) Cass. 26 mars 1928, S. 1928, 1. 204.

(77) Cass. soc. 18 octobre 1952, Bull. civ. IV, 528; 2 octobre et 5 novembre 1960, J. C. P. 1960, I, 1593.

employeur peut être également condamné solidairement à des dommages-intérêts vis-à-vis du premier employeur, s'il s'est associé sciemment à la violation de la clause.

### *Section V*

## CONCLUSION

81. L'étude technique du mécanisme du contrat de travail nous a permis de vérifier une remarquable évolution dans le sens de son extension constante, de la diversité de ses formes, de la disparité de son régime juridique selon qu'il s'agit de l'employeur ou du salarié.

1° Le contrat de travail n'a cessé de voir son champ d'application se développer: soit par voie d'intervention législative (représentants de commerce ou journalistes par exemple) en adoptant d'ailleurs une définition du travailleur largement affranchie du critère de la subordination juridique et basée sur les conditions objectives d'exercice de l'activité professionnelle, soit par suite de l'interprétation libérale jurisprudentielle de la notion très souple du critère de la subordination juridique, quelle que soit la nature de la tâche et la condition sociale du travailleur (tel l'artiste ou le médecin).

Extension qui s'est réalisée à la demande pressante des intéressés eux-mêmes, affranchis de préjugés dépassés et soucieux de bénéficier de la protection qu'accorde la législation du travail.

2° Alors que le caractère général, uniforme et abstrait de la règle juridique apparaissait aux hommes de la Révolution comme la garantie de la liberté individuelle et de la stricte égalité entre citoyens, l'époque contemporaine se caractérise par l'élaboration, à côté du louage de services de droit commun, de contrats de travail spéciaux, adoptés aux exigences de la profession considérée, répondant souvent à une définition particulière inorthodoxe, soumis à des règles de conclusion et de rupture de nature originale.

3° Par une action convergente de la loi et de la convention collective se trouvera progressivement condamnée au profit du salarié la conception civiliste traditionnelle de l'égalité entre les deux contractants abstraitement considérés, corollaire du principe de la liberté. La jurisprudence respectueuse de la règle du respect rigoureux des contrats posé par l'article 1134 du code civil — en étirant à l'extrême d'ailleurs et de façon parfois artificielle la notion d'adhésion du salarié — s'est montrée beaucoup plus timide. Néanmoins, elle



viendra parfois au secours du salarié contractant soit par une interprétation libérale de techniques empruntées au droit civil lui-même, soit même en prenant le contre-pied de principes généraux indiscutés.

a) En matière de conclusion du contrat, après avoir contrôlé l'absence de simulation au détriment du travailleur, les tribunaux, consacrant la pratique professionnelle et s'inspirant de dispositions particulières du code du travail, substitueront d'autorité au profit du salarié mineur la notion d'autorisation à celle de représentation.

Concernant la preuve écrite du contrat, le salarié s'en trouvera effectivement déchargé (employeur commerçant ou utilisation extensive de l'article 1348 du code civil concernant l'impossibilité morale de préconstitution); alors qu'à l'inverse et de façon significative les conventions collectives imposeront à l'employeur l'envoi d'une lettre d'embauchage.

b) S'agissant de la nullité du contrat de travail, les tribunaux l'analyseront en définitive comme une résiliation du contrat successif de travail, sauvegardant les prérogatives du travailleur.

c) Alors que les obligations de l'employeur doivent être strictement respectées, conformément aux principes généraux du droit civil, une jurisprudence purement prétorienne n'admet de responsabilité contractuelle du travailleur, avec obligation d'indemniser, qu'en cas de faute lourde assimilable au dol.

d) Concernant la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, le code civil et l'article 23 du livre I du code du travail reconnaissent aux deux «contractants», abstraitement considérés, des prérogatives identiques.

Par une évolution progressive — et loin d'être parvenue à son dernier terme —, le congédiement par l'employeur, à la différence de la démission du salarié, ne sera plus le geste individuel d'un contractant qui se libère mais une mesure prise dans le cadre de l'entreprise pour assurer son bon fonctionnement et se reliant plus généralement à une politique systématique de sécurité de l'emploi.

De là notamment l'institution d'un préavis légal minimum d'un mois dans le seul cas de licenciement par l'employeur, le contrôle judiciaire du motif légitime, l'octroi par les conventions collectives d'une indemnité de licenciement au profit du travailleur chevronné.

## CHAPITRE II

LE RÔLE DU CONTRAT DE TRAVAIL  
COMME SOURCE JURIDIQUE DES RAPPORTS DE TRAVAIL*Section I*LE DÉCLIN DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ COMME  
SOURCE DE LA RÉGLEMENTATION DES RAPPORTS DE  
TRAVAIL

82. Le principe de la liberté contractuelle et le monopole reconnu au contrat individuel comme source des rapports de travail reposaient sur le postulat de l'égalité des parties.

Les faits devaient rapidement démontrer qu'il y avait là une vue de l'esprit purement théorique. La discussion n'intervient pas entre «deux bons pères de famille», conçus *in abstracto* et discutant sur un pied d'égalité, mais entre un travailleur de condition sociale inférieure, économiquement faible, disposant de son seul salaire et ne pouvant attendre au lendemain et un patron mieux armé par son instruction, ses capitaux, son autorité morale, et qui, en fait, dictera ses conditions. Or, dans le contexte d'une économie libérale, le jeu de la concurrence contraint fatalement l'employeur à imposer de bas salaires et des conditions de travail rigoureuses afin de diminuer les frais généraux de l'entreprise et d'abaisser ainsi les prix de revient.

Faux dans son principe, le mythe de l'autonomie de la volonté devait conduire à une exploitation de la classe ouvrière au XIX<sup>e</sup> siècle que les historiens, les sociologues et les juristes ont souvent décrite. Bien qu'inspirés par des idéaux antagonistes, et poursuivant des objectifs différents, chrétiens-sociaux, solidaristes ou marxistes ont mené contre la doctrine libérale traditionnelle une attaque convergente. Grâce à une action politique que favorisaient le suffrage universel et la liberté de la presse, le principe de la liberté contractuelle a subi dans tous les domaines de graves atteintes que les traités de droit civil n'ont pas manqué de mettre en lumière.

Concernant plus précisément le contrat individuel de travail, les données mêmes du problème se sont trouvées entièrement modifiées par l'apparition et le développement progressif d'un droit du travail que caractérisent, nous l'avons vu, deux phénomènes majeurs: l'interventionnisme législatif, d'une part, la transposition de rapports,

demeurés jusque-là purement individuels, sur un plan collectif, au niveau de la profession ou de l'entreprise, d'autre part.

### § 1. INTERVENTION LÉGISLATIVE ET RÉGLEMENTAIRE

Par des réformes successives intervenues sans plan préétabli et au hasard des circonstances, la loi et le règlement se sont attaqués au principe de l'autonomie de la volonté, en limitant le libre choix des parties et en vidant la convention de son contenu.

#### 1° La réglementation de l'embauchage

83. Le libre choix des deux parties l'une par l'autre apparaissait comme la première et nécessaire conséquence découlant du principe de l'autonomie de la volonté. Il n'a existé pendant longtemps aucune organisation ni aucune réglementation étatique ou professionnelle du marché du travail. Tout employeur pouvait librement recruter la main d'oeuvre, quels que fussent l'âge, le sexe, ou la nationalité du salarié, la nature du travail à accomplir et les circonstances économiques.

À ce principe absolu de la liberté du travail des limitations importantes ont été progressivement apportées à la suite de nécessités à la fois sociales, tenant à la protection de la personne du salarié, et économiques, afin d'aboutir à une organisation rationnelle de la production et des échanges.

84. a) L'interventionnisme s'est tout d'abord traduit par des *restrictions apportées à l'embauchage*, sous la double forme d'interdictions et d'obligations. Interdiction relative à l'âge d'admission au travail de l'enfant, après sa libération de l'obligation scolaire: 14 ans actuellement, 16 ans à partir de 1967 (art. 2, livre II du code du travail).

Interdiction au profit de la femme salariée de travaux dangereux, excédant ses forces ou nuisibles à sa moralité. Stricte réglementation de l'embauchage des travailleurs étrangers, dûment autorisé, après délivrance d'une carte, pour telle forme d'activité professionnelle et dans telle région (ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création d'un office national d'immigration).

85. b) L'interventionnisme se manifestera de façon plus directe et accusée encore en imposant à l'inverse aux employeurs *l'obligation positive de réintégrer* les travailleurs de l'entreprise ayant quitté leur emploi à la suite de faits de guerre (ordonnance du 1<sup>er</sup> mai 1945 relative à la réintégration, au emploi et à la réadaptation des démobilisés, prisonniers, déportés et assimilés) ou même d'engager un certain pourcentage de salariés victimes de guerre ou pères de famille, bénéficiaires de priorités.

86. Une ordonnance du 24 mai 1945 concerne, selon son titre même, *le placement des travailleurs et le contrôle de l'emploi*. Elle répond avant tout à des préoccupations d'ordre économique: lutter contre le chômage et orienter le recrutement de la main-d'oeuvre conformément aux besoins de l'économie nationale. Il ne s'agit donc aucunement de restreindre la liberté du patron de choisir individuellement son employé — et réciproquement — mais d'adopter des mesures d'économie dirigée afin d'orienter la main-d'oeuvre vers les secteurs déficitaires et jugés essentiels.

a) Certes, l'ordonnance spécifie dans son article 1 que seuls les services administratifs de main-d'oeuvre sont habilités à effectuer le placement des travailleurs et que toute vacance d'emploi doit être indiquée par l'employeur ainsi que toute recherche par le salarié (78).

Mais si l'État se réserve ainsi en principe le monopole du placement, son intervention est en réalité facultative à un double point de vue. D'une part, l'embauchage direct — sans recourir à l'intermédiaire du service de main-d'oeuvre — est licite, et demeure pratiquement le plus utilisé, par voie de prospection ou d'annonces dans la presse. D'autre part, à supposer même que les intéressés aient recours au service de main-d'oeuvre, l'employeur n'est pas tenu à recruter le candidat présenté, ni ce dernier d'accepter (sous réserve de la perte de l'indemnité de chômage en l'absence de motif justifié).

b) L'ordonnance prévoit dans son titre II que tout embauchage doit être en principe autorisé par l'inspecteur du travail et de la main-d'oeuvre, dans les entreprises industrielles et commerciales. Autorisation purement administrative, à des fins économiques, sans incidence juridique sur la conclusion du contrat, et qui, en fait, n'est pas toujours sollicitée.

---

(78) Sur l'organisation et le fonctionnement des services de main-d'oeuvre, on consultera avec profit le rapport précité de Paul Durand sur *La protection des travailleurs en cas de perte de l'emploi*, p. 295.

## 2° La réglementation des conditions de travail

87. Au lieu d'être librement débattues par les parties, les conditions du travail sont désormais impérativement fixées par des textes législatifs et réglementaires. Le livre II du code du travail, source essentielle de la matière — complété par des centaines de textes réglementaires —, contient des dispositions détaillées concernant notamment la durée du travail (semaine de quarante heures avec possibilité d'heures supplémentaires dûment autorisées et à taux majoré), repos hebdomadaire, congés payés, mesures de sécurité et d'hygiène (78bis).

Il y a là un dispositif protecteur d'ordre public, auquel le contrat individuel de travail ne saurait déroger, sous peine de sanctions civiles et pénales.

Il en est de même de la créance de salaire, que sa fonction vitale au profit de l'ouvrier, ainsi que ses incidences sur l'économie générale font échapper au droit commun des obligations. Le législateur en fixe le minimum, prévoit les modalités du versement périodique en numéraire, justifié par un bulletin de paye détaillé, ainsi que les garanties vis-à-vis de l'employeur (interdiction des restrictions apportées à la compensation) de ses créanciers (privilège général) ou des créanciers du salarié (insaisissabilité). Il existe donc un régime juridique original du salaire, restreignant considérablement le rôle joué par la prévision contractuelle (cf. note 67).

Soulignons toutefois que ce caractère impératif de la prescription légale ou réglementaire étant principalement motivé par un souci de protection du travailleur ne s'oppose pas à l'adoption de conditions qui lui soient plus favorables.

---

(78bis) Une étude particulière doit être ultérieurement consacrée, dans le cadre de la présente collection, à la réglementation du travail.

Indiquons quelques dates essentielles.

C'est avec la troisième République que se développera réellement une législation des conditions du travail à un rythme accéléré.

La durée du travail des femmes et des enfants sera fixée à 11 puis à 10 heures par des lois du 2 novembre 1892 et du 30 mars 1900. La loi du 23 avril 1919 adoptera au profit de tous les travailleurs la journée de 8 heures. Le régime actuel de la semaine de 40 heures date de la loi du 21 juin 1936 (art. 6, livre II). La loi du 25 février 1946 limite à 20 heures par semaines les heures supplémentaires, en exigeant une autorisation de l'inspection du travail après avis des organisations syndicales ouvrières avec majoration du taux de 25 % jusqu'à 48 heures, de 50 % au-delà.

Quant au repos hebdomadaire accordé aux seuls enfants et aux femmes (lois du 22 mars 1841 et du 2 novembre 1892), il sera étendu à tous les travailleurs par une loi du 13 juillet 1906 (art. 31, livre II).

Les congés payés ont été institués par une loi du 20 juin 1936 (Art. 54 f à 54 n, livre II). Une loi du 27 mars 1956 en a porté la durée de 12 à 18 jours.

Le titre II du livre II est consacré à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs. Il ne se pose que des principes très généraux et la source de la matière se trouve dans de multiples textes réglementaires.

### 3° La résiliation du contrat de travail

88. Aux termes de l'ordonnance du 24 mai 1945, et par des mesures symétriques de celles prévues en matière d'embauchage, est institué un contrôle du licenciement. Une autorisation préalable de l'inspecteur du travail et de la main-d'oeuvre est exigée de l'industriel ou du commerçant, avant toute mesure de congédiement. Paul Durand, dans son rapport sur la stabilité de l'emploi en droit français<sup>(79)</sup>, n'a pas manqué toutefois de souligner le caractère purement administratif et économique d'une telle procédure, assortie de sanctions pénales, mais sans incidence juridique sur les rapports de droit privé entre employeur et salarié. Le congé donné en l'absence d'autorisation demeure valable, sert de point de départ au délai de préavis, et ne justifie pas à ce seul titre des dommages-intérêts pour rupture abusive<sup>(80)</sup>.

## § 2. INTERVENTION D'ORIGINE PROFESSIONNELLE

Pareille intervention s'est manifestée au niveau de la profession, par voie de convention collective, et à celui de l'entreprise, par voie d'accords d'entreprise ou d'établissement.

### 1° Conventions collectives

89. Les deux grandes sources traditionnelles du droit des obligations, dans le cadre du système juridique classique, sont constituées par le contrat individuel, d'une part, par la loi ou le règlement, d'autre part. La première technique, en faisant confiance à la volonté des parties, aboutit en fait, en matière de rapports de travail, à l'arbitraire patronal; la seconde, destinée à interdire de tels excès, lui substitue dans une certaine mesure l'arbitraire interventionniste de l'autorité publique. La convention collective apparaît comme une source originale, irréductible aux précédentes, adaptée aux données concrètes du monde du travail, et élaborée par le milieu professionnel intéressé lui-même.

Sous l'angle envisagé des restriction apportées au rôle du contrat individuel comme source des rapports de travail par l'apparition et l'extension considérable de la convention collective, une triple observation doit être présentée concernant sa conclusion, son domaine, et ses effets:

(79) p. 212.

(80) Voir *Répertoire de droit social Dalloz*, 1960, V. Emploi par G. H. Camerlynck.

90. 1° La convention « collective », justifiant par là ce qualificatif, est nécessairement conclue d'après l'article 31 a du livre I entre *syndicats de travailleurs*, d'une part, organisations patronales, plusieurs employeurs ou même un seul employeur, d'autre part.

Ce premier caractère de la convention collective — participation obligatoire d'organisations syndicales ouvrières — fait ressortir sa fonction historique essentielle: rétablir l'équilibre de forces indispensable au profit d'un salarié que la faiblesse de sa condition économique et sociale avait livré à l'exploitation du patron par le mécanisme juridique du contrat individuel de travail.

91. 2° C'est bien dans le domaine propre jusque-là réservé au seul contrat individuel que s'exerce la concurrence de la convention collective. « Accord relatif aux conditions de travail », suivant la définition même de l'article 31 a, elle précise les modalités suivant lesquelles devront être établis les contrats individuels souscrits dans les entreprises. En uniformisant ainsi les conditions observées dans la profession, elle remédie à la diversité et à la variabilité inhérentes au contrat de travail, en fonction inévitable du jeu de l'offre et de la demande sur le marché de l'emploi. Un tel phénomène se vérifie avec une évidence particulière concernant les conventions collectives signées par les organisations syndicales les plus représentatives et susceptibles d'extension par voie d'arrêté ministériel; à contenu vaste et compréhensif, elles doivent obligatoirement contenir des dispositions complètes concernant la réglementation des rapports individuels de travail.

92. 3° Les effets de la convention collective soulignent sa primauté à l'égard du contrat individuel.

a) La convention collective a tout d'abord un effet immédiat, du jour de son dépôt, concernant non seulement et de manière évidente les contrats de travail conclus après cette date, mais encore ceux passés antérieurement et en cours d'exécution. Il y a là un phénomène voisin de celui de l'effet immédiat des lois nouvelles en matière de droit du travail, auquel ne saurait faire échec le principe de l'autonomie de la volonté. Peu importe qu'il s'agisse d'un contrat de travail à durée déterminée, par lequel pourtant les parties avaient manifesté leur volonté de se lier à des conditions précises, pendant le délai prévu.

b) Se situant au-dessus du contrat individuel dans la hiérarchie des sources, la convention collective possède un effet impératif. Toute stipulation contraire d'un contrat individuel se trouve dépourvue de toute efficacité, à moins toutefois qu'elle ne prévoie des dispositions plus favorables au salarié que celles de la convention collective.

c) De façon remarquable, l'article 31 e stipule que, lorsque l'employeur est lié par une convention collective, celle-ci s'applique à tous les contrats de travail passés dans l'entreprise, fût-ce avec des ouvriers non membres de syndicats signataires et pour lesquels la convention collective demeure pourtant en théorie *res inter alios acta*. En cas d'extension de la convention collective par voie d'arrêté ministériel, celle-ci régit désormais toutes les entreprises de la profession, et donc tous les contrats qui s'y trouvent conclus.

Quittant le domaine de l'abstraction, il n'est pas sans intérêt d'indiquer brièvement quelques illustrations concrètes de cette action bénéfique de la convention collective tendant à remédier aux insuffisances du contrat individuel comme source de réglementation des rapports de travail: concernant la conclusion du contrat, la nécessité d'une lettre d'engagement de l'employeur et la réglementation de l'essai; en matière de rupture de contrat, réglementation du délai congé, institution de l'indemnité de licenciement, détermination de l'ordre des licenciements collectifs d'après l'ancienneté, les charges de famille et les qualités professionnelles; en matière de rémunération enfin, sur la base d'un salaire minimum du travailleur sans qualification, fixation des salaires à tous les échelons par le jeu de coefficients hiérarchiques afférents aux diverses qualifications professionnelles; octroi de primes et indemnités diverses, rémunération des jours fériés chômés, etc.

## 2° Accords d'entreprise ou d'établissement

93. Aux termes de l'article 31 n du livre 1,  
«des accords concernant un ou plusieurs établissements déterminés peuvent être conclus entre, d'une part, un employeur ou un groupement d'employeurs et, d'autre part, les représentants des syndicats les plus représentatifs du personnel de l'établissement ou des établissements intéressés».

Leur objet est d'adapter les conventions collectives au niveau de l'établissement. Dans cette mesure, l'accord d'établissement s'impose dans les relations individuelles entre employeur et salariés, et



les observations présentées à l'occasion de la convention collective conservent toute leur valeur.

On mentionnera dans un ordre voisin d'idées les accords d'entreprise prévus par l'ordonnance du 7 janvier 1959, tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise. Ce n'est donc pas au niveau du contrat individuel, mais bien sur le plan collectif de l'entreprise que se situe cette politique de rapprochement capital — travail.

### § 3. APPLICATION DE REGLES DU DROIT DU TRAVAIL A DES SITUATIONS NE DÉCOULANT PAS D'UN CONTRAT DE TRAVAIL

94. Pendant longtemps, le droit du travail a été considéré comme prenant sa source exclusive — et trouvant son fondement — dans le contrat de travail. Seule l'adoption de ce dernier (ou par assimilation du contrat d'apprentissage) déclenchait la mise en oeuvre du régime juridique protecteur institué par la loi au profit du salarié.

Cette coïncidence parfaite entre les notions de contrat de travail et de droit du travail s'est progressivement altérée, par l'utilisation de deux techniques: application de la réglementation du travail à des situations contractuelles ne découlant pas du contrat de travail, ou même en dehors de toute convention.

95. 1° La notion précise de contrat de travail implique — d'après la Cour de cassation — une subordination juridique du salarié à l'employeur. À défaut de cette subordination caractérisée, la qualification de ce contrat de travail doit être rejetée et, partant, le bénéfice de la législation du travail refusé au contractant qui fournit la prestation de service.

Un tel système — d'une parfaite rigueur logique en l'état des textes — aboutissait à des conséquences fâcheuses en privant d'une nécessaire protection celui qui, malgré l'absence de subordination juridique caractérisée, possède néanmoins la condition économique et sociale de *travailleur* dépendant. Parfois le législateur a alors décidé de baptiser impérativement contrat de travail la convention à laquelle ce qualificatif était auparavant refusé, tranchant ainsi d'autorité le problème (représentant de commerce) (voir n° 25). Par une autre technique — ce qui rejoint notre propos —, le code du travail étendra ses dispositions à des situations contractuelles, définies sur la base d'éléments objectifs, révélateurs d'une subordination au moins écono-

mique et débordant le cadre du contrat de travail (travailleurs à domicile, gérants de succursale) (voir n° 22 et 27).

Par une évolution encore plus accusée, le régime de la sécurité sociale s'est affranchi de la notion stricte de contrat de travail pour étendre le bénéfice de ses dispositions non seulement aux personnes salariées, mais à celles «travaillant à quelque titre que ce soit pour un employeur quelle que soit la nature de leur contrat» (art. 241. C.S.S.)

Parfois c'est un emprunt partiel au droit du travail qui s'effectuera au profit d'une convention voisine, tel le mandat: ainsi la loi du 16 décembre 1927 a reconnu aux agents d'assurances le bénéfice des dispositions du code du travail (art. 23, livre I) en cas de rupture du contrat.

96. 2° Une atteinte plus significative encore au monopole jusque-là réservé au contrat de travail comme source d'application de la législation du travail a été signalée par la doctrine: la réglementation protectrice a été étendue, en dehors de toute convention, par des lois intéressant la défense nationale, à divers travailleurs recrutés d'autorité, notamment aux affectés spéciaux et aux requis <sup>(81)</sup>.

## *Section II*

### **LE REJET DU CONTRAT DE TRAVAIL — RELATION DE TRAVAIL ET STATUT DU TRAVAILLEUR DANS L'ENTREPRISE**

#### **§ 1. LES THÉORIES DE LA RELATION DE TRAVAIL ET DE LA DÉTERMINATION DES RAPPORTS DE TRAVAIL DANS LE CADRE DE L'ENTREPRISE**

97. Les atteintes apportées à l'importance et au rôle du contrat individuel comme source normale des rapports de travail devaient trouver leur écho sur le plan doctrinal et provoquer l'apparition de conceptions nouvelles prenant le contrepied de la théorie libérale traditionnelle.

Déjà Georges Scelle, en 1927, reprenait les thèses de Duguit pour en faire application au contrat de travail:

«C'est un acte complexe dans lequel il y a accord de volontés: pour créer aux parties intervenantes des situations indivi-

---

(81) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 441.

duelles (créanciers ou débiteurs d'ouvrage ou de salaires); pour appliquer à des individus des situations générales ou des statuts, le statut d'employeur et le statut de salarié. Ces statuts ont un contenu qui très souvent est indépendant des volontés actuelles des intéressés. Ils sont fixés soit par la loi, soit par le règlement, soit par la convention collective. Il arrive même parfois que le statut soit réglé en tout ou partie par un acte unilatéral de l'une des volontés intervenantes: celle du patron. C'est alors le «règlement d'atelier» dont la nature objective est aussi nette que la convention collective. Le déclenchement de ces statuts et de leur contenu sur la tête des intervenants sera l'effet de la surveillance d'un acte condition qui n'est autre que l'embauchage.

L'embauchage est donc le ressort essentiel du pseudo contrat de travail . . . »<sup>(82)</sup>

98. Paul Durand devait apporter à son tour une contribution décisive par l'élaboration d'une théorie nouvelle de l'entreprise, rejetant la conception classique purement individualiste et contractuelle.

Sa pensée se relie étroitement aux conceptions philosophiques allemandes sur la relation de travail, qu'il analyse en détail dans son traité<sup>(83)</sup>, en soulignant lui-même cette filiation spirituelle. Conceptions qui rejettent la notion romaniste et individualiste du louage de services, mettent l'accent sur le caractère personnel des relations de travail qui, échappant au droit contractuel des rapports patrimoniaux, se situent dans l'entreprise, association dont les parties sont inséparables les unes des autres, et tirent leur valeur de leur union. L'entreprise forme un ensemble organique soumis à un statut objectif par le droit du travail. Le contrat individuel «préliminaire» ne crée pas la relation de travail mais s'efface devant elle: celle-ci se forme par un acte distinct et postérieur: l'entrée dans la communauté.

On comprend notamment dès lors que la validité du contrat de travail ne doit pas toujours être considérée comme une condition nécessaire pour l'application du droit du travail (cf. supra n° 58, la nullité du contrat de travail); que ce droit s'applique même à des rapports extra-contractuels que l'État crée par voie d'autorité (cf. supra n° 96), ainsi qu'aux travailleurs dont la sécurité et la santé sont en jeu, du seul fait de leur présence dans l'établissement.

---

(82) G. Scelle, *Précis élémentaire de législation industrielle* Sirey, 1927, p. 173.

(83) et (84) Paul Durand et A. Vitu, t. II, n°s 115 et s. Adde Despax, *L'entreprise et le droit*, p. 219 et s.

Paul Durand souligne les mérites d'une telle théorie, en harmonie avec le déclin incontestable du contrat de travail en droit positif français.

«Aucun obstacle grave n'empêche la transposition, en droit français, des principes sur lesquels repose la théorie de la relation de travail... Sous une terminologie différente, le concept de communauté organisée, sur laquelle repose la théorie de la relation de travail, se confond avec celui d'institution, familier à la doctrine française. On y retrouve les mêmes éléments: la combinaison de forces humaines et de moyens matériels, un ordre interne, une fin commune. L'incorporation dans la communauté n'est autre que l'adhésion à l'institution, et la relation de travail apparaît comme le lien juridique unissant, dans l'institution, le chef d'entreprise à chacun des membres de son personnel... » <sup>(84)</sup>.

99. Sur ces bases, Paul Durand édifiera une construction originale de l'entreprise qui doit s'analyser non en termes individualistes et contractuels, mais institutionnels et communautaires.

L'entreprise, fondée sur une évidente solidarité d'intérêts, constitue une communauté organisée et hiérarchisée sous l'autorité naturelle de son chef.

«L'employeur dispose comme chef d'entreprise de trois prérogatives: d'un pouvoir législatif, d'un pouvoir de direction et d'un pouvoir disciplinaire. Ainsi pourvue d'un législateur et d'un juge, l'entreprise rappelle la société politique... Le fondement des prérogatives du chef d'entreprise se trouve dans les responsabilités qu'il assume. Dans notre organisation économique, l'entrepreneur est chargé d'assurer la production et les échanges; il court le risque de l'exploitation et doit assurer le bien commun des membres de l'entreprise... » <sup>(85)</sup>

Constataion capitale à notre sens, car cette finalité supérieure de l'entreprise devrait alors conditionner et limiter les pouvoirs «fonctionnels» ainsi reconnus à son chef.

## § 2. EXAMEN CRITIQUE

100. Il ne saurait être question, dans le cadre limité de ce rapport, de procéder à l'analyse de la théorie de l'entreprise qui doit faire

<sup>(84)</sup> Cf. (83).

<sup>(85)</sup> P. Durand, t. I, n° 348.

l'objet dans cette collection d'une étude d'ensemble (voir le rapport déjà paru de Paul Durand sur l'aspect particulier de la représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise). Il convient seulement de rechercher dans quelle mesure l'intégration des travailleurs dans cette communauté organisée est venue retirer tout intérêt au contrat de travail comme source de la relation individuelle entre l'employeur et chacun des salariés.

Il est curieux de constater que la théorie institutionnelle de l'entreprise a soulevé des objections convergentes de la part d'auteurs qu'inspirent des tendances radicalement opposées. Feront toutes réserves — sans en nier l'intérêt — des auteurs comme A. Brun et Galland<sup>(86)</sup> soucieux de préserver la primauté du contrat individuel dans une économie capitaliste libérale.

Dans son ouvrage d'inspiration opposée, Gérard Lyon Caen rejettera également la conception institutionnelle, dans la mesure même où la solidarité d'intérêts qu'elle souligne et la finalité commune qu'elle prétend établir heurtent de front le postulat de la lutte des classes, de l'opposition irréductible capital-travail.

Pour l'auteur, l'entreprise n'est en réalité que «l'ensemble des contrats de travail».

J. Rivero et J. Savatier adoptent dans leur manuel une attitude nuancée à laquelle nous nous rallierons, en mettant toutefois un accent plus net sur le caractère encore largement théorique et doctrinal de la construction «institutionnelle» de l'entreprise, que le droit positif est loin d'avoir entièrement accueillie.

a) *Sur le plan économique et sociologique*, choisi comme base de départ par les tenants de la conception nouvelle

101. S'il existe certes, dans le malheur, une inévitable solidarité de fait entre les salariés et le chef d'entreprise atteint, elle cesse dès l'instant où la prospérité se traduit sous la forme de bénéfices accrus dont seul le dernier profite.

Cette relative solidarité est de plus démentie par une inévitable opposition d'intérêts entre salaire et profit, que masquent en partie l'unité de direction et la structure hiérarchique de l'entreprise.

Il convient à cet égard de ne pas confondre le phénomène sociologique de solidarité entre salariés d'une même entreprise — que consacrerait juridiquement la notion de «personnel» dûment représen-

---

(86) *Traité de droit du travail*, avant-propos.

té et qu'entraînera une indiscutable transposition sur un plan collectif de la revendication ouvrière — avec le problème de l'intégration de ce personnel dans l'entreprise.

De ce point de vue, il importe de souligner que dans le système français les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise sont élus par leurs camarades sur des listes établies par les syndicats les plus représentatifs et peuvent être révoqués par le corps électoral sur leur initiative. Cette articulation étroite avec le syndicat ouvrier, sur le plan de la profession, est dans une certaine mesure en contradiction avec l'autonomie et la cohésion reconnues à la cellule entreprise (rapprocher dans le même sens la conclusion des accords d'établissement, cf supra n° 93).

Aussi bien la «solidarité», au sens psychologique de ce terme, résulte-t-elle avant tout d'une prise de conscience entre membres du groupement de la communauté qui les unit. «Rien n'a été fait, durant de trop longues années, pour développer à l'égard de l'entreprise, chez les travailleurs, un sentiment quelconque d'appartenance, pour la raison que la majorité des chefs d'entreprise eux-mêmes ne voyaient nullement, dans leurs travailleurs, des collaborateurs, mais une masse indifférenciée d'éléments interchangeable. La structure purement capitaliste de l'entreprise et peut-être davantage encore la psychologie des cadres dirigeants de l'économie — souci du profit chez les capitalistes, préoccupation du seul rendement chez les techniciens — n'ont pas permis le développement d'un véritable esprit communautaire dans l'entreprise» (87).

#### b) *Sur le plan juridique et technique*

102. Il est incontestable, tout d'abord, que l'entreprise n'est pas juridiquement consacrée par le droit positif comme entité distincte, en ce sens qu'elle ne bénéficie pas de la personnalité morale. L'entreprise ne possède pas de patrimoine propre ni d'aptitude à contracter. Les créances et les dettes se rattachant à son fonctionnement, ainsi que les biens meubles ou immeubles nécessaires, figurent dans le patrimoine du chef d'entreprise et s'y confondent avec les autres éléments.

Sur le plan de l'organisation juridique et du fonctionnement effectif de l'entreprise, et quelles que soient les restrictions apportées aux pouvoirs de l'employeur, cette identification de l'entreprise avec son chef, qui en demeure le propriétaire et le maître et dont les rap-

(87) J. Rivero et J. Savatier, p. 93.

ports avec les salariés se situent essentiellement dans le cadre du contrat conclu avec chacun d'entre eux, se vérifie principalement à un triple point de vue :

1° Quoi qu'on ait pu soutenir ou souhaiter, le principe libéral traditionnel de la liberté se vérifie dans notre système actuel à l'origine même du contrat de travail, dans l'embauchage, puis dans le licenciement du salarié.

Le droit de résiliation unilatérale à tout moment dont bénéficie l'employeur demeure formellement consacré par les textes et strictement appliqué par la Cour suprême, dès l'instant où le travailleur n'apporte pas la preuve formelle et difficile à administrer du motif illicite (cf. supra n° 74). De cette communauté, à laquelle il est censé appartenir, le salarié peut donc être exclu à tout instant.

2° Sur le plan précis de l'élaboration du statut professionnel des salariés dans l'entreprise, le règlement intérieur qui en constitue la charte est en un premier temps rédigé par le patron; le salarié est censé s'y soumettre implicitement ensuite du fait de l'embauchage. Aux yeux de la Cour de cassation, cette adhésion demeure capitale, et les restrictions législatives apportées aux prérogatives de l'employeur concernant son élaboration (avis purement consultatif du comité d'entreprise et contrôle de légalité de l'inspecteur du travail) ou sa sanction n'ont point modifié la nature contractuelle du règlement intérieur.

Jurisprudence et doctrine ont certes reconnu au chef d'entreprise ès qualité un pouvoir disciplinaire sur l'ensemble de son personnel. Mais la notion même de pouvoir disciplinaire implique normalement que l'organe fonctionnel investi l'exerce pour assurer le bon ordre et l'efficacité d'une institution supérieure conformément au but qu'elle poursuit. La finalité même ainsi reconnue au pouvoir disciplinaire, et qui dépasse la personne de son titulaire, doit venir par suite en conditionner strictement l'exercice.

Or, le code du travail ne prévoit en réalité aucun droit commun disciplinaire de l'entreprise — énumérant notamment les infractions et les sanctions correspondantes — auquel son chef soit tenu de se conformer, ni aucune procédure qu'il soit contraint d'observer. Il s'est contenté, nous l'avons vu, de réglementer strictement l'amende.

La jurisprudence a vu dans la convention à laquelle le travailleur a adhéré — contrat individuel, règlement intérieur qui lui sert d'annexe, ou statut (cf. supra n° 30) — la source normale des mesures prises par l'employeur pour assurer la bonne marche de son entreprise.

Le juge, saisi en cas de litige, ne peut que s'incliner devant cette loi contractuelle, si sévère soit-elle, sans pouvoir la corriger ou la nuancer, en se contentant de vérifier si le fait incriminé répond à la définition de la faute, et si la sanction correspondante a bien été infligée, selon les formes éventuellement requises.

Poussant cette idée dans ses conséquences logiques, la jurisprudence a longtemps refusé à l'employeur de prononcer une sanction non prévue par la convention des parties; notamment d'utiliser la mise à pied si elle n'était pas formellement instituée par le règlement intérieur. À cet égard, toutefois, une évolution se dessine, et par une décision remarquée la Cour de cassation a reconnu le 16 juin 1945<sup>(88)</sup> que la mise à pied, même non prévue par la convention, pouvait être prononcée «en vertu du pouvoir disciplinaire inhérent à la qualité d'employeur». Par ailleurs, les décisions les plus récentes de la Cour suprême soulignent dans le même esprit que le juge doit vérifier «l'absence de fait constitutif d'un détournement de son but du pouvoir exercé par l'employeur dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise»<sup>(89)</sup>, formule empruntée au droit administratif et qui souligne la nature originale d'une telle prérogative.

Il semble néanmoins prématuré d'en conclure à la consécration par la jurisprudence française d'une notion institutionnelle de l'entreprise dont le chef bénéficierait en cette qualité d'une véritable «fonction». Il apparaît significatif à cet égard que les décisions précitées de la Cour de cassation, malgré la formule séduisante adoptée, ne se soient traduites en définitive que par la confirmation des prérogatives de l'employeur, et sans qu'aucune conséquence positive nouvelle en ait été tirée sur le plan de la protection des salariés. La notion de détournement de pouvoir ne paraît guère ouvrir plus de perspectives que la notion civiliste d'abus du droit. Aussi bien, au titre du libre exercice de son droit de résiliation unilatéral, l'employeur peut-il toujours prononcer la sanction majeure, le renvoi, ne fût-ce que pour une faute légère (cf. supra n° 74). Tout le système s'en trouve faussé.

Aux yeux de la Cour de cassation, l'employeur n'est aucunement un chef hiérarchique se situant dans un ensemble institutionnel dont il ne constituerait lui-même qu'un rouage supérieur. Le pouvoir disciplinaire permet en définitive à l'employeur, *dans une entreprise qui constitue sa propriété exclusive et qu'il gère à son gré*, d'adopter les mesures qu'il estime nécessaires à son fonctionnement. La convention

(88) *Droit social*, 1946, 427, n. P. D.

(89) Cass. soc. 6 novembre 1959, *J. C. P.* 1959, II, 11477; 15 décembre 1961, *J. C. P.* 1962, II, 12507, note R. L.



individuelle demeure encore la source juridique essentielle de l'autorité conférée à l'employeur sur un contractant qu'elle a pour objet même de subordonner. La sanction frappe le travailleur ayant méconnu les obligations nées de son contrat. Aussi bien dans une récente décision la Cour de cassation a-t-elle reconnu que l'employeur peut, s'il le préfère, négliger la procédure disciplinaire instituée par le règlement pour intenter une action en résolution du contrat individuel pour faute devant le Conseil de prud'hommes; par là se trouve rejetée la conception d'un statut disciplinaire collectif prédominant<sup>(90)</sup>.

3° Sur le plan de la gestion économique de l'entreprise, le principe posé par le préambule de la Constitution de 1946, suivant lequel les travailleurs devraient y être associés, est demeuré pratiquement lettre morte. Le comité bénéficie d'attributions purement consultatives et de caractère limité.

En économie capitaliste, le chef d'entreprise, étant seul responsable du risque ainsi assumé, bénéficie par suite corrélativement, selon la jurisprudence, du pouvoir discrétionnaire de la créer, de la modifier ou de la fermer. Quant à la gestion, le patron décide seul, sans accord à solliciter et sans comptes à rendre. En aucune circonstance, le juge ne saurait se substituer à lui pour apprécier l'opportunité ou le bien-fondé des mesures d'ordre économique ou technique, même si elles ont pour conséquence la résiliation de contrats de travail. Dans l'affaire Brinon, la Cour de cassation a nettement souligné que le chef d'une entreprise, l'ayant conduite à sa ruine par son incompétence et son impéritie, n'encourait de ce chef aucune responsabilité à l'égard de son personnel ayant été l'objet de ce fait d'un licenciement collectif. Il suffit qu'aient été respectées, à l'égard de chacun des salariés, les prescriptions du code du travail concernant les formes du congé et le délai de préavis<sup>(91)</sup>.

C'est donc dans le cadre du seul contrat individuel et des obligations limitées que la loi lui attache que doit être appréciée la responsabilité de l'employeur. Il n'est à aucun titre le gérant d'une entreprise communautaire, doté d'un pouvoir fonctionnel, et tenu d'en rendre compte au juge ou à la collectivité ouvrière.

Enfin, sur le plan financier de la participation collective au capital ou au profit, les essais «d'intéressement» des travailleurs sont encore demeurés sans grande portée.

(90) Cass. soc. 29 mars 1960, J. C. P. 1960, II, 11776, note G. H. C.

(91) Cass. soc. 31 mai 1956, D. 1958, I, 21, note Levasseur, *Droit social*, 1956, 489.

En définitive, cette communauté que constituerait l'entreprise n'a donc encore aucun organe propre assurant le recrutement et la stabilité de ses membres ou déterminant leur statut, contrôlant la gestion et la répartition des profits. *Licencié à bref délai au gré de l'employeur, juridiquement subordonné, le salarié ne fait pas partie de l'entreprise: il est à son service.*

103. Cette mise au point indispensable ayant été effectuée, la théorie institutionnelle de l'entreprise n'en demeure pas moins une construction doctrinale fertile en virtualités et qui permet seule de comprendre le sens de l'évolution, évolution que présagent l'institution des délégués du personnel, la création timide de comités d'entreprise, la structure des entreprises nationalisées, en flèche du progrès social, et les clauses des conventions collectives qui, sous des formes diverses, associent le personnel à la mise en oeuvre du statut professionnel et disciplinaire, à la gestion économique ou à la répartition du profit.

Comme le résumant en une formule heureuse J. Rivero et Savatier, après avoir exprimé leurs réserves, «c'est toutefois la notion d'entreprise qui paraît caractériser le plus exactement les orientations du droit positif: elle anticipe davantage qu'elle ne déforme».

## CONCLUSION

### *Rôle conservé par le contrat comme source des rapports de travail*

104. Tout en soulignant l'intérêt incontestable que présentait la théorie allemande de la relation de travail, Paul Durand lui-même n'a pas manqué de rappeler les critiques dont elle avait fait l'objet dans son pays d'origine même, et les réserves dont il convenait de l'assortir. L'importance qu'il attache à la notion d'entreprise — à ses yeux primordiale — ne l'empêche pas pourtant de conclure au rejet d'une théorie unitaire de la relation de travail déniait tout intérêt au contrat individuel, et une conciliation lui paraît nécessaire.

A divers égards, le rôle joué par le contrat individuel comme source réglemant les rapports de travail demeure en effet capital.

105. 1° Le libre choix des parties se manifeste à l'origine même du contrat de travail. L'intervention des services de main-d'oeuvre pré-

sente un caractère facultatif et subsidiaire. Même si cette conclusion entraîne nécessairement l'adhésion à un statut réglementaire et collectif largement préétabli, encore convient-il, comme le déclare excellemment Paul Durand, d'en rechercher la cause :

« Cette cause se trouve normalement dans un accord de volontés et l'on ne voit pas pourquoi cette convention, créatrice d'une obligation, ne mériterait pas le nom de contrat. De ce point de vue, l'importance attachée au contrat a une valeur psychologique. Le contrat manifeste l'engagement de deux volontés, libres de se lier et d'organiser, serait-ce dans une mesure limitée, leurs rapports respectifs. L'attachement au contrat marque, à la fois, le respect pour les droits de la personne et la répugnance pour les mesures autoritaires d'emploi de la main-d'oeuvre » (92).

106. 2° Sur le plan de la technique juridique, le contrat de travail — plus précisément la notion de subordination qui en constitue le fondement et le critère — sert de manière très générale et sauf les quelques distorsions signalées, à déterminer le champ normal d'application des dispositions protectrices de la législation du travail.

Notamment aux termes de l'article 1 du livre IV, les conseils de prud'hommes sont institués pour juger les différends qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de travail entre les patrons et les salariés. Avant de faire application des dispositions du droit du travail, ce problème préalable de qualification devra donc être résolu par le juge.

107. 3° Le contrat de travail demeure une source capitale en procédant à une ultime adaptation du statut individuel du salarié par la détermination de la qualification qui lui est attribuée et de la rémunération correspondante. Il constitue même une source prééminente dans la mesure où il améliore le sort du travailleur.

Par la hiérarchie des sources et leur intervention successive, le dynamisme du système est en effet orienté vers cette amélioration de la situation du salarié. Au sommet, la loi et le règlement fixent la condition « plancher » du travailleur au-dessous de laquelle il est impérativement interdit de descendre. Mais l'« ordre public social » n'interdit pas, bien au contraire, les dispositions plus avantageuses encore qui seraient consenties par le contrat individuel. Dans la pratique, la négociation contractuelle continue à jouer un rôle important

---

(92) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 120.

dans de nombreux secteurs professionnels et pour les employés supérieurs.

Sur le plan des rapports collectifs, la même observation se vérifie. Par une disposition capitale, l'article 31 e du livre I du code du travail dispose en effet que «dans tout établissement compris dans le champ d'application d'une convention collective, les dispositions de cette convention s'imposent, sauf dispositions plus favorables aux rapports nés des contrats individuels». De façon remarquable, la loi de l'offre et de la demande continuera à jouer sur le marché du travail, mais dans le sens exclusif d'une concurrence patronale et d'une surenchère possible au profit du salarié. Les salaires pratiqués seront souvent nettement supérieurs aux salaires minima prévus par la convention collective.

Quoique moins aperçu par la doctrine, ce rôle protecteur du contrat de travail se vérifie également en matière de conflits collectifs. En cas de grève, le contrat de travail de chacun des salariés grévistes se trouve impérativement maintenu à son profit, par le jeu d'une suspension temporaire.

Par contre, dans l'hypothèse de lock-out par l'employeur, chaque salarié victime de la mesure de fermeture se voit reconnaître le droit d'intenter devant le Conseil de prud'hommes une action en dommages-intérêts pour brusque interruption du contrat<sup>(93)</sup>. L'employeur n'échappera à la condamnation qu'en démontrant soit la force majeure exonératoire, soit la faute personnelle antérieure commise par le salarié et constituant la violation de ses obligations contractuelles (telle la participation à une grève perlée); le lock-out apparaissant dès lors comme le recours légitime par l'employeur à l'exception d'inexécution. Sinon, contrairement à la doctrine dominante, la jurisprudence considère que le lock-out est illicite comme constituant la violation du contrat individuel et des obligations impératives que le droit du travail en fait découler<sup>(94)</sup>. Aux yeux de la Cour de cassation, aucun texte, aucun principe ne permet à l'employeur de priver le salarié de la protection que constitue à son profit le contrat, de la continuité qu'il institue, du préavis et des indemnités en cas de rupture. C'est bien là la signification profonde d'une telle jurisprudence.

*En définitive, la transposition des rapports de travail sur le plan collectif a vocation d'améliorer le statut contractuel individuel: jamais elle ne saurait en réduire les avantages.*

(93) Cass. soc. 26 novembre 1959, Airault contre Papeteries du Limousin; 24 mai 1960, Société foncière et minière stéphanoise contre Prot et autres.

(94) G. H. Camerlynck, *La Cour de cassation et le lock-out D*, 1960, I, XXIII.

---

Pendant plusieurs siècles, le contrat de travail a constitué en économie capitaliste un procédé d'exploitation du salarié. Une évolution bénéfique le réhabilite: encadré à sa juste place, dans les structures renouées du droit du travail, il est devenu, dans une certaine mesure, au profit du travailleur, un instrument de protection et de progrès social.

*Février 1962*



LE CONTRAT DE TRAVAIL  
EN DROIT ITALIEN

par

LUIGI MENGONI

*Professeur de droit du travail à l'université catholique de Milan*





## TABLE DES MATIÈRES

<i>Introduction</i> . . . . .	421
1. <i>Origine de la notion de contrat de travail</i> . . . . .	421
2. <i>Délimitation de cette nouvelle institution juridique</i> . . . . .	421
3. <i>Le contrat de travail se détache de la conception romains du louage, pour affirmer le caractère essentiellement personnel du travail</i> . . . . .	423
4. <i>Le contrat de travail reste toutefois un contrat d'échange.</i>	427
5. <i>Suite: Raisons du maintien de l'idée de l'échange dans le concept positif du contrat de travail</i> . . . . .	428
6. <i>Les deux lignes directrices fondamentales du développement de l'institution juridique moderne du contrat de travail</i>	432
<b>CHAPITRE I — LE CONTRAT DE TRAVAIL</b> . . . . .	434
<b>Section I - La notion de contrat de travail</b> . . . . .	434
7. <i>La définition législative du «travailleur subordonné» se ramène à la définition du contrat de travail.</i> . . . . .	434
8. <i>Les éléments de la définition donnée par l'article 2094 c. c. Insuffisance de l'élément de la «collaboration» pour définir une notion unitaire de contrat de travail</i> . . . . .	435
9. <i>La cause onéreuse de l'échange. Distinction entre contrat de travail et contrat de type associatif ou contrat de société</i>	438
10. <i>La faciendi necessitas. Distinction entre contrat de travail et contrats de vente, de fournitures et de louage. Insuffisance du critère de l'objet pour distinguer le contrat de travail des contrats de mandat, de dépôt et surtout du contrat d'ouvrage</i> . . . . .	439
11. <i>La subordination, élément caractéristique du contrat de travail. Caractères de la subordination technique et personnelle</i> . . . . .	444
12. <i>L'incidence du risque sur l'employeur n'est qu'un aspect économique de la subordination. Distinction entre contrat de travail avec rémunération à la tâche et contrat d'ouvrage</i> . . . . .	449
13. <i>Contrats de travail spéciaux: gens de mer, travailleurs à domicile, travailleurs domestiques, apprentis</i> . . . . .	451
14. <i>La preuve du contrat de travail</i> . . . . .	454

15. <i>Applicabilité des dispositions du code civil (ou des lois complémentaires) aux travailleurs dépendant d'organismes publics</i> . . . . .	456
16. <i>Prestations de travail sur la base de rapports non contractuels</i> . . . . .	457
 Section II - <i>Éléments du contrat de travail</i> . . . . .	 458
§ 1. <i>Éléments essentiels</i> . . . . .	458
17. <i>Introduction</i> . . . . .	458
18. <i>Conditions subjectives: capacité juridique</i> . . . . .	459
19. <i>Suite: Capacité d'agir</i> . . . . .	462
20. <i>Conditions objectives. Le problème de l'aptitude physio-technique du travailleur au regard de la condition de possibilité de la prestation</i> . . . . .	463
21. <i>Suite: La théorie des qualifications et des catégories de travailleurs au regard de la condition du caractère déterminé ou déterminable de la prestation</i> . . . . .	466
22. <i>Suite: Le pouvoir d'arbitrage de l'autorité judiciaire pour fixation de la rémunération, à défaut d'accord entre les parties</i> . . . . .	472
23. <i>Éléments constitutifs du contrat. La forme</i> . . . . .	473
24. <i>La volonté. Remarques sur la simulation dans le contrat de travail</i> . . . . .	474
25. <i>La cause</i> . . . . .	474
26. <i>Suite: Illicéité de la cause ou du motif</i> . . . . .	477
27. <i>Illicéité du contrat de travail pour violation de la loi. Interdiction de l'interposition de personnes entre l'employeur et les travailleurs engagés pour l'exploitation de l'entreprise</i> . . . . .	478
 § 2. <i>Éléments accidentels</i> . . . . .	 481
28. <i>La condition. La clause de l'essai</i> . . . . .	481
29. <i>Le terme. Le contrat de travail avec clause de stabilité de l'emploi</i> . . . . .	482
 CHAPITRE II — <i>LE RAPPORT DE TRAVAIL</i> . . . . .	 486
Section I - <i>Aspect contractuel du rapport</i> . . . . .	486
30. <i>Définition et division du sujet</i> . . . . .	486

31. Les obligations de prestation (principales et complémentaires). Le devoir de diligence, modalité de la prestation de travail. Le devoir d'obéissance du travailleur et le pouvoir correspondant de direction et de discipline de l'employeur. La qualification, limite du pouvoir de direction de l'employeur. Le jus variandi de l'employeur . . . . .	487
32. Les obligations (réciproques) de correction . . . . .	490
 Section II. - Aspect institutionnel du rapport . . . . .	 494
33. Dans le droit italien actuel, l'idée de la communauté d'entreprise en tant que source d'obligations juridiques n'a que la valeur d'un programme . . . . .	495
34. L'incorporation du travailleur dans une organisation d'entreprise, critère de spécification et d'extension de la notion de subordination . . . . .	496
 Section III - La cessation du rapport . . . . .	 498
35. Distinction des causes d'extinction du rapport de travail	498
36. A) Causes d'extinction liées à la nature du rapport en tant que rapport à exécution successive . . . . .	498
37. B) Causes d'extinction liées à la nature du rapport en tant que rapport synallagmatique . . . . .	499
38. C) Causes d'extinction liées à un accord des parties . . . . .	503
39. D) Causes d'extinction liées à la disparation de l'une des parties . . . . .	504
40. Changement de l'objet: il n'entraîne pas violation du rapport de travail . . . . .	504
41. Indemnité d'ancienneté. Renvoi . . . . .	505
42. Restitution du livret de travail. Certificat de travail . . . . .	505
  CHAPITRE III — LE RÔLE DU CONTRAT DE TRAVAIL EN TANT QUE SOURCE DU RAPPORT DE TRAVAIL . . . . .	  506
43. Division du problème . . . . .	506
 Section I - Le déclin du principe de l'autonomie individuelle en tant que source du rapport de travail . . . . .	 506

§ 1. Intervention du législateur . . . . .	506
44. Limites concernant la constitution du rapport . . . . .	508
45. Limites concernant le contenu du rapport . . . . .	510
46. Limites concernant la résolution du rapport . . . . .	510
§ 2. Intervention de l'autonomie collective . . . . .	510
47. Conventions collectives de secteur et conventions collec- tives d'entreprise . . . . .	510
§ 3. Extension de règles du droit du travail à des rapports ne découlant pas d'un contrat de travail . . . . .	511
48. Tendance à l'expansion du droit du travail . . . . .	511
Section II - Le contrat de travail, source exclusive du rapport du travail. Rejet de la doctrine anticontractuelle du rapport de travail . . . . .	514
49. Le contrat de travail est suffisant pour la constitution du rapport de travail. Rejet de la théorie institutionnelle . . . . .	514
50. Le contrat de travail est nécessaire. Exception apparente de l'article 2126 c. c. dans les cas de prestation effective de travail sur la base d'un contrat non valide . . . . .	516
51. Suite: La prestation effective du travail dans les cas de nul- lité du contrat pour violation de l'interdiction d'inter- position de personnes . . . . .	520
52. La doctrine du contrat par adhésion . . . . .	521

## INTRODUCTION

1. La notion de «contrat de travail», inconnue du premier code unitaire (1865), apparaît dans la législation et la doctrine italienne vers la fin du siècle dernier. L'*Enciclopedia giuridica italiana* (1887) contient déjà la rubrique «contrat de travail» et cette expression reparaît à l'article 8 de la loi n° 215 du 15 juin 1893 sur les prud'hommes. Plus tard, en 1901 (une année avant la publication en Allemagne du premier tome de l'oeuvre capitale de Lotmar), Lodovico Barassi, fondateur de la science du droit du travail en Italie, publiait la première édition de *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* (1) et, le 26 novembre 1902, un projet de loi sur le «contrat de travail» était déposé à la Chambre des députés. C'est à partir de cette époque que l'expression est devenue d'usage courant, également dans la jurisprudence.

Mais la notion de contrat de travail est longtemps demeurée incertaine en ce qui concerne tant sa signification que ses rapports avec le louage, réglementé par les articles 1568 et suivants du code civil de 1865, lequel, sur les traces du code Napoléon (art. 1708 et s.) distinguait entre «louage des choses» et «louage d'ouvrage» ou «louage d'ouvrage et d'industrie».

2. L'incertitude concernant la délimitation de la nouvelle notion juridique était entretenue par la terminologie même. Empruntée, comme on le sait, à la science économique, l'expression «contrat de travail» présente en langage juridique un grave défaut. Elle indique seulement, et de façon très générale, l'objet du contrat, tandis que la dénomination d'un contrat doit être choisie de façon à permettre

---

(1) La seconde édition, entièrement remaniée, fut publiée à Milan dans deux volumes portant respectivement les dates de 1915 et 1917.

d'identifier la nature du contrat, c'est-à-dire le rapport que les parties entendent régler et, du même coup, la cause du contrat. Ainsi s'explique que l'expression «contrat de travail» ait pu à l'origine être entendue dans les sens les plus divers, du plus restreint au plus large. Aux premiers temps de la législation sociale, elle a été utilisée dans un sens très limité pour désigner le travail principalement manuel coïncidant à la notion, alors très employée, du «contrat de salarié».

C'est dans le même ordre d'idées que se situait le projet de loi précité de 1902, aux termes duquel «le contrat de travail, objet de la présente loi, est celui par lequel un ouvrier ou tout autre travailleur *manuel* etc.». Pour les prestations principalement intellectuelles (c'est-à-dire autres que de simple main-d'œuvre), on a adopté plus tard l'expression de «contrat d'emploi privé» (décret-loi n° 112 du 9 février 1919, substitué par le décret-loi n° 1525 du 13 novembre 1924). Au contraire, parmi les auteurs, Barassi (comme Lotmar en Allemagne) attribuait à l'expression «contrat de travail» une signification extrêmement large, tirée par abstraction d'une série de types de contrats réglementés par la loi et ayant pour objet toute espèce d'activité rémunérée, tant subordonnée qu'autonome<sup>(2)</sup>. Dans cette acception, qui «ne renseigne pas sur la classe économique à laquelle appartient la personne débitrice du travail»<sup>(3)</sup>, le contrat de travail représente non pas une espèce mais un genre, et englobe non seulement les rapports correspondant aux concepts romains de la *locatio operarum* et de la *locatio operis*, mais également le mandat à titre onéreux (avec ses variétés que sont la commission et la «spedizione» (commission de transport), le contrat de représentation, («contratto d'agenzia»: agente = représentant de commerce), le contrat de courtage et de dépôt à titre onéreux. Il s'agit en somme de tout contrat impliquant l'exercice d'une activité dans l'intérêt d'autrui contre rémunération.

Entre ces deux positions extrêmes, les auteurs se sont par la suite toujours davantage orientés vers une interprétation intermédiaire du contrat de travail<sup>(4)</sup>. La notion restrictive, propre aux lois spéciales qui marquèrent le début de la législation sociale moderne, était liée à des conceptions politiques désormais périmées. Les premiers textes de la nouvelle législation du travail traduisaient la

(2) Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, vol. I, Leipzig, 1902, p. 53, 264 et s.; vol. II, Leipzig, 1908, p. 920 et s.; Barassi, *Il contratto di lavoro*, 2<sup>e</sup> éd. cit., vol. I, p. 9 et s., 595 et s.

(3) Barassi, *op. cit.*, I, p. 13; voir également Lotmar, *op. cit.*, I, p. 56.

(4) Corrado, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, s. d. (1956), p. 6.

volonté politique de faire intervenir l'État pour protéger les classes laborieuses les plus humbles et les moins aptes à se défendre contre la prépondérance économique des employeurs. On comprend donc que ces lois aient tendu à utiliser l'expression «contrat de travail» pour désigner l'objet principal de la protection qu'elles instituaient, à savoir le travail manuel (spécialement dans l'industrie). Une fois dépassé ce premier stade, la définition du contrat de travail ne pouvait plus rester liée à des critères d'inspiration sociologico-politique, mais devait reposer sur un critère plus proprement juridique; il fallait à cet effet identifier un trait particulier au rapport de travail, susceptible de le caractériser au regard des autres rapports d'échange et de lui donner une qualification juridique propre et spécifique. Ce trait particulier, s'il ne pouvait être constitué par l'appartenance du travailleur à une classe socio-économique donnée, ni par son intégration à une organisation d'entreprise, ne pouvait pas davantage consister dans le simple fait que le travail est destiné, moyennant promesse de récompense, à la satisfaction d'un besoin d'autrui, comme le voulaient les adeptes de la notion large de contrat de travail dont il a été question plus haut. Il s'agit d'un élément trop général, commun à toute une série de types de contrats hétérogènes tant par la nature de la prestation promise par le travailleur que par les modalités d'exécution de cette prestation. De ce point de vue, parmi les différents contrats à titre onéreux qui engagent en quelque manière la capacité de travail de l'une des parties, on peut en distinguer un qui s'oppose à tous les autres par la particularité suivante: le travailleur s'oblige (contre rémunération) à effectuer un travail déterminé de façon générale (par référence à une qualification professionnelle ou à un poste de travail), abandonnant à l'autre partie le pouvoir de spécifier le contenu et les modalités de l'activité imposée et de l'orienter vers un résultat sur lequel le travailleur n'a aucun contrôle et qui demeure étranger au rapport d'obligation né du contrat. En bref, le travailleur promet, dans les limites d'une qualification professionnelle donnée ou de la description d'un poste de travail donné, de déployer son énergie au service et sous la direction de l'autre partie (employeur). C'est dans ces termes, qui devront naturellement être précisés, que la notion de contrat de travail a été fixée par le nouveau code civil de 1942.

3. La substitution de la notion de contrat de travail au concept traditionnel de louage d'ouvrage posait non seulement la question de la portée de la notion nouvelle par rapport à l'ancienne, mais

également et toujours en rapport avec le louage, la question de la nature du contrat de travail. En tant qu'il implique un échange, le contrat de travail peut-il être juridiquement assimilé au louage de choses, ou bien est-il une notion autonome, irréductible au louage?

Certes, dans le code Napoléon et dans le code italien de 1865, la subdivision du louage en louage de choses et louage d'ouvrage et d'industrie, empruntée à la doctrine de Pothier, est dans la ligne du droit romain. Mais il est vrai aussi que la filiation est purement formelle, car l'identité de forme masque une profonde différence de substance. Comme l'a expliqué Deschamp, la *locatio operarum* romaine n'est rien d'autre qu'une extension (et, comme l'ajoutait Carnelutti, une déformation) de la *locatio hominis (servi)*. Les légistes romains ont façonné le contrat de travail des hommes libres sur le modèle du contrat par lequel le *dominus* accordait temporairement à autrui, moyennant dédommagement, la jouissance d'un esclave. Aux yeux des Romains, l'homme libre qui se met au service d'un autre contre récompense abaisse sa propre condition, *locat se* comme le *dominus* de l'esclave *locat servum*, ce qui explique pourquoi Cicéron voit dans la *merces* un *auctoramentum servitutis*. Cette idée se reflète fidèlement dans la célèbre définition d'Azoué: «est autem locatio personae reive ad usum facta concessio» (5).

Si dans la conception romaine la *locatio operarum* exprime l'idée que le travail mercenaire ravale la condition de l'homme libre, au contraire dans les codes inspirés de l'idéologie révolutionnaire de 1789 la même notion subit une radicale «substitution de contenu». Elle est considérée comme moyen de sauvegarder la liberté de tous liens (selon la nouvelle notion définie par Benjamin Constant dans le célèbre discours prononcé en 1819 à l'Athénée de Paris) (6), par opposition aux structures corporatives et mercantilistes de la période antérieure à la Révolution. Dans le système corporatif de l'ancien régime, le travail n'était pas libre. Il ne pouvait se dérouler qu'à l'intérieur d'une corporation professionnelle, dans laquelle le travailleur salarié se trouvait dans une position de subordination hiérarchique à l'égard des maîtres artisans. Les juristes du droit intermédiaire s'en tiennent, pour le rapport de travail, au modèle romain du louage; mais, en réalité, plus que d'un rapport

(5) Carnelutti, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici* (II). *Natura del contratto di lavoro*, dans *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 384-385.

(6) B. Constant, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. Cet ouvrage célèbre de Constant n'a pas été inclus dans le récent volume de la «Pléiade». Il se trouve, au contraire, dans B. Constant, édité par Carlo Cordié, Hoepli, Milan, 1946, p. 201-238.



d'échange, il s'agissait d'un lien de nature personnelle, fondé sur l'appartenance à une institution autoritaire, à un corps social (la corporation) hiérarchiquement organisé. La révolution industrielle, soutenue par l'idéal de liberté et d'égalité qui inspire la révolution politique, rompit ces liens et dépersonnalisa le rapport de travail. Dans la nouvelle société économique, divisée non plus verticalement en industries, mais horizontalement en chefs d'entreprise capitalistes et salariés prolétaires, le rapport de travail devint un simple rapport d'échange ayant pour objet le travail considéré comme un bien de rencontre de la demande et de l'offre. Cette forme, imposée par les exigences du nouveau système économique, trouva une correspondance parfaite dans l'idéologie politique et sociale alors triomphante. Caractérisée par une subordination personnelle et hiérarchique du travailleur, la structure médiévale du rapport de travail apparaissait inconciliable avec la notion nouvelle, nettement individualiste, de liberté. On ne pouvait affranchir le travailleur de tous liens qu'en le plaçant dans la position de quelqu'un qui a quelque chose à vendre et que seul le besoin d'échange pousse à sortir de sa sphère individuelle de liberté pour conclure un contrat avec d'autres.

Si le code Napoléon et, après lui, le code italien de 1865 ont préféré maintenir le rapport de travail dans le cadre du louage plutôt que de le rattacher à la vente, comme le voulaient les économistes, c'est que la législation ne saurait abstraire le travail de la personne du travailleur aussi radicalement que peut le faire la pensée économique. A des juristes formés à la logique du droit romain, l'application de la notion de vente aux énergies humaines ne pouvait sembler acceptable, attendu que «*operae in rerum natura non sunt*» (D. 38, 1, 9, pr.). Au contraire, l'idée de louage était de nature à refléter le caractère essentiellement continu et en même temps temporaire du rapport de travail, d'où il résulte que le temps ou, plus exactement, la durée est la mesure quantitative ou la dimension de la prestation de travail (*operae*). Le rattachement au louage, qui précisément s'inspire de ce caractère, a été à la base de la seule règle de fond que, pour protéger la liberté personnelle du travailleur, les deux codes consacrent au rapport de travail. Il s'agit de la règle énoncée respectivement aux articles 1780 et 1628 («on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée») (7), d'où la doctrine a conclu du droit de chacune

---

(7) L'autre règle formulée par l'article 1781 du code (et abrogée par la loi du 2 août 1868) concernait le problème de procédure de la preuve et ne fut pas reprise dans le code italien de 1865.

des parties de résilier *ad nutum* le contrat de travail à durée indéterminée. Pour tout le reste, la justice du rapport était laissée au libre jeu des règles régissant le contrat privé entre le travailleur et l'employeur, en conformité du principe sacré selon lequel «qui dit contractuel dit juste».

Mais l'égalité formelle face à la concurrence, quand elle ne s'appuie pas sur une certaine égalité de pouvoir économique, ne prépare pas les voies de la justice; elle conduit à la victoire du plus fort. La liberté d'échange devient un vain mot quand l'une des parties n'est pas en mesure de résister au besoin d'échange ou, comme disent les économistes, ne dispose pas d'un prix de réserve. C'est dans cette situation que le travailleur s'est trouvé dans la société nouvelle: finalement libre, mais isolé et économiquement faible. Les conséquences pour les classes prolétaires de la conception rénovée du rapport de travail, en tant que rapport d'échange réglé par la «main invisible», sont trop connues pour qu'il soit nécessaire d'y revenir. En réalité, l'offre individuelle de travail ne réalise pas les conditions normales de concurrence, mais engendre une situation d'«usure économique», qui profite à l'employeur et se traduit par la fixation d'un taux de salaire inférieur à la valeur du produit net de la main-d'œuvre, c'est-à-dire par l'exploitation du travailleur<sup>(8)</sup>.

Le type moderne du contrat de travail a précisément son point de départ dans une attitude critique à l'égard des idées sous l'influence desquelles on en était revenu à la conception du louage. Cette attitude ne s'explique pas seulement par un souci de rigueur logique, ni par une critique purement dogmatique. Ce sont des nécessités plus profondes d'ordre éthico-social qui ont obligé à reconsidérer la qualification juridique du rapport pour la distinguer de celle des autres rapports d'échange et serrer de plus près la réalité humaine du rapport. La notion de *locatio operarum* implique une abstraction. En réalité, le travail n'existe pas, mais il y a des hommes qui travaillent. Dans son rapport avec l'employeur, le travailleur n'engage pas un élément de son patrimoine distinct de sa personne, il engage sa personne même. Il ne met pas en jeu ce qu'il a, mais ce qu'il est<sup>(9)</sup>.

(8) Marshall, *Le leghe opergie* (trad. it.) dans *Nuova collana di economisti*, XI (*Lavoro*) Turin, 1936, p. 159 et s.

(9) Santoro-Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, dans *Il diritto del lavoro*, 1948, I, p. 273 et s. (actuellement dans *Saggi di diritto civile*, Naples, 1961, vol. II, p. 1069-1071.

Telle est l'observation fondamentale sur la base de laquelle Lotmar a élaboré le contrat de travail en tant que mécanisme original distinct du louage, en tant que produit du développement d'un droit moderne du travail, essentiellement fondé sur le caractère personnel du travail. :«im essentiellen Tatbestand, den man Arbeitsvertrag nennt, liegt auf Seiten des Arbeitnehmers nicht ein Einsatz von Vermögen, sondern ein *Einsatz der Person*»<sup>(10)</sup>. A Lotmar les auteurs italiens, ratifiant le jugement d'Einzheimer, reconnaissent volontiers le mérite d'avoir «séparé le droit du travail du droit des choses»<sup>(11)</sup>.

4. En retranchant le contrat de travail du nombre des contrats de louage, le code de 1942, s'il consacre la revalorisation sur le plan juridique du caractère personnel du travail, n'implique pas pour autant l'abandon de l'interprétation objective du travail en tant que bien d'échange. En vérité, le système établi par le nouveau code italien pourrait à première vue apparaître comme le signe d'une évolution dans les sens d'un retranchement plus radical du rapport de travail de la catégorie générale des contrats d'échange. Le code ne définit pas le contrat de travail, mais le «travailleur» en le qualifiant de «collaborateur» du chef d'entreprise (art. 2086, 2094). Il ne traite pas du rapport de travail au livre «Des obligations», où sont réglementés les contrats d'échange, mais au livre «Du travail», axé sur la notion d'entreprise. Le rapport ministériel (n° 806) explique que cette nouvelle orientation est destinée à développer sur le plan juridique un principe qui était jusqu'alors demeuré à l'état de simple postulat politique: «le travail non plus objet, mais sujet de l'économie». En droit du travail, l'accent semble s'être ainsi déplacé du contrat vers le statut du travailleur en tant que collaborateur (subordonné) du chef d'entreprise dans l'organisation de production de l'entreprise. Effectivement, cette manière de voir est confirmée par certains éléments des dispositions fondamentales du code. Le lien normatif entre la situation de chef d'entreprise et celle d'employeur qui, dans la conception classique, étaient entièrement séparées, la définition de la subordination (trait caractéristique du rapport de travail) en tant que dépendance hiérarchique à l'égard du chef de l'entreprise, avec pour conséquence la reconnaissance à ce dernier d'un droit de commandement et d'un pouvoir disciplinaire, parallèlement au devoir d'obéissance imposé au travailleur indépen-

(10) Lotmar, *Arbeitsvertrag*, I, p. 7.

(11) Einzheimer, *Ein Rechtssystem der Arbeit*, dans *Archiv für bürgerliches Recht*, 1910 (vol. 34), p. 314.

damment de l'obligation de travail, tous ces éléments sont autant de manifestations du caractère personnel imprimé au rapport de travail et du fait que le régime juridique met l'accent non plus sur les *operae* considérés objectivement, mais sur la personne du travailleur.

L'importance des considérations précédentes ne doit cependant pas être surestimée. Quant au fond, le nouveau code s'en tient au contrat de travail, conçu comme contrat d'échange et envisagé non pas simplement comme un élément accessoire, destiné à fournir le moyen normal d'intégrer le travailleur à l'entreprise, mais comme la source du rapport de travail, que celui-ci soit ou non inhérent à l'exploitation d'une entreprise.

Ainsi, dans la nouvelle réglementation, on voit converger deux idées antithétiques, qui confèrent au rapport de travail un caractère mixte, à la fois patrimonial et personnel. D'un côté, l'idée classique du travail, objectivement considéré comme bien d'échange ayant un prix de marché; de l'autre, le travail en tant qu'émanation de la personnalité du travailleur et, de ce fait, en tant qu'expression d'un lien personnel de collaboration d'homme à homme. Le droit du travail a pour tâche de surmonter continuellement cette antithèse, d'où sa place spéciale dans le droit et son incessante fluidité; d'où la difficulté pour le juriste de trouver de nouveaux instruments d'appréciation, qui puissent convenir à ce rameau jeune et vigoureux du droit privé.

5. Il faut s'efforcer de comprendre les raisons pour lesquelles le droit du travail s'est trouvé dans une situation intermédiaire, pour ainsi dire en équilibre instable, entre le droit des biens et le droit des personnes. Il existe, à notre avis, deux raisons: la première tient aux changements intervenus dans la structure de l'entreprise capitaliste moderne, la seconde découle du fait que le phénomène social du travail subordonné a une extension plus grande que le phénomène de l'entreprise.

Incontestablement, on l'a déjà observé, le passage de la *locatio operarum* romaine à la notion de contrat de travail, bien que présenté par les auteurs (d'après les règles de la méthode formelle) comme le résultat d'une révision relevant de la technique juridique (c'est-à-dire comme une opération de «Begriffsjurisprudenz»), a été, dans sa signification la plus profonde, accéléré par les nouveaux courants de la pensée économique, sociale et politique qui se sont développés au siècle dernier. Ces courants s'opposaient à la philosophie individualiste de la société libérale et à la conception égale-

ment individualiste que les économistes classiques se faisaient du travail et qui, dans ses dernières conséquences logiques, se ramenait à un attentat à l'intégrité de la personnalité juridique du travailleur. L'évolution de l'appréciation juridique du rapport de travail constitue un aspect ou, si l'on préfère, une conséquence du passage de l'État libéral, expression d'une société du type individualiste, confiante en l'existence d'un équilibre naturel des rapports sociaux, à l'État démocratique, expression d'une société fondée sur le principe de solidarité, c'est-à-dire conçue (selon la distinction bien connue de Tönnies) comme une «communauté» dans laquelle, à la notion formelle de liberté, au sens d'absence de tous liens, se substituerait une notion substantielle, énoncée pour la première fois dans la formule négative de Keynes, («la fin du laissez-faire»), pour être précisée plus tard, au cours du second après-guerre, dans la formule rooseveltienne de la «liberté à l'égard du besoin»<sup>(12)</sup>, elle-même née de la conviction qu'il est possible d'influer sur le système économique et d'en corriger les tendances par des facteurs institutionnels résultant de l'organisation juridique et politique de la société. La conscience sociale moderne rejette l'idée de l'immunité de l'entreprise privée dans le système juridique, qui était une notion essentielle du capitalisme classique, et réclame une pénétration plus profonde de la liberté politique, la création du libéralisme, dans le domaine social et économique, c'est-à-dire une organisation juridique capable d'empêcher que l'égalité formelle des citoyens n'entraîne des inégalités sociales. Pour cela une réglementation des tendances du système économique par des mesures d'ordre juridique et institutionnel devient le corollaire nécessaire de la démocratie politique.

Dans le cadre de cette évolution de la pensée économique, sociale et politique, il pouvait sembler au premier abord que le nouveau droit du travail allait tendre à détacher tôt ou tard le contrat de travail non seulement de la notion de louage, mais de la catégorie même des contrats d'échange. Et de fait, pendant les années qui suivirent immédiatement la publication de l'oeuvre de Lotmar, tandis que les auteurs italiens se bornaient à observer que le critère d'égalité (formelle) entre les parties au contrat «s'avère, en matière de contrat de travail, de plus en plus inadapté aux besoins juridiques de notre époque»<sup>(13)</sup>, la doctrine allemande, dans le

(12) Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, dans *Problemi giuridici*, Milan, 1960, vol. I, p. 42-43.

(13) Carnelutti, *Del recesso unilaterale nel mandato di commercio*, dans *Scritti in onore di B. Brugi*, Palermo, 1910, p. 691 et s. publié à nouveau dans *Studi di diritto commerciale*, Rome, 1917, p. 247-257.

sillage de la conception organiciste gierkienne, s'efforçait de définir sur le plan normatif une «communauté d'entreprise et de travail» et de rattacher la source du rapport de travail à l'entrée volontaire dans cette communauté, plutôt qu'au contrat<sup>(14)</sup>. Cette doctrine s'est établie précisément dans les années où l'on commençait à prendre conscience d'un fait de dimensions rapidement croissantes, destinées à donner une nouvelle base à l'estimation du rapport de travail en tant que rapport d'échange. Ce fait, qui n'est pas de nature sociale et politique, mais d'ordre technologique, c'est l'avènement de la grande entreprise de production à large échelle.

Le processus de concentration du capital industriel dans de grandes unités de production, toujours plus importantes et toujours moins nombreuses, a progressivement rendu vaine la grande querelle touchant le droit de propriété, qui avait occupé le siècle dernier et dans laquelle le droit du travail, encore à ses débuts, avait trouvé son premier aliment. Les critiques du système libéral formulées au XIXe siècle étaient précisément imprégnées de l'idée que l'assimilation du travail à une marchandise d'échange était une conséquence du statut légal de la propriété. Celui-ci consacrait, en effet, l'appropriation des instruments de production par la bourgeoisie capitaliste, ce qui divisait la société en deux classes foncièrement antagonistes, les possédants et les non-possédants (prolétaires). Après l'avènement de la grande entreprise de production en série, qui a marqué la seconde révolution industrielle, ce point de vue n'est plus soutenable. La séparation des travailleurs du produit et du contrôle des moyens de production, et par conséquent la confrontation des travailleurs avec les employeurs sur le marché du travail, est devenu un élément essentiel du système indépendant du statut juridique de la propriété. De ce point de vue on voit s'atténuer chaque jour davantage la distinction entre l'État capitaliste et l'État socialiste, entre l'entreprise privée et l'entreprise publique. Ce qui empêche de réintégrer le rapport de travail dans les cadres propres à l'économie corporative de l'ancien régime (et le catholicisme social lui-même semble en avoir pris acte), ce n'est pas le fait juridique que constitue la non-participation des travailleurs à la propriété des moyens de production, mais le fait technique de la production sur une grande échelle et l'altération qui en résulte du rapport entre le produit et la prestation individuelle de travail. Il ne suffirait pas que les travailleurs deviennent propriétaires de l'entreprise (c'est

(14) Cf. Nikisch, *Arbeitsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., vol. I., Tübingen, 1955, p. 11.

d'ailleurs là une perspective qui ne semble guère les intéresser) pour que cesse leur condition de travailleurs salariés, c'est-à-dire précisément leur confrontation sur le marché avec la direction de l'entreprise. L'importance croissante des conventions collectives en tant que source du droit du travail et l'échec des tentatives faites pour substituer, à l'intérieur des entreprises, les organes d'une «communauté d'entreprise et de travail» à l'opposition syndicale sont là pour confirmer la réalité irréductible de l'échange qui est à l'origine du rapport de travail.

D'autre part, le rapport de travail n'implique pas nécessairement l'insertion du travailleur dans une entreprise organisée. L'appartenance à une entreprise est le cas normal, qui polarise toute l'attention des économistes et des sociologues, parce que, dans ce cas, le contrat de travail prend les proportions d'un phénomène de masse. Mais il n'y a pas toujours appartenance à une entreprise, non pas même lorsqu'il s'agit de la catégorie des rapports de travail inhérents à l'exploitation de l'entreprise. Dans le cas «spécial» du travail à domicile (art. 2128 c.c.), le contrat de travail, conclu pour l'exploitation de l'entreprise, est caractérisé précisément par le fait que le travailleur n'est pas intégré à l'organisation interne de l'entreprise. Il existe en outre des rapports de travail subordonné, que le code qualifie de «non inhérents à l'exploitation d'une entreprise» (art. 2239), tels que ceux des gens de maison, des gardiens d'immeubles ou des personnes employées par des membres des professions libérales. Dans tous ces cas, la prestation de travail n'a pas lieu à l'intérieur d'une communauté d'entreprise et, par conséquent, le contenu juridiquement important du rapport se ramène à la réalité élémentaire de l'échange. Certes, la réalité sociale peut être plus complexe; elle peut comporter un élément personnel, ainsi qu'il arrive pour le travail domestique, normalement caractérisé par l'admission du travailleur à la vie familiale (art. 2242 c.c.), d'où il résulte spontanément un sentiment réciproque de bienveillance et de solidarité qui tempère le contrat d'échange. Mais il s'agit d'un aspect du rapport qui, dans ce sens, est insaisissable pour le législateur, lequel ne peut en tenir compte que pour imposer à l'employeur l'obligation d'accorder au travailleur, en plus de la rémunération en espèces, la nourriture et le logement et au travailleur l'obligation d'observer la discrétion nécessaire en tout ce qui concerne la vie familiale. Pour que le contrat d'échange puisse être tempéré par une forme institutionnelle, il faut que le travail s'accomplisse dans une entreprise grande ou moyenne, où le travailleur n'est pas «face à face» avec l'employeur et

où les rapports humains entre les deux parties passent d'autant plus à l'arrière-plan que sont plus grandes les dimensions de l'entreprise.

Dans les multiples cas concrets de travail subordonné, on ne retrouve donc pas toujours le facteur de l'organisation du travail. Le rapport de travail n'a pas toujours l'allure d'un rapport d'organisation ou, en d'autres termes, d'un rapport institutionnel, tandis que l'on trouve dans tous les cas l'élément originaire que constitue l'échange du travail contre une rémunération. C'est sur cet élément que s'est fondé le code de 1942 pour élaborer un type uniforme de contrat de travail, susceptible de s'adapter à toutes les hypothèses, les particularités des différents cas influant seulement sur la réglementation du rapport créé par le contrat. C'est ainsi que le régime prévu pour le travail dans l'entreprise n'est applicable au travail à domicile pour le compte d'une entreprise, et au travail non inhérent à l'exploitation d'une entreprise que dans la mesure où il est compatible avec le caractère particulier du rapport et ne fait pas l'objet de dérogations contenues dans des lois spéciales. Il y a un seul cas où le caractère spécial du rapport influe sur la structure même du contrat en modifiant l'économie du contrat synallagmatique, à savoir dans le cas de l'apprentissage.

6. Se fondant sur cette idée inspiratrice du système juridique, qui ramène la typologie complexe des rapports de travail à un schéma contractuel uniforme, le programme normatif, qui vise à concilier l'élément primitif de l'échange avec le fait de l'engagement de la personne du travailleur dans la prestation de travail et qui se résume dans la formule «séparation du droit du travail du droit des choses», s'organise selon deux lignes directives, l'une générale, l'autre limitée au cas où le travail implique l'entrée du travailleur dans une entreprise organisée.

Dans la première direction, le droit du travail intervient par une série de règles limitant les conséquences logiques de la notion d'échange toutes les fois que ces conséquences s'avèrent incompatibles avec la sécurité, la liberté et la dignité humaine du travailleur. Le caractère personnel de la prestation de travail en arrive ainsi à servir de critère à de nombreuses dérogations aux principes généraux des contrats et des obligations, dérogations qui rompent la symétrie entre la position juridique du créancier et celle du débiteur de travail. Cette directive est formulée par l'article 41, alinéa 2, de la Constitution de 1947 et trouve une application spécifique dans l'article 36, alinéa 1. En matière de rémunération, le code civil (art. 2099) prévoit



déjà une exception aux principes généraux, en disposant qu'en l'absence de contrat collectif ou d'accord entre les parties sur le montant de la rémunération le contrat de travail est cependant valable (par dérogation à la règle générale des articles 1346 et 1418), et qu'il appartient au juge de fixer la rémunération. L'article 36 de la Constitution va plus loin et se préoccupe de fixer les critères permettant de déterminer la rémunération. Le critère retenu, en principe dans cette disposition, est celui de la proportionnalité de la rémunération à la quantité et à la qualité du travail fourni, ce qui est conforme à la conception assimilant le contrat de travail à un contrat d'échange. Mais une limite est assignée à la libre appréciation des parties (c'est-à-dire à la libre appréciation du marché), en ce qui concerne les contrats tant individuels que collectifs. En tout état de cause, la rémunération ne peut être inférieure à un minimum suffisant pour assurer au travailleur et à sa famille une existence libre et décente. Les meilleurs auteurs interprètent exactement l'esprit de la règle constitutionnelle quand ils observent que le droit du travailleur à un salaire suffisant doit être assimilé aux droits de la personne humaine plutôt qu'aux droits du créancier <sup>(15)</sup>.

La seconde directive — limitée au cas économique et socialement le plus important, dans lequel le rapport de travail est appelé à être un élément constitutif de la structure d'une entreprise — enrichit, d'une part, le contenu du rapport d'une série de pouvoirs et de devoirs liés à l'existence d'une organisation de travail, tandis qu'elle vise, d'autre part, à le tempérer comme rapport d'échange, en associant le chef d'entreprise et les travailleurs dans une communauté d'entreprise fondée sur le fait que les intérêts des parties, en principe opposés, convergent à la longue dans la recherche de la plus grande productivité du travail. Formulée à l'article 46 de la Constitution <sup>(15bis)</sup>, mais non encore concrétisée par le législateur, cette tendance à faire coexister le contrat d'échange avec une communauté réunissant le chef d'entreprise et les travailleurs n'implique pas, comme on l'a dit, une modification de la cause du contrat, qui demeure essentiellement un contrat d'échange. Mais il s'agit d'introduire dans le régime du rapport créé par le contrat un élément associatif, indépendant de la cause du contrat et lié à l'entrée du travail-

(15) Nicolò, *L'articolo 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, dans *Riv. giur. lav.*, 1951, II, p. 5-6; Pugliatti, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, dans *Riv. giur. lav.*, 1951, II, p. 175.

(15bis) «Aux fins d'élévation économique et sociale du travail et en harmonie avec les nécessités de la production, la République reconnaît le droit des travailleurs de collaborer, dans les conditions et limites fixées par la loi, à la gestion des entreprises.»

leur dans une organisation de personnes coopérant en vue de la réalisation d'un objectif de production. Ce fait confère au rapport du travail, considéré au stade de l'exécution, un aspect associatif (c'est-à-dire l'aspect d'une collaboration dans le cadre d'un intérêt commun), qui manque au stade constitutif, c'est-à-dire qui est étranger à la logique du contrat <sup>(16)</sup>.

En conclusion, le contrat de travail demeure le fondement du droit du travail (au sens strict). Cependant, dans le cas normal, le rapport de travail tend à devenir indépendant de la source contractuelle; sa réglementation ne se ramène plus, en effet, à la logique de l'échange, mais elle est complétée par une série de situations juridiques découlant de la participation du travailleur à l'organisme de travail dirigé par l'employeur (chef de l'entreprise).

## CHAPITRE I

### LE CONTRAT DE TRAVAIL

#### *Section I*

#### LA NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL

7. Comme on l'a déjà signalé dans l'introduction, le code civil ne définit pas le contrat de travail, mais il définit le «travailleur subordonné» comme collaborateur de l'entrepreneur: «le travailleur subordonné est celui qui s'oblige, moyennant rémunération, à collaborer dans l'entreprise en fournissant son travail intellectuel ou manuel au service et sous la direction de l'entrepreneur» (art. 2094). Cette définition vient compléter celle de l'entrepreneur que l'on trouve à l'article 2082. Toutes deux figurent sous le titre «Du travail dans l'entreprise», où le mot «travail» est pris dans son sens large, englobant à la fois l'organisation et l'exploitation de l'entreprise, activité propre de l'entrepreneur et le travail subordonné, qui est l'activité des personnes au service de l'entrepreneur, coopérant avec lui en vue de réaliser l'objectif de l'entreprise. La systématique du code semble ainsi annoncer une réglementation de l'entreprise axée sur deux statuts personnels: le statut de l'entrepreneur et celui des travailleurs, le premier étant chef et les seconds membres de

(16) Santoro-Passarelli, *Nozioni del diritto del lavoro*, 13<sup>e</sup> éd., Naples, 1961, n<sup>o</sup> 51, 68, 89, e, et avec de plus longs développements: Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milan, 1957, p. 114.

l'entreprise en qualité de collaborateurs (subordonnés). En réalité, il suffit de mettre en regard les deux définitions pour se rendre compte que le régime applicable au travailleur subordonné repose sur une autre base que celui de l'entrepreneur: à l'identité du critère systématique ne correspond pas une identité de critère normatif.

L'article 2082 définit l'entrepreneur en fonction de l'exercice d'une activité et plus précisément de l'activité d'entreprise et les règles liées à cette définition ne concernent pas des actes juridiques isolés considérés objectivement (comme c'était le cas des règles contenues dans le code de commerce abrogé); elles se présentent comme une réglementation spéciale des personnes (physiques et morales) ayant la qualité d'entrepreneurs. La réglementation de l'entreprise c'est le statut personnel de l'entrepreneur. Au contraire, dans la définition de l'article 2094, ce qui qualifie le travailleur subordonné, ce n'est pas l'exercice d'une activité, mais l'accomplissement d'un acte juridique déterminé, ultérieurement dénommé contrat de travail. La définition du code saisit le travailleur au moment où «il s'oblige moyennant rémunération» à faire quelque chose, c'est-à-dire au moment où il conclut un contrat d'échange. Il est pris en considération en tant que partie au contrat de travail et au rapport qui en découle, de sorte que la définition de l'article 2094 contient en substance celle du contrat de travail. Les règles qui viennent ensuite ont pour objet de réglementer ce contrat et ses effets. Cette réglementation, bien qu'elle présente certains aspects liés à l'hypothèse d'une intégration du travailleur dans l'organisation d'une entreprise, s'adapte dans son essence également aux rapports de travail qui ne sont pas inhérents à l'exploitation de l'entreprise, ainsi qu'il résulte du renvoi figurant aux articles 2038, alinéa 2, et 2039.

8. Les éléments de la définition énoncée à l'article 2094 sont au nombre de quatre: 1° l'obligation de faire, prise par le travailleur ou, comme on dit d'ordinaire, en employant une expression d'origine romaine, la *faciendi necessitas*; 2° le caractère onéreux, c'est-à-dire le rapport synallagmatique existant entre la prestation de travail et la rémunération promise par l'autre partie (employeur); 3° la subordination; 4° la collaboration.

Pour dégager une notion uniforme de contrat de travail, indépendante de la notion d'entreprise, il importe d'éliminer le quatrième élément. Dans le contexte de l'article 2094, le mot «collaboration» peut avoir trois significations:

- a) Parler de «collaboration», c'est envisager la prestation de travail sous l'angle économique comme une activité par laquelle on coopère à la réalisation de l'objet final que l'employeur s'est assigné: il s'agit en particulier de l'objet de l'entreprise, si l'employeur est un entrepreneur, comme le suppose l'article 2094. Cette première signification ne présente aucun intérêt juridique, car le résultat final que l'employeur attend de la prestation du travailleur n'a aucune incidence sur la cause du contrat de travail et demeure étranger au contenu de l'obligation de travail. De la réalisation de ce résultat, le travailleur n'assume ni la responsabilité, ni le risque.
- b) Eu égard au contenu particulier de l'obligation de travail, le terme «collaboration» fait référence aux principes généraux de l'exécution de bonne foi du contrat (art. 1375 c.c.) et de la correction dont chaque partie au rapport obligatoire doit user dans son comportement à l'égard de l'autre (art. 1175 c.c.). Dans ce deuxième sens, la collaboration fait certainement partie intégrante de la qualification juridique du contrat de travail. Mais il ne s'agit pas d'un élément autonome, car il se ramène à la notion de subordination, dans laquelle il introduit une spécification nécessaire. Certes, la subordination est logiquement concevable sans la collaboration, comme le montre la forme de lutte syndicale dénommée précisément «non-collaboration», mais du point de vue normatif les deux notions sont indissociables et la jurisprudence a toujours considéré la «non-collaboration» comme une violation du contrat. La collaboration n'est pas «quelque chose de plus que la simple subordination»<sup>(17)</sup>. Elle est la subordination telle qu'elle doit être comprise entre personnes correctes et de bonne foi. Le travailleur doit collaborer avec l'employeur en ce sens que la subordination aux instructions données par l'employeur pour l'exécution du travail (voir art. 2104, alinéa 2) ne doit pas être purement passive et ne doit pas se limiter à une simple exécution matérielle et mécanique, mais doit être une subordination active, animée et soutenue non seulement par la diligence, mais aussi par l'intelligence et l'esprit d'initiative du travailleur, faute de quoi la prestation du travail ne pourrait avoir le caractère objectif

---

(17) Ainsi Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Florence, 1958, p. 192. Cf. au contraire Cass. 30 juillet 1952, n° 2382, dans *Riv. dir. lav.*, 1952, II, p. 465.

d'utilité qui est l'une de ses qualités essentielles. Le travailleur doit encore collaborer en ce sens qu'il doit s'abstenir de tout comportement qui, sans compromettre l'utilité de la prestation de travail considérée en elle-même, est toutefois de nature à porter préjudice à l'employeur (art. 2105).

- c) Dans un troisième sens, la notion de collaboration introduite dans la définition de l'article 2094 n'est pas une forme de la notion romaine de bonne foi (au sens objectif), mais prend une signification plus riche et propre au rapport de travail. Elle exprime l'adhésion ou, selon une formule plus prudente, «un hommage tempéré» à l'idée germanique de «communauté d'entreprise» (*Betriebsgemeinschaft*) (18).

Telle est l'interprétation exacte (19) qui se déduit de l'article 2086, où le lien de collaboration existant entre les travailleurs et l'entrepreneur est exprimé en termes visiblement inspirés des notions allemandes de «*Führer*» et de «*Gefolgschaft*», ainsi que du titre de l'article 2105, qui énonce «l'obligation de fidélité» du travailleur à l'égard du chef de l'entreprise, correspondant à la notion germanique de «*Treuverhältnis*». La même idée, mais orientée dans un sens démocratique, est développée à l'article 46 de la nouvelle constitution dans lequel la collaboration prend en outre la signification d'un «droit des travailleurs à collaborer à la gestion des entreprises», droit fondé sur ce que l'on a appelé «l'évolution du travail subordonné vers l'association» (20).

Nous nous efforcerons de répondre plus avant si dans le système italien l'idée de la communauté d'entreprise en tant que source de droits et d'obligations réciproques entre employeur et travailleur a eu un développement substantiel dans le droit positif ou si elle est jusqu'à présent demeurée à l'état de simple programme. Il est certain en tout cas que l'idée de collaboration ainsi comprise n'appartient pas à l'essence du contrat de travail. D'un côté, elle se limite à l'hypothèse dans laquelle par le contrat, le travailleur est inséré dans l'organisme d'une entreprise, ce qui est une hypothèse normale, mais non constante. De l'autre côté, dans ladite hypothèse, le rôle du contrat de travail comme moyen d'organisation de l'entreprise n'altère pas la structure du contrat; il influe seulement sur le régime du rapport créé par le contrat, y introduisant certains éléments

(18) Santoro-Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, dans *Ric. dir. com.*, 1942, I, p. 385.

(19) En ce sens, Mancini, *op. cit.*, p. 111.

(20) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, *cit.*, n° 40 in fine.

étrangers à la logique de l'échange et de nature à provoquer le phénomène, déjà observé par les auteurs italiens, de la non-coïncidence du rapport de travail avec le contrat.

L'exactitude de ces observations est confirmée par l'absence de toute allusion à l'élément de la collaboration dans les définitions du travailleur à domicile et du travailleur domestique, que l'on trouve l'une dans la loi n° 264 du 13 mars 1958 et l'autre dans la loi n° 339 du 2 avril 1958. Dans le premier cas le contrat de travail, tout en étant inhérent à l'exploitation d'une entreprise, n'implique pas l'insertion du travailleur dans l'organisation du travail à l'intérieur de l'entreprise. Dans le second cas, le rapport de travail n'est pas inhérent à l'exploitation de l'entreprise. Le mot «collaboration» a une toute autre signification dans la définition du contrat d'emploi privé figurant à l'article 1 du R. D. n° 1825 du 13 novembre 1924, repris à l'article 95 des dispositions d'application du code civile (R. D. n° 318 du 30 mars 1942. Ici la collaboration prend un sens strict et technique, touchant à la nature des tâches visées, visées dans ce cas par le contrat de travail et retenu par la loi comme critère servant à distinguer l'employé de l'ouvrier.

9. Si l'on met à part l'élément collaboration, la notion uniforme de contrat de travail doit être élaborée à partir des trois premiers éléments indiqués plus haut, lesquels résultent non seulement de la définition de l'article 2094 du code, mais également des définitions particulières contenues dans les lois spéciales rappelées ci-dessus. Parmi ces trois éléments, il faut discerner celui qui donne sa physionomie au contrat de travail, celui qui constitue la *differentia specifica* entre le contrat qui nous occupe et tout autre contrat.

Le contrat de travail est caractérisé avant tout par l'échange à titre onéreux qui en est la cause. En définissant le travailleur comme «celui qui s'oblige moyennant rémunération», le code sanctionne l'appartenance du contrat de travail à la catégorie des «contrats avec prestations réciproques» ou contrats synallagmatiques. L'élément causal distingue le contrat de travail, d'une part, du contrat par lequel une personne s'oblige à fournir un travail sans être rémunéré (c'est le cas du travailleur bénévole), d'autre part, des contrats de type associatif (en particulier dans le domaine agricole: métayage, colonage, bail à cheptel) <sup>(20bis)</sup> et du contrat de société en ce qui concerne l'associé «qui a apporté son industrie» et appelé

(20bis) Cf. Cass. (s. n.) 5 avril 1952, n° 917, dans *Giur. it.*, 1952, I, 1, col. 305.

«*socio di opera*» ou associé d'industrie (hypothèse limitée aux sociétés de personnes: voir art. 2263, alinéa 2, 2286, alinéa 2, 2295, n° 7). Dans le contrat de travail, la prestation de chacune des parties est le but de la prestation de l'autre et c'est précisément l'interdépendance entre les deux prestations qui est l'essence même de la cause du contrat. Au contraire, dans les contrats de type associatif et dans le contrat de société, les différentes prestations ont un objet commun, dont la réalisation est une condition nécessaire de l'avantage que chaque partie attend du contrat. En fonction de l'objet commun, celui qui apporte son travail a la qualité de coparticipant dans l'entreprise en même temps que le bailleur ou, dans le cas de la société, l'associé qui apporte le capital. Toutefois, la nature de la prestation de celui qui apporte son travail pour que soit atteint un objectif commun a entraîné l'extension au travail en association d'institutions, de prévoyance notamment, qui étaient originellement propres au rapport de travail au sens strict.

10. L'élément de la «*faciendi necessitas*», c'est-à-dire la nature de la prestation, introduit la délimitation de la notion de contrat de travail dans les contrats d'échange. Mais c'est un point de vue désormais dépassé que celui selon lequel l'objet du contrat de travail serait «l'élément fondamental, le critère en fonction duquel s'opère la distinction entre celui-ci et d'autres contrats à titre onéreux»<sup>(21)</sup>. Le critère de l'objet sert à distinguer le contrat de travail seulement des contrats de vente et de fourniture par livraisons successives, l'obligation principale du vendeur ou du fournisseur consistant à «donner», ainsi que du contrat de louage, dans lequel l'obligation principale contractée par le bailleur consiste, en dépit des termes de la loi (art. 1571), en une prestation négative («pati»).

Ce n'est pas ici le lieu de réétudier le vieux problème consistant à savoir si le rapprochement que font volontiers les économistes entre le contrat de travail et la vente peut se traduire sur le plan juridique. En droit italien la distinction entre les deux contrats se fonde désormais sur une donnée positive précise. L'assimilation du contrat de travail à la vente postule la démonstration que les énergies de travail sont considérées par le législateur comme des choses, c'est-à-dire comme des biens pouvant faire l'objet de droits (art. 810 c.c.). Cela est explicitement exclu par la stipulation de

(21) Barassi, *Contratto di lavoro*, I, cit., p. 109-110.

l'article 814 du code civil, qui assimile aux choses uniquement les «*énergies naturelles*» ayant une valeur économique: l'adjectif «*naturelles*» a justement pour but d'empêcher que la notion juridique de «*choses*» soit étendue aux énergies humaines<sup>(22)</sup>. Pour la même raison, le contrat de travail se différencie du contrat de fourniture dont l'objet, selon la définition de l'article 1559 du code civil, consiste dans la prestation périodique ou continue de choses.

S'il est vrai que les auteurs italiens ont depuis quelque temps renoncé à rapprocher le contrat de travail de la vente, certains d'entre eux se montrent toujours sensibles à l'influence de la tradition séculaire qui ramène le contrat de travail à la notion de louage. Toutefois cette conception se heurte à une objection encore plus radicale. *La locatio operarum*, entendue comme l'octroi à autrui de la jouissance temporaire des énergies du travailleur<sup>(23)</sup>, n'est pas seulement une notion positivement interdite par les dispositions de l'article 814. C'est une conception viciée par une contradiction logique. Il est contradictoire, en effet de parler d'octroi temporaire de la jouissance d'énergies qui sont en réalité données pour ne pas être restituées. Aucune énergie, pas même les énergies naturelles, que la loi considère comme des choses, ne peut faire l'objet d'un contrat de louage. En effet, on ne peut jouir de ces énergies qu'en les consommant, alors que le louage implique essentiellement l'obligation de restituer après un certain temps le bien loué<sup>(24)</sup>. Pour pouvoir assimiler en toute logique le contrat de travail au louage, il faut opérer une transposition de l'objet du contrat que la doctrine traditionnelle n'a jamais osé effectuer. Il faut considérer l'objet du contrat comme étant non pas tellement les *operae* entendues au sens de force de travail, mais plutôt le corps du travailleur considéré comme objet possible d'une faculté de jouissance en faveur d'autrui, ce qui revient à représenter le contrat de travail comme un acte par lequel on dispose de son corps. Cette théorie est aujourd'hui soutenue en Italie par Carnelutti<sup>(25)</sup>, (c'est-à-dire précisément par l'auteur auquel revient le mérite d'avoir démontré de façon définitive que l'assimilation du louage d'ouvrage

(22) Corrado, *Nozione unitaria del contratto di lavoro*, cit., p. 25 et s.; Suppiej, *La struttura del rapporto di lavoro*, Padoue, 1957, vol. I, p. 61 et s.

(23) Le partisan le plus tenace de cette conception en Italie a été Barassi, qui, sur ce point, s'écartait nettement de la pensée de Lotmar. Cf. Barassi, *Contratto di lavoro*, cit., I, p. 541 et s. («le contrat de travail pourrait aussi s'appeler louage d'ouvrage») et, dernièrement, *Il diritto del lavoro*, 2<sup>e</sup> éd., Milan, 1957, vol. I, p. 344 et s.

(24) Cf. Carnelutti, *op. cit.*, dans *Riv. dir. comm.*, 1913, I, spéc., p. 387. Dernièrement, Suppiej, *op. cit.*, I, p. 39 et s.

(25) *Teoria generale del diritto*, 3<sup>e</sup> éd., Rome, 1951, p. 125 et s., suivi par Ardaù, *Corso di diritto del lavoro*, I, Milan, 1960, p. 129.



au louage d'énergies était inconcevable). Une telle théorie est inattaquable sur le plan logique. Du point de vue logique, il est certes possible de distinguer la personne et le corps du travailleur et de voir dans la première le sujet et dans la seconde l'objet du contrat de travail. La thèse n'est erronée que sur le plan historique, c'est-à-dire seulement au regard du droit positif. Elle ramène à la conception romaine primitive de la *locatio operarum*, qui découle d'une extension de la *locatio hominis (servi)*. C'est là une conception absolument étrangère au droit moderne. Aucune règle du droit positif actuel n'autorise à penser que le contenu du contrat de travail consiste à attribuer à l'employeur un droit (temporaire) de jouir du travailleur ou plus précisément du corps du travailleur, ni à penser que, corrélativement, l'obligation principale du travailleur soit une obligation négative de «*pati*», c'est-à-dire de «laisser faire» l'employeur.

L'obligation principale s'imposant au travailleur en vertu du contrat de travail est une obligation de faire. C'est l'accomplissement de cette obligation, c'est-à-dire le comportement dû par le travailleur, et non pas l'exercice d'un droit de jouissance de la part de l'employeur qui est le moyen de réalisation de l'intérêt de l'employeur, garanti par le rapport de travail.

Or, tout comportement humain de nature à satisfaire un besoin d'autrui, à la seule exclusion des comportements constituant un pur défaut d'action, peut faire l'objet d'un contrat de travail à condition bien entendu, qu'il s'agisse d'un comportement licite. L'objet ne peut donc, par lui-même, fournir un critère suffisant pour distinguer le contrat de travail d'autres contrats dans lesquels l'obligation principale d'une partie implique également le déploiement d'énergies humaines. C'est pourquoi, malgré l'opinion peut-être encore dominante, on ne saurait fonder sur la nature de la prestation la distinction entre contrat de travail et mandat à titre onéreux (art. 1703 et 1709 c.c.). L'accomplissement d'actes juridiques (affaires) pour le compte de l'autre partie, qui constitue l'objet essentiel du mandat, peut également donner matière à un contrat de travail, dans les cas que les auteurs italiens désignent par la formule ramassée de «travail de gestion». Les professions correspondantes (gérants, fondés de pouvoirs, commis voyageurs, commis de magasin), réglementées sous le titre du mandat dans le code de commerce abrogé, sont aujourd'hui prévues et réglementées au livre V du code civil, sous le titre du «travail dans l'entreprise».

Une observation analogue s'applique à la distinction entre le contrat de travail et le contrat de dépôt à titre onéreux (art. 1766 et 1767 c.c.). L'activité de conservation des biens meubles peut constituer le contenu tant d'une obligation découlant d'un contrat de dépôt que d'une obligation découlant d'un contrat de travail, comme on peut l'inférer de nombreuses dispositions de loi (par exemple: article 3 du décret-loi n° 692 du 15 mars 1923; article 14, alinéa 3, c, de la loi n° 264 du 29 avril 1949, etc.).

Lorsqu'il s'agit de délimiter les contours du contrat de travail, l'institution juridique limitrophe, sur laquelle se porte principalement l'attention des auteurs, est le contrat d'ouvrage, lui-même prévu et réglementé par le code au livre du travail (art. 2222 et suivants), tandis que sont réglementés au livre des obligations deux contrats importants forgés sur le modèle du contrat d'ouvrage, à savoir le «contratto d'appalto» (contrat d'entreprise) (art. 1655 et s.) et le contrat de transport (art. 1678 et s.)<sup>(26)</sup>.

Pour la doctrine traditionnelle, suivie par la jurisprudence, la distinction s'opère du point de vue de l'objet du contrat. L'objet du contrat de travail, dit-on, est une activité de travail considérée en elle-même (*operae*), indépendamment du résultat que l'employeur en attend. L'objet du contrat d'ouvrage, au contraire, est le résultat d'un travail (*opus*)<sup>(26bis)</sup>. Dans le premier la prestation de travail se détermine en fonction de sa durée dans le temps et c'est pourquoi le contrat de travail est un contrat à exécution continue. Dans le second, la prestation est évaluée en fonction d'un résultat, et c'est pourquoi le contrat d'ouvrage est un contrat à exécution instantanée. Dans le premier, le temps sert à mesurer l'exécution (la quantité de la prestation de travail est d'autant plus grande que la prestation dure plus longtemps). Dans le second cas, le temps a seulement un rôle préparatoire à l'exécution (pour accomplir *l'opus*, il faut du temps, mais l'importance quantitative de *l'opus* est indépendante du temps passé pour l'exécuter).

Ainsi, la distinction entre contrat de travail et contrat d'ouvrage se ramène à la distinction entre obligations de comportement (ou selon l'expression de Demogue, obligations de moyens) et obligations

(26) À la différence du contrat d'ouvrage, le contrat d'entreprise implique exceptionnellement que celui qui assume l'exécution de l'ouvrage ou du service soit organisé en entreprise. Pour la différence entre contrat de travail et contrat d'entreprise, cf. Cass. 19 juin 1951, n° 1623, dans *Riv. dir. lav.*, 1951, II, p. 481; Cass. 8 novembre 1957, n° 4296, *ibid.*, 1959, II, p. 40.

(26bis) Cf. Cass. 7 novembre 1957, n° 4279, 1959, II, p. 39; Cass. 13 octobre 1955, *ibid.*, 1957, II, p. 70.

de résultat. (27). Cette distinction entre ces deux catégories d'obligations ne repose pas sur une base scientifique solide. Elle ne tient pas compte de la relativité des notions de moyen et de résultat. Un fait considéré comme moyen par rapport à une fin ultérieure peut représenter déjà un résultat quand il est considéré en soi-même comme terme final d'une série téléologique plus limitée. Et comme le rapport d'obligation se constitue essentiellement en fonction d'un intérêt du créancier, dont la réalisation représente le bien dû par le débiteur, il n'existe pas d'obligations qui n'aient pour objet un résultat. Certes, le contrat de travail ne contient pas l'idée de *perfectio* ou de *consummatio operis*: ce résultat final que Lotmar appelle «résultat du résultat» (*Erfolg des Erfolges*) ou résultat au sens prégnant (28), est étranger à l'obligation de travail. Mais celle-ci ne se ramène pas davantage à l'idée d'un simple effort subjectif du travailleur. Les *operae*, qui constituent l'objet du contrat de travail, sont objectivement caractérisées par leur utilité pour la personne à laquelle elles sont promises et c'est dans cette utilité que réside le résultat dû par le travailleur. Ce dernier ne promet pas simplement qu'il s'emploiera et fera effort pour être utile à l'employeur. Il promet d'être utile et, par là même, promet un résultat. Pour parler le langage des sources romaines, le *conductor operis* et le *locator operarum* promettent l'un et l'autre «*aliquid faciendum*», C'est-à-dire un résultat, «*ud puta fossam fodiri vel insulam fabricari vel operas*» (D 45, 1, 72 pr.). La distinction entre obligations de résultat et obligations de (simple) comportement ne réside donc pas dans le fait qu'un résultat est ou non dû par le débiteur, mais seulement dans la nature différente du résultat attendu.

Ajoutons qu'en maintes circonstances la différence entre le résultat dû par le travailleur et celui qui est dû par l'entrepreneur tout en étant logiquement perceptible devient pratiquement insaisissable, au point que, dans ce cas, l'obligation de l'entrepreneur est rangée elle aussi parmi les obligations de simple comportement. Le cas typique est constitué par les prestations médicales, qui peuvent faire l'objet aussi bien d'un contrat de travail que d'un contrat d'ouvrage (intellectuel) (art. 2229 c.c.). On songera encore au travail à domicile. Il existe certainement une différence entre l'objet de l'obligation d'une tricoteuse qui travaille à domicile pour le compte d'une entreprise (contrat de travail) et l'objet de l'obligation d'une

(27) Cf. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi»* (studio critico), dans *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 et s., 280 et s., 366 et s.; voir également bibliographie.

(28) Lotmar, *Arbeitsvertrag*, II, p. 432 et s.

tricoteuse travaillant directement pour le compte des consommateurs (contrat d'ouvrage). La première s'oblige à tricoter (prestation continue); la seconde s'oblige à présenter au client un ou plusieurs vêtements d'un certain modèle confectionnés au tricot (prestation instantanée). Mais du point de vue pratique, la différence est imperceptible, attendu que l'action de travailler au tricot et le résultat du travail ainsi exécuté s'impliquent réciproquement.

S'il est vrai, d'autre part, que le contrat de travail est essentiellement un contrat à exécution continue, il n'est pas vrai inversement que le contrat d'ouvrage soit par nature un contrat à exécution instantanée<sup>(29)</sup>. Il peut se présenter des cas de contrats d'ouvrage à exécution continue ou périodique (on en trouve un exemple dans la loi elle-même, dans le cas du «contrat d'entreprise»: art. 1677 c.c.); il s'agit de contrats visant à satisfaire un besoin durable de l'autre partie<sup>(30)</sup>. Il peut même arriver alors que la rémunération soit calculée au temps et non pas sur la base du résultat des différentes prestations. Les contrats dits de consultation (*contratti di consulenza*), conclus par des membres des professions libérales, en sont un exemple.

11. Les considérations précédentes montrent que la notion de contrat de travail ne peut pas être élaborée seulement à partir de la cause et de l'objet du contrat. Pour la délimiter par rapport à tout autre contrat, il est nécessaire de recourir à un autre élément, qui consiste en un mode particulier de la prestation de travail effectuée dans le cadre d'un contrat de travail, à savoir la subordination. En tant que partie à un contrat de travail, le travailleur se caractérise essentiellement comme «travailleur subordonné» (art. 2094, 2095, 2239 c.c.). C'est ce critère que le législateur retient pour distinguer le contrat d'ouvrage du contrat de travail. La réglementation du premier figure sous le titre «Du travail autonome» et, dans la définition contenue à l'article 2222, l'accent doit être mis sur le membre de phrase: «sans lien de subordination». Par le contrat d'ouvrage «une personne s'oblige, moyennant rémunération, à une prestation d'ouvrage ou de service, effectuée par un travail principalement personnel et sans lien de subordination à l'égard du maître de l'ouvrage».

Toutefois, ce critère de distinction, qui semble à première vue s'imposer à l'esprit, soulève des difficultés considérables. La pre-

(29) Oppo, *I contratti di durata*, dans *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 146 et s., 227 et s.; 1944, I, p. 17 et s.

(30) Corrado, *Nozione unitaria* etc., p. 132 et s.

mière découle du fait que le code (et, avant lui, la loi de 1924 sur l'emploi privé) définit la subordination en fonction de l'entreprise ou, plus précisément, de l'organisation du travail dans l'entreprise. Selon la définition de l'article 2094 du code civil le travailleur subordonné mérite ce qualificatif en tant qu'il s'oblige à travailler «au service et sous la direction de l'entrepreneur». Quant à l'article 2086, il précise le contenu de la subordination en parlant de dépendance *hiérarchique* à l'égard de l'entrepreneur en tant que chef de l'entreprise et, comme tel, investi d'un droit de commandement et d'un pouvoir disciplinaire sur la communauté de travail fonctionnant dans l'entreprise. Dans ces conditions, la subordination ne peut se justifier comme un effet du contrat de travail, considéré en lui-même comme accord d'échange; elle ne peut donc en être le caractère distinctif. Quand elle a le contenu indiqué à l'article 2086, c'est-à-dire quand elle se présente comme une dépendance hiérarchique et, par conséquent, disciplinaire (voir art. 2104, alinéa 2, et 2106) à l'égard du chef d'entreprise, la subordination est «l'affirmation de l'existence d'un seul maître, à savoir le chef qui assume les risques et, de ce fait, dirige et coordonne le travail»<sup>(31)</sup>. Ces mots, écrits près de trente années avant la rédaction du nouveau code civil, impliquent que la subordination, dans le cadre de l'entreprise, n'est plus l'expression d'une volonté contractuelle, car «la volonté d'un seul est évidemment autre chose que la volonté manifestée dans le contrat»<sup>(32)</sup>. Envisagée du point de vue de l'intégration du travailleur à l'organisation de l'entreprise, la subordination se présente comme un rapport institutionnel et s'apparente à la notion de *status personae*, tandis que le contrat de travail n'est plus qu'une condition indirecte ou extérieure de la subordination, puisque sans le contrat le travailleur ne serait pas intégré au corps social de l'entreprise.

En tant qu'élément caractéristique du contrat de travail, la subordination doit être déterminée du point de vue exclusif du contenu du contrat, sans aucune relation avec le fait normalement concomitant, mais non consubstantiel, de l'entrée du travailleur dans une organisation dirigée par l'autre partie contractante. Mais dès que l'on essaie d'isoler la notion de subordination de celle d'entreprise, on se heurte à un autre ordre de difficultés. Il existe, en effet, d'autres rapports contractuels d'échange dans le régime desquels on trouve aussi des éléments de subordination de l'une des parties par rapport à l'autre. Dans le contrat d'entreprise, l'article 1661 du code

(31) Barassi, *Contratto di lavoro*, vol. I, 2<sup>e</sup> éd., cit., p. 632.

(32) Romano (S.), *L'ordinamento giuridico*, 2<sup>e</sup> éd., Florence, s. d., 1946, p. 163.

civil attribue jusqu'à un certain point au maître de l'ouvrage le droit d'ordonner des modifications du projet. En matière de transport, l'article 1685 accorde à l'expéditeur le droit de donner contre-ordre, tant en ce qui concerne l'accomplissement du transport que la détermination du destinataire des choses transportées. Le mandataire doit se conformer aux instructions du mandant (exemple: art. 1711, alinéa 2, et art. 1739) et la même obligation vaut également pour le représentant de commerce (art. 1746) <sup>(32bis)</sup>.

En ce qui concerne ces règles, la doctrine courante observe qu'elles considèrent le pouvoir du créancier de donner des ordres ou des instructions exclusivement comme un pouvoir de détermination du résultat vers lequel doit tendre l'activité de l'autre partie. Au contraire, la subordination caractéristique du travailleur au sens strict implique, de la part de l'employeur, un pouvoir de détermination qui ne s'épuise pas dans l'énoncé précis du résultat, mais comprend également les modalités techniques de la prestation du travail. On arrive ainsi à une première précision: le contrat de travail implique une subordination *technique*. Cette précision n'est toutefois pas suffisante. La subordination technique n'est pas exclusivement le fait du travailleur qui échange son travail contre rémunération. Elle est également typique du régime des contrats dits d'association agricole et elle constitue un des éléments qui les distinguent du contrat de société. Le métayer, le colon, le fermier (travailleurs dits associés) sont obligés de fournir leur travail «selon les directives du bailleur» (art. 2147, 2167, 2174, c.c.). En outre, même le contrat d'ouvrage peut admettre, sans que sa nature en soit altérée, une convention imposant au travailleur une subordination technique. Un exemple important a été signalé dans ce qu'on appelle les «appalti ad ordine» <sup>(33)</sup> où l'intervention du maître de l'ouvrage dans l'exécution de l'ouvrage se réalise par la désignation, prévue au contrat, d'un directeur des travaux, investi d'un véritable pouvoir de direction technique. D'autre part, la subordination technique est un élément normal, mais non constant, du rapport de travail. Plus on s'élève dans la hiérarchie des qualifications dans l'entreprise, plus on constate que le travailleur jouit d'une autonomie technique toujours plus grande qui, au sommet, finit pratiquement par se confondre avec celle du chef d'entreprise. Et il existe aussi des prestations qui, tout en faisant l'objet d'un contrat de travail, sont incom-

(32bis) Pour la distinction entre contrat d'agence (art. 1742 c. c.) et contrat de travail, cf. Cass., 20 décembre 1955, n° 3904, dans *Riv. dir. lav.*, 1957, II, p. 159; Cass. 19 avril 1961, n° 860, dans *Giur. it.*, 1962, I, 1, col. 999.

(33) Corrado, *op. cit.*, p. 111.

patibles avec l'idée d'une subordination technique véritable, par exemple les prestations médicales et, en général, les prestations qui consistent dans l'exercice d'une profession intellectuelle <sup>(33bis)</sup>.

La subordination, qui caractérise la prestation de travail au sens strict (c'est-à-dire en tant que faisant l'objet d'un contrat de travail), n'est pas uniquement une subordination technique, elle est surtout et essentiellement une subordination *personnelle* <sup>(34)</sup> et comporte, par conséquent, des droits et obligations caractéristiques, qu'on ne retrouve dans aucun autre rapport contractuel. Dans les cas avec lesquels nous comparons la position du travailleur subordonné, le pouvoir du créancier de donner des ordres ou des instructions, même lorsqu'il va au-delà de la détermination du résultat et qu'il implique un contrôle de l'activité même par laquelle le débiteur obtient ledit résultat, ne se présente cependant jamais comme un pouvoir d'organisation globale de la prestation. Dans le cadre des directives ou des instructions du bailleur ou du maître de l'ouvrage, c'est toujours le travailleur «associé» ou le maître d'oeuvre qui (pour employer une formule expressive de Heck) «organise son programme de prestation» <sup>(35)</sup>. Dans ce sens on peut dire que le travailleur «associé» et l'entrepreneur sont dans tous les cas des travailleurs «autonomes». C'est le métayer par exemple et non le bailleur qui embauche et rémunère la main-d'oeuvre éventuellement nécessaire pour l'exploitation normale du fonds (art. 2147, alinéa 2 c. c.). De même, c'est toujours l'entrepreneur (appaltatore) et non le maître de l'ouvrage qui organise les moyens nécessaires pour la prestation de l'ouvrage ou du service (art. 1655), même lorsque le contrat d'entreprise prévoit une intervention du maître dans le choix des procédés techniques d'exécution. Au contraire, le travailleur subordonné se trouve dans une situation différente de celle de tout autre débiteur: sa prestation est organisée et réglée par le créancier (employeur) en vue de l'obtention d'un résultat final, qui demeure étranger à la cause du

(33bis) Pour les prestations d'avocat, cf. tribunal de Naples, 31 janvier 1939 dans *Monitore trib.*, 1939, p. 693.

(34) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, cit., n° 32, p. 68; Mazzoni, *Manuale*, cit., p. 190; Arduo, *Corso*, cit., p. 22. / Le caractère essentiellement personnel de la subordination dans le rapport de travail est nié par l'article 1 du règlement d'application de la loi sur le travail à domicile, approuvé par décret présidentiel n° 1289 du 16 décembre 1959, selon lequel «sont considérées comme travailleurs à domicile au sens de l'article 1 de la loi n° 264 du 13 mars 1958 les personnes qui, moyennant rémunération, fournissent du travail pour le compte et sous la direction d'un ou plusieurs employeurs vis-à-vis desquels ils ont une subordination ne fût-ce que technique. Mais on a formulé les plus expresses réserves sur la légitimité de cette définition, qui figure dans un simple règlement et est contraire tant à la loi spéciale à laquelle celui-ci se réfère qu'au code civil. Cf. Mazzoni, *Manuale*, cit., *Appendice di aggiornamento*, Florence, 1961, p. 49.

(35) L'expression est de Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, 1920, p. 150 et s. Cité par Mancini, *op. cit.*, p. 23.

contrat et, de ce fait, au contenu de l'obligation de travail qui en découle<sup>(36)</sup>. Ce pouvoir d'organisation, qui constitue la substance même de ce que l'on appelle habituellement pouvoir de direction de l'employeur et qui est l'aspect actif de la subordination au sens strict, existe indépendamment de l'intégration du travailleur dans une entreprise organisée. Il est donc une caractéristique constante du rapport de travail. Mais il reste vrai que, si la prestation de travail est appelée à se dérouler dans le cadre d'une entreprise, l'organisation de cette prestation, telle que l'a fixée l'employeur, devient un élément ou un aspect de l'activité complexe d'organisation de l'entreprise. Un lien fonctionnel vient ainsi à s'instituer entre la prestation de chaque travailleur au service de l'entrepreneur et les prestations des autres travailleurs. Dans ce cas, le contenu de la subordination engage la conduite du travailleur non seulement à l'égard de l'employeur mais aussi à l'égard des autres travailleurs de l'entreprise. C'est par ce lien que se matérialise ce que le code appelle la «discipline du travail» dans l'entreprise (art. 2104, alinéa 2).

C'est seulement si l'on envisage l'objet du contrat du point de vue de la subordination ou de l'autonomie de la prestation de travail que la distinction faite plus haut entre «obligation de résultat» et «obligation de comportement» prend un sens qui permet de distinguer contrat de travail et contrat d'ouvrage. L'objet du contrat d'ouvrage est toujours déterminé en fonction d'un résultat de travail ou du moins d'un type de résultat (qu'il soit substantiellement distinct de l'activité de travail, comme dans le cas de l'obligation de confectionner une paire de chaussures ou qu'il soit inhérent à l'activité même du débiteur, comme pour l'obligation de donner des soins médicaux), et cela précisément parce que le débiteur s'oblige en l'absence de tout lien de subordination, c'est-à-dire qu'il se réserve à lui-même le pouvoir d'organiser sa prestation. Au contraire l'objet du contrat de travail est déterminé en fonction d'un type de *tâches* (voir art. 2103 c.c.) c'est-à-dire, dans la pratique traditionnelle, en fonction de la qualification professionnelle du travailleur (voir art. 96 des dispositions d'application) ou encore, selon les méthodes plus récentes de la *job evaluation*, en fonction d'un «poste de travail», décomposé en tous les éléments de nature diverse qui concourent à en déterminer la valeur. Si le but de l'activité de travail demeure étranger au contenu de l'obligation du travailleur, c'est précisément parce que ce dernier s'oblige en acceptant une subordination, c'est-à-

---

(36) Cf. encore Mancini, *op. et loc. ult. cit.*, et voir Cass. 9 juin 1960, n° 1523, dans *Giur. it.*, 1961, I, 1, col. 449.



dire qu'il abandonne à l'autre partie (bien entendu dans le cadre des tâches pour lesquelles il a été recruté) le pouvoir d'orienter peu à peu la prestation de travail vers les résultats que l'employeur estimera conformes à son intérêt. C'est pourquoi, dans le rapport d'entreprise, la personne de l'entrepreneur n'est engagée qu'indirectement (dans la mesure où l'obtention du résultat exige de sa part le déploiement d'une énergie de travail) alors que, dans le rapport de travail, la personne du travailleur est au contraire directement engagée. D'où le caractère personnel de la subordination vis-à-vis de l'employeur: dans le cadre des tâches contractuellement fixées et de l'horaire de travail, l'employeur est le maître du temps et des gestes de son subordonné.

12. En liaison d'interdépendance avec la subordination, les auteurs proposent un autre élément distinguant le contrat de travail des autres contrats: l'existence du *risque* <sup>(37)</sup>. Dans le contrat de travail le risque du résultat du travail est supporté par l'employeur. Dans le contrat d'ouvrage, au contraire, le risque est assumé par l'entrepreneur. La loi elle-même introduit cet élément dans sa définition du «contrat d'entreprise» (art. 1665 c. c.).

Il convient de préciser tout d'abord qu'il ne s'agit pas ici de la notion technique de risque correspondant à l'idée romaine de *periculum obligatonis*, laquelle concerne l'impossibilité fortuite pour le travailleur d'effectuer la prestation dont il est débiteur. Dans ce dernier cas, la question est de savoir laquelle des deux parties au contrat supporte la perte du *commodum obligationis*. A cet égard, le travailleur subordonné est en principe soumis à la règle générale de l'article 1463 du code civil. Il assume donc le risque de l'impossibilité fortuite d'effectuer la prestation de travail. Il s'agit d'ailleurs d'une règle à laquelle le droit du travail moderne tend à apporter des dérogations toujours plus larges, notamment quand l'impossibilité d'effectuer le travail découle d'un empêchement qui affecte la personne du travailleur (accident, maladie, grossesse et accouchement, service militaire, etc.) <sup>(38)</sup>.

Dans le contexte de la doctrine étudiée, le risque consiste dans les difficultés imprévisibles qui pourront rendre plus difficile, et par conséquent, plus coûteuse la réalisation du résultat auquel tend l'activité de travail. Mais il est clair que, dans cet autre sens, pour

(37) Cf., pour tous, Santoro-Passarelli, *Nozioni cit.*, n° 35. Cass. n° 1609 26 mai 1955, dans *Riv. dir. lav.*, 1956, II, p. 311; Cass n° 3122, 13 octobre 1955, *ibid.*, 1957, II, p. 70. Contre: Corrado, *Nozione unitaria etc.*, cit., p. 78 et s.

(38) Cf. l'étude précédente sur la stabilité de l'emploi, éd. it.; p. 246 et s., 258-259.

lequel la théorie générale du contrat emploie plutôt le terme «aléa», le facteur risque n'est pas de nature à caractériser le contrat de travail sur le plan de l'appréciation normative (formelle). C'est justement parce que le résultat du travail est étranger au contenu de l'obligation assumée par le travailleur subordonné que l'exonération de ce dernier des aléas que comporte le résultat exprime seulement un aspect économique de la subordination.

D'autre part s'il est vrai que le travailleur, de par sa nature, n'assume pas la responsabilité du résultat du travail considéré en lui-même, il n'est pas moins vrai que la subordination et, par suite, la notion de contrat de travail, sont compatibles avec une convention en vertu de laquelle, encore que dans une mesure ou sous une forme juridiquement autres que pour le contrat d'ouvrage, le travailleur assume le risque du résultat. Ce cas est celui du système de la «tâche pure», qui toutefois n'est plus appliqué, sauf dans le travail à domicile, ayant été remplacé par le système dit de la «tâche mixte».

Les auteurs plus anciens estimaient que la différence entre le contrat d'ouvrage et le contrat de travail à la tâche était d'ordre purement quantitatif. Tous deux ont pour objet un résultat de travail, mais dans le premier le résultat est constitué par un *opus* global ou par une fraction importante de l'*opus*, alors que dans le second le résultat est constitué par une fraction minime, c'est-à-dire par le produit des opérations élémentaires dont se compose un processus complexe de production. Or il est vrai que le contrat de travail (avec rémunération) à la tâche a en commun avec le contrat d'ouvrage le fait que le résultat a une importance juridique et il est vrai aussi que la quantité du résultat pris en considération par les parties est un critère important en pratique pour distinguer dans l'usage les deux types de contrat. Mais le contrat de travail à la tâche n'est pas une variété de contrat d'ouvrage. Il se rattache au contraire à la notion de contrat de travail subordonné, dont il représente un cas caractérisé par un mode particulier de détermination de la rémunération (par opposition au contrat de travail avec rémunération au temps). En d'autres termes la différence entre les deux contrats est d'ordre *qualitatif* et dépend de la qualification juridique du résultat, différente dans l'un et dans l'autre cas.

Dans le contrat d'ouvrage, le résultat est *in obligatione*, et constitue de ce fait le critère permettant de décider si l'entrepreneur a ou non exécuté son obligation. A défaut de résultat à l'échéance prévue par le contrat, l'entrepreneur est responsable, sauf cas fortuits, du dommage subi par l'autre partie. Au contraire, dans le

contrat de travail à la tâche, c'est toujours une activité de travail de caractère subordonné qui fait l'objet de l'obligation du travailleur (tâcheron). Pour juger de l'exécution de son obligation et établir la responsabilité contractuelle, on ne considère pas le résultat, mais la diligence et l'habileté dont le travailleur a fait preuve dans son travail. Le résultat est seulement *in condicione*, c'est-à-dire qu'il n'a de valeur juridique que comme condition du droit au paiement de la rémunération ou du forfait convenu. Ainsi le tâcheron, outre l'obligation de travailler, souscrit également une *garantie* du résultat, qui s'ajoute à l'obligation en la renforçant et en vertu de laquelle il assume, à concurrence du montant de la rémunération, le risque du résultat. Étant donné la quantité de résultat considéré par les parties (ce qu'on appelle l'unité de tâche), ce risque n'entraîne pas, en pratique, la possibilité pour le tâcheron de ne pas réussir à obtenir un résultat quelconque pendant la période de référence servant de base au calcul du tarif de tâche, mais seulement la possibilité que le temps nécessaire pour obtenir l'unité de tâche s'avère plus long que prévu. Toutefois, même dans ces limites, le risque du tâcheron est aujourd'hui pratiquement éliminé par la substitution au salaire de tâche pure du salaire de tâche mixte (qui assure en tout état de cause au tâcheron un gain de base calculé au temps et majoré d'un pourcentage minimum de rémunération à la tâche, d'où il résulte que le gain de tâche proprement dit se ramène à une prime de production) et par les règles concernant ce que l'on appelle la fixation des tarifs de tâche (art. 2101 c.c.).

13. La notion de contrat de travail, définie aux pages précédentes, couvre tous les rapports de travail subordonné à l'exception de l'apprentissage. Ce cas mis à part, «spécialité» du rapport, ne réagit pas sur le schéma causal du contrat de travail qui reste essentiellement unitaire.

La «spécialité» d'un rapport de travail se détermine par opposition au cas auquel s'applique le régime général édicté par le code civil: c'est-à-dire le cas du travail subordonné dans l'entreprise agricole, industrielle ou commerciale, à l'exception de l'apprentissage. Sont par conséquent des rapports spéciaux de travail:

- a) Les rapports inhérents à l'exploitation d'une entreprise de navigation (maritime ou aérienne), c'est-à-dire le contrat d'enrôlement des gens de mer et le contrat de travail du personnel navigant, régis par le code de la navigation (art. 323

et suivants, 900 et suivants<sup>(39)</sup>. La notion d'entreprise de navigation (exploitation d'un navire ou d'un aéronef) est essentiellement différente de la notion d'entreprise (agricole ou commerciale) définie par le code civil;

- b) Le travail à domicile pour le compte d'une ou plusieurs entreprises (art. 2128 c.c.; loi n° 264 du 13 mars 1958 et décret d'application correspondant n° 1289 du 13 décembre 1959), caractérisé par le fait que le rapport de travail, tout en étant inhérent à l'exploitation d'une entreprise, n'implique pas l'insertion du travailleur dans l'organisation professionnelle interne de l'entreprise<sup>(40)</sup>;
- c) Les rapports non inhérents à l'exploitation d'une entreprise (art. 2238, alinéa 2, et 2239 c.c.), parmi lesquels le code civil retient particulièrement le rapport de travail domestique, du fait qu'il entraîne l'admission du travailleur à la vie commune familiale, prévoyant pour ce rapport certaines règles (art. 2240 et suivants) qui ont été en partie modifiées et complétées par le régime plus général de la loi n° 339 du 2 avril 1958;
- d) Enfin le rapport d'apprentissage, auquel le code consacre cinq articles (2130-2134) en le qualifiant expressément de rapport spécial de travail. Il est désormais réglementé en détail par la loi n° 25 du 19 janvier 1955 (modifiée par la loi n° 706 du 8 juillet 1956) et par le décret d'application n° 1668 du 30 décembre 1956, textes qui ont remplacé le terme «tirocinio» par celui de «apprendistato», plus usité dans le langage courant.

Selon l'article 2 de la loi, «l'apprentissage est un rapport (*recte*: contrat) de travail spécial, en vertu duquel l'employeur est tenu de donner ou de faire donner, dans son entreprise, à l'apprenti employé à son service la formation nécessaire pour que celui-ci puisse acquérir les capacités techniques lui permettant de devenir ouvrier spécialisé, tout en utilisant le travail de l'apprenti dans l'entreprise». Il résulte de cette définition que, dans le droit du travail, la notion d'apprenti prend un sens strict et technique<sup>(41)</sup>, différent du sens courant auquel se réfère l'article 2048, alinéa 2 (correspondant à l'article 1384, alinéa 6, du code civil français, texte de la loi du 7 novembre 1922) en matière de faits illicites. Un apprenti

(39) Torrente, *I contratti di lavoro della navigazione*, Milan, 1948; Minervini, *Il lavoro nautico*, 2° éd., Bari, 1961.

(40) Mazzoni, *La tutela del lavoro a domicilio e il campo di applicazione della legge 13 marzo 1958*, n° 264, dans *Riv. dir. lav.*, 1958, I, p. 299 et s.

(41) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, cit., n° 50.



pas dérogé par des dispositions des lois spéciales (art. 2134 c.c.);

- si, à l'expiration de la période d'apprentissage, l'apprenti reste dans l'entreprise avec la qualification obtenue après examens prouvant ses capacités, la période d'apprentissage compte pour l'ancienneté de service du travailleur (art. 19 de la loi du 19 janvier 1955);
- la responsabilité de l'employeur pour les dommages causés à des tiers par l'apprenti dans l'exercice de l'activité à laquelle il est affecté n'est pas régie par l'article 2048, alinéa 3 du code civil, (qui admet pour les instituteurs et ceux qui enseignent un métier ou un art, la possibilité de dégager leur responsabilité en prouvant qu'ils n'ont pu empêcher le fait dommageable), mais par les règles plus rigoureuses de l'article 2049 qui met à la charge de l'employeur une responsabilité objective, fondée sur la notion de risque de l'entreprise.

14. La réglementation de l'article 1781 du code Napoléon (abrogée par la loi du 2 août 1868), qui reconnaissait à l'employeur un degré de crédibilité plus élevé qu'au travailleur, n'a jamais été adoptée par le droit italien. Le code civil de 1865 (art. 1678) ne faisait que reproduire l'article 1780 du code français.

En principe, la preuve du contrat de travail est soumise aux règles générales (art. 2697 et suiv. c. civ.), mais une exception importante est prévue par l'article 439 du code civil en ce qui concerne la preuve testimoniale. Le code civil fixe des limites aux conditions d'utilisation de ce moyen de preuve:

- a) Lorsque, selon la loi ou la volonté des parties, le contrat doit être passé par écrit à peine de nullité ou doit être prouvé par écrit, la preuve par témoins n'est admise que dans le cas où le contractant a, sans qu'il y ait faute de sa part, perdu le document (art. 2725);
- b) En l'absence de dispositions légales ou de conventions relatives à la forme du contrat, la preuve par témoins est admise lorsque la valeur de l'objet du contrat n'excède pas cinq mille lires, l'autorité judiciaire ayant cependant la faculté d'admettre cette preuve au-delà de la limite sus-indiquée, compte tenu de la qualité des parties, de la nature du contrat et de toute autre circonstance.

- c) En principe, la preuve par témoins est exclue, si elle a pour objet des clauses additionnelles ou contraires à la teneur d'un document, pour lesquelles il est allégué que la passation en est antérieure ou contemporaine (article 2722 sauf exceptions prévues à l'article 2724); quand au contraire, il est allégué que la passation en est postérieure, le juge ne peut admettre la preuve testimoniale que si, eu égard à la qualité des parties, à la nature du contrat et à toute autre circonstance, il apparaît vraisemblable que des adjonctions ou des modifications verbales aient été apportées.

Ces interdictions relatives à la preuve testimoniale ne sont pas valables pour les controverses (individuelles) de travail lorsque (et c'est le cas normal) elles se déroulent suivant le «rite spécial» prévu par les articles 429 et suivant le code civil, c'est-à-dire pour les conflits portant sur les rapports de travail qui sont ou peuvent être réglementés par des conventions collectives<sup>(42)</sup>. Il s'agit d'une procédure spéciale caractérisée, notamment, par une plus grande initiative laissée au juge pour recueillir les preuves et, en particulier, par le pouvoir du juge d'admettre la preuve testimoniale même au delà des limites définies par le code civil (art. 439 c.c.).

La preuve documentaire du contrat de travail, en ce qui concerne les tâches et le montant de la rémunération convenue, est considérée d'ordinaire par les parties comme résultant du livret de travail, institué par la loi n° 112 du 10 janvier 1935 et obligatoire pour tous les travailleurs, y compris ceux à domicile et à l'exclusion seulement des travailleurs qui en sont expressément dispensés par la loi (par exemple les dirigeants). Les annotations relatives à la qualification professionnelle du travailleur et au montant de sa rémunération y sont portées par l'employeur, lequel garde généralement le livret pendant la période où il occupe le travailleur. Si le travailleur s'estime lésé par les annotations de l'employeur, il peut s'adresser à l'inspection du travail, qui pourra ordonner la rectification ou la suppression des annotations sans préjudice des actions légales.

En ce qui concerne la charge de la preuve, une exception importante aux principes généraux a été apportée par l'article 3 de la loi n° 230 du 18 avril 1962, qui a modifié le régime du contrat de

---

(42) Les rapports de travail non soumis à la réglementation du contrat collectif (art. 2068 c.c.) sont indiqués dans l'étude sur les sources du droit du travail, 2<sup>e</sup> éd., éd. it. 5, p. 150.

travail à terme (voir le n° 29 ci-dessous). Selon la règle générale de l'article 2697 du code civil, une fois que l'employeur a prouvé, par écrit, la fixation d'un terme final au contrat de travail, il appartient au travailleur de démontrer l'inexistence des conditions de fond auxquelles la loi subordonne l'efficacité du terme. Ainsi, en effet, en décidait la jurisprudence presque constante au sujet de l'article 2097 c.c. abrogé. Par contre, l'article 3 de la nouvelle loi met également à la charge de l'employeur la preuve «de l'existence objective des conditions qui justifient tant la fixation d'un terme au contrat de travail que la prorogation temporaire éventuelle de ce terme».

15. Conformément à l'article 2129 du code civil, les dispositions du code civil concernant le rapport de travail privé s'appliquent également aux travailleurs dépendant d'organismes publics, à moins que le rapport ne soit différemment régi par la loi. Ainsi qu'il résulte expressément de l'article 2 de la loi sur l'emploi privé (décret royal n° 1825 du 13 novembre 1924), ce renvoi subsidiaire aux règles du droit civil ne s'applique cependant pas aux employés des collectivités territoriales (État, province, commune). L'application du droit commun ne modifie pas la nature du rapport qui demeure une relation de travail de droit public: aussi ne seront applicables que les règles du droit civil qui ne se révèlent pas incompatibles avec la nature publique de la relation de travail, et la compétence de l'autorité judiciaire ordinaire restera toujours exclue étant donné que les relations d'emploi public sont assujetties à la juridiction exclusive des organes de la justice administrative.

Dans l'ancien ordonnancement syndical corporatif, ces principes ne s'appliquaient plus aux organismes publics économiques pour lesquels l'interdiction primitive d'encadrement syndical avait été levée (loi n° 1303 du 16 juin 1938), c'est-à-dire les organismes publics destinés à exercer exclusivement ou principalement une activité économique dans un régime de concurrence. Par suite de l'encadrement syndical et de la possibilité qui s'ensuivrait d'appliquer les règles des conventions collectives, les employés de ces organismes publics avaient pris le même *statut* que les employés privés avec déplacement correspondant de compétence du juge administratif à l'autorité judiciaire ordinaire (art. 429, n° 3 c. c.). Bien que l'encadrement syndical des organismes publics économiques ait cessé à la suite de la suppression de l'ordonnancement syndical corporatif, la Cour de cassation, contrairement au Conseil d'État, estime que les employés de ces orga-



nismes ont conservé le *statut* d'employés privés (43). Cette question a déjà été évoquée dans l'étude sur les sources du droit du travail (2<sup>e</sup> édition italienne, p. 146 - 146).

16. Quant au *travail familial*, il n'est pas fondé sur un contrat de travail et s'exerce même en dehors de tout rapport contractuel, lorsqu'il est fourni spontanément «*affectionis vel benevolentiae causa*» ou en accomplissement d'un devoir familial spécifique (44); il en est de même du travail des ecclésiastiques ou des religieux concernant des questions spirituelles, ou accompli en vertu d'un rapport disciplinaire inhérent aux *statuts* de membre d'une communauté religieuse.

Le fait qu'en principe les règles du droit du travail ne s'appliquent pas au travail familial résulte d'un grand nombre de dispositions: article 1, n° 2, de la loi n° 370 du 22 février 1934, qui déclare inapplicables au conjoint, aux parents et alliés de l'employeur jusqu'au troisième degré, vivant sous son toit et à sa charge, les règles sur le repos dominical et hebdomadaire; article 1, alinéa 3, a, de la loi n° 653 du 26 avril 1934 concernant les règles de protection du travail des femmes et des enfants (sauf exceptions prévues par l'article 6); article 1, alinéa 1, n° 1, de la loi n° 112 du 10 janvier 1935 concernant le livret de travail; article 11, alinéa 1, n° 1, de la loi n° 264 du 29 avril 1949 concernant les règles régissant le placement article 2, décret présidentiel n° 303 du 19 mars 1956, qui soustrait à l'application des règles générales d'hygiène du travail les entreprises industrielles et commerciales gérées directement par le titulaire avec la seule aide des membres de sa famille vivant sous son toit; article 2, a et b, du décret présidentiel n° 797 du 30 mai 1955 (texte unique sur les allocations familiales), selon lequel le travailleur, qu'il s'agisse du conjoint de l'employeur, d'un parent ou allié jusqu'au troisième degré et vivant sous le même toit, n'a pas droit aux allocations familiales.

Rien n'interdit par ailleurs qu'un véritable contrat de travail (à titre onéreux) puisse s'instaurer entre deux conjoints, entre parents et enfants, tant mineurs que majeurs, ou entre parents ou alliés vivant dans la même communauté familiale. D'après le droit italien,

(43) Cf. récemment, Cass. n° 1454 du 16 mai 1959, (relatif à l'Istituto di previdenza e di credito delle comunicazioni); Cass. (sect. un.) n° 1502 du 19 mai 1959 (relatif à la Banco di Napoli), dans *Riv. dir. lav.*, 1960, II, p. 319; Cass. (sect. un.) n° 298 du 31 janvier 1959 (relatif à Entenzionale per la cellulosa et per la carta), *ibid.*, 1961, II, p. 59.

(44) Cf. Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 44, et, en particulier, la monographie de Ghezzi, *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, Milan, 1960.

le devoir familial d'assistance de l'épouse à l'égard de son mari (art. 143 c.c.) et le devoir d'obéissance des enfants mineurs envers la personne investie de la puissance paternelle ne comprennent que les prestations de travail afférentes au déroulement et aux nécessités de la vie en commun (c'est-à-dire du ménage familial), alors qu'il ne semble pas, en principe du moins, qu'il y ait pour l'épouse et les enfants obligation de collaborer à l'entreprise et, en général, à l'activité professionnelle du mari ou du père, respectivement<sup>(45)</sup>. En conséquence, lorsqu'il s'agit d'activités extra-domestiques, la présomption selon laquelle elles ont été exécutées gratuitement par la femme ou par l'enfant, «*affectionis vel benevolentiae causa*», est une présomption *juris tantum*, c'est-à-dire que la preuve de la nature contractuelle et onéreuse de la relation de travail est toujours admise.

Dans la seconde hypothèse que nous venons de mentionner, à savoir lorsqu'il s'agit d'ecclésiastiques ou de religieux catholiques, la compétence juridique de l'État italien est exclue par l'article 23 du traité signé avec le Saint-Siège le 11 février 1929 et ratifié par l'Italie par la loi n° 810 du 27 mai 1929. La question de savoir si l'article 23 concerne également la position juridique des laïcs au service du culte (sacristains, organistes, etc.) est controversée<sup>(46)</sup>. En revanche, il est certain qu'un religieux exerçant des activités pour le compte de personnes laïques (physiques ou morales) (par exemple un prêtre enseignant dans une école publique ou privée ou une sœur employée comme infirmière dans un hôpital) relève de la compétence juridique de l'État italien et qu'il y a alors une véritable relation (contractuelle) de travail. Le cas est expressément prévu par la loi n° 392 du 3 mai 1956 aux fins d'application de l'assurance obligatoire invalidité, vieillesse et tuberculose.

## Section II

### ÉLÉMENTS DU CONTRAT DE TRAVAIL

#### § 1. ÉLÉMENTS ESSENTIELS

17. Les éléments essentiels du contrat que le code civil appelle «conditions du contrat» sont au nombre de quatre d'après l'article

(45) Dans ce sens, App. Turin, 9 mars 1959, dans *Giur. it.*, 1960, I, 2, col. 40, et également, implicitement, Cass. n° 899, 21 avril 1961, dans *Foropad.*, 1961, II, col. 42 (en principe seulement). Contre: Santoro-Passarelli, *Nozioni*, cit. n° 44, p. 86; de manière plus atténuée Ghezzi, *op. cit.*, p. 186 et s., spéc. p. 193.

(46) Cf., récemment, Corrado, *Nozione unitaria* etc., p. 260 et s.; Delitalia, *Rapporti di lavoro connessi con attività religiose*, dans *Il diritto del lavoro*, 1961, I, p. 291 et s.

1325: a) l'accord des parties; b) la cause; c) l'objet; d) la forme, lorsque celle-ci est prescrite par la loi à peine de nullité. Cet article, qui a uniquement la nature d'une définition, donne lieu à une double critique. Avant tout, les sujets (c'est-à-dire les parties) et l'objet ne sont pas à proprement parler des éléments constitutifs du contrat, mais plutôt des termes essentiels de référence du contrat, l'un objectif et l'autre subjectif. Les conditions subjectives et objectives du contrat doivent par conséquent être distinctes de celles qui sont les éléments constitutifs proprement dits: forme, volonté, cause. La forme (et c'est là la seconde objection que l'on peut formuler contre le texte et l'article 1325) est toujours un élément constitutif du contrat, car elle constitue le mode de manifestation de la volonté. Il est vrai seulement que, si les parties sont en règle générale libres de choisir une forme quelconque, à condition qu'elle soit propre à faire connaître objectivement la volonté des parties, la loi prescrit dans certains cas une forme déterminée, si bien que l'on doit distinguer non pas entre contrats solennels et contrats consensuels, mais plus exactement entre contrats à forme libre et contrats à forme imposée.

Ceci dit, nous parlerons tout d'abord des conditions subjectives et objectives du contrat de travail, puis des éléments constitutifs au sens strict. Dans le paragraphe suivant, nous étudierons les éléments dits accidentels.

18. Les conditions subjectives du contrat sont la capacité juridique et la capacité d'agir des parties. Pour l'employeur, ce sont les règles générales qui s'appliquent; pour le travailleur, par contre, des règles spéciales sont fixées pour l'une et l'autre de ces capacités.

a) *Capacité juridique*, désignée également par l'expression moins heureuse de «capacità di diritti» (capacité de jouissance des droits civils), signifie aptitude à devenir titulaire d'un rapport juridique et, en général, d'une situation juridique active ou passive. En principe (art. 1 c.c.), les personnes physiques acquièrent la capacité juridique à la naissance (capacité juridique générale), mais pour certains rapports il est exigé une capacité *spéciale* qui ne s'acquiert qu'à un certain âge. Parmi ces derniers se trouve le rapport de travail. L'article 3 du code civil prévoit que le mineur, qui a dix-huit ans révolus, «peut fournir son travail», mais il maintient les «lois spéciales qui prévoient un âge inférieur». Or, il résulte de l'article 1 de la loi n° 1325 du 29 novembre 1961 portant modification de la loi n° 653 du 26 avril 1934 sur la protection du travail des femmes et des enfants que la capacité d'être porté à un

un rapport de travail en qualité de travailleur, c'est-à-dire l'âge professionnel, s'acquiert à l'âge de quinze ans révolus<sup>(47)</sup>. Exceptionnellement, dans les activités non industrielles, la limite d'âge peut être abaissée à treize ans à condition que le mineur soit occupé à des travaux légers non préjudiciables à sa santé et compatibles avec l'observation assidue de l'obligation scolaire, qui seront déterminés par décret spécial et appréciés dans chaque cas particulier par l'Inspection du travail (article 2 de la loi du 29 novembre 1961, déjà citée). La règle visée à l'article 8 de la loi du 26 avril 1934, qui subordonne l'occupation de *l'enfant* (c'est-à-dire précisément du mineur de moins de quinze ans) à la condition de la délivrance d'un certificat médical joint au livret de travail (article 3, n° 3, de la loi n° 112 du 10 janvier 1935) et attestant que l'enfant est en bonne santé et apte au travail, reste en vigueur.

La limite d'âge minimale est portée à seize ou dix-huit ans pour certains travaux, énumérés par l'article 6 (lettres a à g), de la loi du 26 avril 1934, déjà citée, en raison de leur caractère particulièrement dangereux ou pénible ou du préjudice qu'ils peuvent causer à l'intégrité morale du mineur.

Pour le rapport d'apprentissage, l'âge influe sur la capacité juridique dans un autre sens également. Il est fixé non seulement un âge minimum (quinze ans), mais également un âge maximum: ne peuvent être embauchés comme apprentis des jeunes gens âgés de plus de vingt ans (article 6 de la loi n° 25 du 19 janvier 1955). On relève ici le cas singulier d'une capacité juridique spéciale limitée à une période de la vie du sujet, alors qu'en règle générale la capacité juridique, une fois acquise, ne se perd plus, sinon au moment du décès. Il faut ajouter qu'indépendamment des règles sur la protection du travail des femmes et des enfants, la capacité juridique d'entrer dans un rapport d'apprenti est subordonné à la constatation médicale de l'aptitude physique du candidat à l'apprentissage (article 4 de la loi déjà citée et article 8 du décret d'application).

Outre l'âge, le sexe (protection de la femme) influe également sur la capacité juridique du travailleur (capacité professionnelle). La loi interdit d'affecter à des travaux souterrains les femmes de tout âge et fixe des limites rigoureuses à l'occupation des femmes mineures, c'est-à-dire celles qui, âgées de plus de quinze ans, n'ont pas encore 21 ans révolus.

---

(47) Précédemment, les articles 5 et 7 de la loi du 26 avril 1934, désormais abrogés, fixaient la limite minimale d'âge à quatorze ans avec possibilité de réduction exceptionnelle à douze ans pour certains travaux et avec l'autorisation préalable de l'Inspection du travail.

Comme pour les enfants, la reconnaissance de la capacité professionnelle de la femme mineure est avant tout subordonnée à la condition formelle de la délivrance d'un certificat médical, attestant qu'elle est en bonne santé et apte au travail. En second lieu, pour une série de travaux dangereux, pénibles et insalubres, énumérés dans deux tableaux qui ont été approuvés par le décret royal n° 1720 du 7 août 1936, il est interdit d'employer des femmes mineures (tableau A) ou il n'est permis de les employer qu'à la condition (que doit apprécier l'Inspection du travail) qu'il existe des mesures de protection capables de sauvegarder efficacement leur santé et leur intégrité (tableau B). En troisième lieu, pour certaines activités industrielles énumérées à l'arrêté ministériel du 8 juin 1938, les employeurs sont tenus de soumettre les femmes mineures qu'ils emploient à des visites médicales périodiques, à intervalles de six mois au maximum. Le résultat négatif de la visite médicale entraîne la cessation de la capacité juridique de la femme mineure pour le travail auquel elle est affectée (article 23 de la loi du 26 avril 1934). De plus, par respect de la règle édictée à l'article 37 de la Constitution, la capacité professionnelle de la femme est suspendue pendant une certaine période antérieure ou postérieure à l'accouchement (période d'interdiction de travailler, fixée par la loi n° 860 du 26 août 1950, qui ne s'applique cependant pas aux travailleuses à domicile et aux femmes domestiques).

Nous avons signalé plus haut que l'emploi d'enfants et de femmes mineures est également subordonné à une condition de forme: la délivrance par l'Inspection du travail du livret de travail, contenant notamment la fiche sanitaire et le certificat médical d'aptitude au travail. Ce n'est pas le seul cas dans lequel l'acquisition de la capacité juridique est subordonnée à une condition de nature formelle. On en trouve un autre exemple dans le régime des rapports spéciaux de travail inhérents à l'exploitation d'une entreprise de navigation maritime ou aérienne. Une condition essentielle du contrat d'enrôlement des gens de mer et du contrat de travail du personnel navigant est l'inscription du travailleur sur les registres des gens de mer ou sur les livres ou le registre du personnel navigant. Le consentement de la personne exerçant la puissance paternelle ou la tutelle est nécessaire pour l'inscription des mineurs de dix-huit ans, si bien que le consentement du père ou du tuteur devient indirectement une condition préalable de la capacité juridique du mineur pour les rapports de travail régis par le code de la navigation

(article 119, modifié par la loi n° 233 du 15 mai 1954; article 735 et 901, alinéa 2).

En dehors des hypothèses que nous venons d'indiquer, l'interdiction d'engager un travailleur qui n'est pas en possession de certains documents de travail n'implique pas une limitation de la capacité juridique du travailleur: la violation de l'interdiction n'entraîne pas la nullité du contrat, mais uniquement la condamnation de l'employeur à une sanction pénale (amende). Ceci doit être précisé surtout pour ce qui est de l'embauchage d'un travailleur non muni du livret de travail réglementaire (articles 5 et 12 de la loi du 10 janvier 1935 déjà citée). Quant à l'inscription du travailleur sur les listes de placement (ou sur le registre des travailleurs à domicile), elle est bien une condition de validité du contrat de travail, mais en fonction non pas de la capacité juridique au travail, mais de la procédure de placement qui doit normalement précéder la conclusion du contrat.

19. b) La *capacité d'agir* signifie l'aptitude du sujet à accomplir seul des actes juridiquement valables dans sa propre sphère juridique. En général, elle s'acquiert à la majorité, fixée à l'âge de vingt et un ans (art. 2 c.c.). Mais, pour certains actes, notamment le contrat de travail, il est fixé des capacités d'agir spéciales, qui s'acquièrent à un âge inférieur. Le mineur acquiert la capacité de conclure un contrat de travail et d'exercer les droits et les actions qui en découlent (capacité d'exercer les droits et capacité d'ester en justice) à l'âge de dix-huit ans (art. 3 c.c.). Pour ce qui est du contrat de travail, cette disposition réduit l'importance pratique de l'institution de l'émancipation judiciaire (art. 391 et suivants c.c.), par laquelle le mineur ayant atteint l'âge de dix-huit ans acquiert la capacité d'agir uniquement pour les actes de pure administration<sup>(48)</sup>.

(48) Il subsiste toutefois une différence importante. L'émancipation met fin à la puissance paternelle (article 316 c.c.) et le mineur émancipé peut donc conclure un contrat de travail sans avoir besoin d'une autorisation quelconque de son père ou de sa mère, et il peut disposer à son gré de sa rémunération. Au contraire, le mineur qui atteint dix-huit ans, sans être émancipé, peut aussi conclure seul un contrat de travail, mais tout en restant soumis à la puissance paternelle, et la conclusion du contrat est donc subordonnée à l'autorisation du père ou de la mère. Cf. Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 60. Dans certains cas, la nécessité de l'autorisation est expressément prévue par la loi: par exemple article 4 de la loi n° 339 du 2 avril 1958 sur le travail domestique. Quant à la femme mariée, l'autorisation maritale a été abolie par la loi n° 1176 du 17 juillet 1919, de sorte que l'autorisation du mari ne constitue pas une condition de la validité du contrat de travail signé par l'épouse. Cependant, dans le sens de «permission» ou de «consentement», elle reste nécessaire du point de vue du pouvoir revenant au mari en tant que chef de famille (article 144 c.c.). Cf. Santoro-Passarelli, *op. et loc. ult. cit.* Selon Ghezzi, *op. cit.*, p. 142, le fait que la femme soit employée au service d'un tiers malgré l'opposition du mari peut, dans certaines circonstances, compléter les arguments d'une demande de séparation légale des époux.

Par contre, l'émancipation de plein droit (art. 390) conserve de l'importance même en matière de travail, étant donné que la jeune fille ayant atteint l'âge de quatorze ans et le jeune homme ayant atteint l'âge de dix-huit ans peuvent contracter mariage (art. 64 c.c.). Le contrat de travail faisant partie des actes qui ne sortent pas de l'administration ordinaire, le mineur marié, donc émancipé de plein droit, peut s'obliger à fournir son travail, même s'il n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans.

Mis à part le cas du mariage, le mineur entre quatorze et dix-huit ans a la capacité professionnelle, mais non la capacité de conclure le contrat correspondant. Selon la règle générale établie par les articles 320 et 357 c.c., le contrat de travail doit être signé pour le mineur par son représentant légal, c'est-à-dire par celui des deux parents qui exerce la puissance paternelle ou par le tuteur. Les articles 324 et 901 du code de la navigation établissent une règle différente pour le contrat d'enrôlement des gens de mer et le contrat de travail du personnel navigant. Le mineur de dix-huit ans, inscrit au registre des gens de mer ou au registre du personnel navigant affecté aux services complémentaires de bord, peut conclure le contrat «avec le consentement (*recte*: l'assentiment) de celui qui exerce la puissance paternelle ou la tutelle». Il s'agit de règles particulières qui ne peuvent être généralisées. La tendance d'une partie de la doctrine à soustraire le contrat de travail au principe de la représentation légale des mineurs incapables, en y substituant la condition d'une simple assistance du mineur dans la conclusion du contrat, est arbitraire. L'argument selon lequel, dans le rapport de travail, c'est la personne du travailleur qui est essentiellement engagée, ne suffit pas, à défaut d'une disposition positive expresse, pour justifier une dérogation à la règle générale des articles 320 et 357 du code civil. Cet argument peut jouer en fait seulement en ce sens que l'employeur, avant de conclure le contrat avec le représentant légal, a intérêt à s'assurer que le mineur est disposé à accomplir les tâches pour lesquelles il envisage de l'engager <sup>(49)</sup>.

20. Nous avons déjà parlé, dans la section précédente, du travail en tant qu'objet du contrat de travail. Nous devons maintenant reprendre ce sujet du point de vue des conditions de l'objet.

D'après la règle générale de l'article 1346 du code civil, l'objet du contrat (c'est-à-dire la prestation mentionnée dans le contrat) doit

---

(49) En ce sens: Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 59.

être possible, licite, déterminé ou déterminable. Faute de l'une ou de l'autre de ces conditions, le contrat est nul (art. 1418 c.c.).

a) A la condition de la *possibilité* est lié le problème de la capacité physiologique et technique du travailleur en tant que condition de validité du contrat de travail: problème grave et délicat qui ne peut être traité convenablement dans la présente étude.

On se demande si l'incapacité physiologique et l'incapacité technique du travailleur au moment de la conclusion du contrat font conclure à l'impossibilité (originelle) de la prestation de travail, et par là même à la nullité du contrat. Logiquement, la réponse devrait être affirmative. Étant donné l'identification essentielle de la personne du travailleur avec le contenu de l'obligation de travail, la conséquence logique devrait être que l'appréciation de la possibilité de la prestation de travail est subordonnée à la constatation de l'aptitude physio-technique du débiteur. Et l'on ne pourrait atténuer cette conséquence en distinguant entre incapacité technique totale et incapacité technique insuffisante (inhabileté) et en limitant à la première hypothèse (pratiquement négligeable) l'appréciation d'impossibilité de la prestation, alors que dans le second cas il s'agirait, non pas d'une véritable impossibilité (objective), mais plutôt d'une simple *difficultas praestationis*, qui n'empêche pas que l'obligation de travail ait été valablement assumée. La distinction, bien qu'assez répandue dans la doctrine, n'a pas en réalité de base logique, parce que, dans les deux cas, le travailleur n'est pas à la hauteur de la tâche à laquelle il est destiné de par le contrat et, par conséquent, dans les deux cas, la prestation, étant essentiellement liée à sa personne, est impossible.

Mais la notion logique (ou naturelle) de l'impossibilité ne coïncide pas nécessairement avec la notion juridique. Il résulte du régime positif que la loi considère que les conditions personnelles du travailleur ne sont une cause d'impossibilité de la prestation que dans certains cas. Ce facteur joue par exemple dans les cas d'accident, de maladie, de service militaire: ces empêchements, s'ils existent au moment de la conclusion du contrat, constituent une cause de nullité du contrat, à moins que n'apparaisse la volonté des parties de subordonner les effets du contrat à la cessation de la maladie ou du service militaire du travailleur. Il s'agit de cas dans lesquels l'indisponibilité du travailleur pour les tâches visées au contrat apparaît certaine. Par analogie, on doit ramener à la notion d'impossibilité de la prestation, et donc considérer comme cause de nullité du contrat, le cas d'incapacité technique totale du travailleur, comme par



exemple l'embauchage pour le métier de chauffeur d'une personne non titulaire du permis de conduire requis. Dans des cas de ce genre, où les conditions susvisées sont réunies, le travailleur peut encourir la responsabilité (précontractuelle) prévue par l'article 1338 du code civil.

Outre les cas que nous venons de rappeler, l'inaptitude physique ou technique du travailleur n'est pas prise en considération par la loi comme condition de la possibilité de l'objet du contrat: et cela pour éviter que la situation juridique du travailleur ne soit exposée aux incertitudes que comporte l'application pratique de la notion d'impossibilité de la prestation.

Pour ce qui est de l'aptitude physique au travail en relation avec l'âge et le sexe du travailleur, la loi transpose et résout le problème sur le plan de la capacité juridique du travailleur, en remplaçant les évaluations concrètes par des évaluations typiques et formelles. Il s'agit des règles, que nous connaissons déjà, sur la protection du travail des femmes et des enfants, et des règles sur l'embauchage des apprentis. Selon ces dispositions, l'aptitude physiologique du travailleur ou bien est écartée *a priori* par la loi (travaux interdits aux mineurs ou aux femmes de tout âge) ou bien doit être constatée préalablement par une visite médicale: mais la nullité du contrat, découlant de la violation de l'interdiction d'embauchage ou, le cas échéant, du défaut de certificat médical d'aptitude, ne se fonde pas formellement sur une présomption d'inaptitude physique du travailleur<sup>(50)</sup>, mais plutôt sur l'absence d'une condition de la capacité juridique du travailleur, considérée comme l'aptitude à être partie au rapport de travail en question.

Lorsqu'il ne s'agit pas d'un emploi interdit par la loi en raison de l'âge ou du sexe et lorsque ne sont pas réunies les conditions prévues par les dispositions légales qui prescrivent une visite médicale préalable, la constatation ultérieure de l'inaptitude physique originelle du travailleur ne peut justifier une demande de déclaration de nullité du contrat, mais constitue seulement un motif de résolution du rapport de travail par licenciement du travailleur. Pour éviter que cette éventualité n'entraîne la charge des indemnités de fin de contrat, l'employeur peut se protéger en insérant dans le contrat la clause de l'essai.

Quant à la capacité technique insuffisante, on sait que depuis le droit justinien (la pensée des classiques est incertaine), la *peritia*

---

(50) En revanche, Greco, *Il contratto di lavoro*, Turin, 1939, p. 182.

*artis* n'est pas considérée comme une condition de validité du contrat, mais plutôt comme un critère pour évaluer l'exécution exacte de l'obligation de travail assumée dans le contrat. Inversement, l'*imperitia* n'est pas un critère de responsabilité *in contrahendo* du travailleur (limitée à l'intérêt dit négatif de l'autre partie), mais bien un critère de responsabilité pour inexécution, dont le contenu est constitué par l'intérêt dit positif. En d'autres termes, étant donné qu'au moment de la conclusion du contrat le travailleur *artem profitetur* — c'est-à-dire s'engage à une prestation de travail à évaluer selon le degré d'habileté technique que la conscience sociale exige des hommes qui exercent cet art ou ce métier — la notion d'habileté est absorbée dans celle de diligence, qui constitue précisément le critère permettant d'évaluer l'exécution des obligations de faire.

b) Il n'y a rien de particulier à noter au sujet de la condition de licéité de la prestation. Le contrat de travail est nul lorsque l'activité à laquelle s'engage le travailleur est contraire à des règles impératives (activités de contrebande, par exemple), à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Il convient de distinguer le cas de nullité du contrat pour caractère illicite de la prestation de travail des cas dans lesquels le contrat est nul pour une raison autre que l'illicéité, mais qui en même temps, parce qu'il a reçu exécution, constitue un fait illicite (normalement de la part de l'employeur seulement). La distinction est importante pour les effets de l'article 2126 du code civil, dont nous parlerons plus loin.

21. c) La condition du caractère *déterminé* ou *déterminable* de l'objet du contrat se rattache au principe de la liberté individuelle, qui ne peut être limitée par la formation d'un lien obligatoire, si ce n'est pour une prestation déterminée tout au moins de façon générale, de telle sorte que soient établies au préalable les limites dans lesquelles le débiteur n'a plus le libre choix de ses actes, mais doit se comporter conformément au droit d'un autre (le créancier).

Comme nous l'avons déjà dit dans la section précédente, le contrat de travail, de par sa nature, exige que les tâches du travailleur soient déterminées en général seulement et que soit laissé à l'employeur le pouvoir unilatéral de préciser le contenu et les modalités des diverses prestations qui donneront progressivement corps à la prestation globale formant l'objet du contrat. L'adaptation de cette exigence à la condition posée par l'article 1346 du code civil est l'œuvre des conventions collectives, qui ont élaboré le système des

catégories et qualifications de travailleurs<sup>(51)</sup>. A ce système se réfèrent l'article 2095 du code civil et l'article 96 du décret d'application; mais, dans sa structure actuelle, ce système apparaît désormais mal adapté au progrès technique qui comporte une spécialisation croissante des tâches et, en même temps, soumet celles-ci à des transformations continues. D'où les tentatives faites pour introduire également en Italie de nouveaux systèmes, inspirés des modèles américains de la «job évaluation», tentatives qui rencontrent d'ailleurs des obstacles non négligeables tant dans la législation en vigueur que dans l'attitude des syndicats ouvriers<sup>(52)</sup>.

Le système des *qualifications* permet d'embaucher le travailleur pour un ensemble de tâches correspondant à des postes de travail différents, à chacun desquels il pourra tour à tour être affecté par une décision discrétionnaire fondée sur le pouvoir de direction dévolu à l'employeur. Ces tâches, bien que différentes dans leur contenu, sont toutes considérées comme d'égale valeur, c'est-à-dire correspondent précisément à une même qualification professionnelle décrite par la convention collective. De cette manière, le travailleur n'est pas inséré dans l'organisation professionnelle de l'entreprise en termes objectifs de l'affectation à un poste de travail déterminé, mais plutôt en termes subjectifs de l'attribution au travailleur d'une qualification déterminée, comprise dans les trois catégories fondamentales prévues par l'article 2095 du code civil (auxquelles, on le verra par la suite, la négociation collective la plus récente est venue ajouter une quatrième) et confirmée en relation avec les tâches visées dans le contrat. Le travailleur est rémunéré non pas du fait qu'il occupe un poste de travail donné, mais du fait qu'il a une qualification donnée («paye personnelle» par opposition à la notion de «paye de poste», caractéristique du système de la «job evaluation»), sauf le cas exceptionnel prévu par l'article 2103, alinéa 2. La qualification devient donc la mesure de la rémunération due au travailleur, déterminée ainsi sur la base de critères qualitatifs se rapportant à la capacité professionnelle du travailleur et non (comme dans la «job evaluation») sur la base de critères (objectifs) d'analyse quantitative des divers postes de travail considérés en eux-mêmes.

Parce qu'elle dépend des tâches qui ont été affectées au travailleur par le contrat de travail, la qualification présente une na-

(51) Giugni, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, I, (éd. prov.), Naples, 1961.

(52) Cf. mon article *Job evaluation e ordinamento giuridico italiano*, dans *Il diritto dell'economia*, 1960, p. 1237 et s., et les citations. Récemment, Romagnoli, *La «Job evaluation» nell'esperienza giuridica italiana*, dans *Riv. trim. dir. et proc. civ.*, 1961, p. 927 et s.

ture contractuelle (en ce sens qu'elle est établie contractuellement)<sup>(53)</sup>. La confirmation de la qualification en relation avec les tâches pour lesquelles le travailleur a été engagé s'effectue, en revanche, par une déclaration unilatérale de l'employeur (article 96, alinéa 1, du décret d'application du code civil), ce qui s'explique du fait qu'il s'agit de classer ces tâches dans l'organigramme de l'entreprise. En cas de divergence entre l'employeur et le travailleur au sujet de la qualification attribuée, les conventions collectives peuvent confier la vérification des faits importants pour la qualification à un collège technique, composé d'un fonctionnaire de l'inspection du travail, qui préside, et d'un délégué de chacune des associations syndicales intéressées. La détermination effectuée par le collège lie les parties, sauf si elle est entachée d'erreur manifeste (article 96 déjà cité, alinéas 3 et 4).

Les diverses qualifications sont groupées en *catégories*, qui constituent traditionnellement un critère de différenciation sensible de la situation juridique du travailleur, tant du point de vue de la réglementation du rapport de travail qu'en ce qui concerne le régime de prévoyance, sans que soit pour autant compromise l'unité fondamentale du contrat de travail et du système de prévoyance sociale.

A l'origine, la loi distinguait deux catégories de travailleurs: les employés et les ouvriers. Mais, à partir de 1926, tout d'abord sur le plan de l'organisation syndicale et, donc de la négociation collective, puis sur le plan du régime légal du rapport de travail, le «cadre d'entreprise» («dirigente d'impresa», appelé dans le langage courant «dirigente d'azienda») s'est détaché de la catégorie des employés pour former une catégorie distincte. Cette évolution a été sanctionnée par le nouveau code civil qui distingue trois catégories: «les travailleurs subordonnés se divisent en cadres administratifs ou techniques, employés et ouvriers» (art. 2095 c.c.) Le second alinéa de cet article confie aux lois spéciales ou aux conventions collectives le soin de fixer les conditions d'appartenance aux catégories indiquées, selon chaque secteur de la production et selon la structure particulière de l'entreprise.

Pour ce qui est de la distinction entre employés et ouvriers, qui restent les deux catégories fondamentales, la règle posée par le code est complétée par l'article 95 du décret d'application, d'après lequel l'appartenance à la catégorie d'employé ou d'ouvrier, lorsque

---

(53) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 47.

les lois spéciales ou les conventions collectives ne contiennent aucune disposition en la matière, est déterminée par le décret royal n° 1825 du 13 novembre 1924, devenu la loi n° 562 du 18 mars 1962 (loi sur l'emploi privé).

Il faut dire tout d'abord que le contrat d'emploi privé, s'il fut à l'origine conçu comme un type autonome (c'est-à-dire soumis à un régime particulier), ne constitue plus aujourd'hui dans le système du code de 1942 qu'une espèce du contrat de travail, caractérisée par la nature de la prestation de travail. Suivant en cela la tendance des conventions collectives, le nouveau code a unifié le régime civiliste du contrat de travail des employés et des ouvriers: les différences de traitement juridique des deux catégories, encore considérables sans doute, ne concernent que les modalités d'application, dans les conventions collectives, d'institutions qui, particulières au régime de l'emploi privé à l'origine, ont été progressivement étendues aux ouvriers également.

D'après l'article 1 du décret précité de 1924, est employé celui qui «au service de l'entreprise» (c'est-à-dire en état de subordination) exerce une «activité professionnelle avec des fonctions de collaboration aussi bien de conception que d'exécution, excepté cependant toute prestation de simple main-d'oeuvre». Il ne convient pas d'exposer ici les controverses doctrinales sur l'interprétation de cette définition. Des trois éléments indiqués par la loi (caractère professionnel, collaboration, exclusion de prestations de simple main-d'oeuvre), l'opinion dominante estime décisif celui de la *collaboration* (54). On a objecté que le code civil (art. 2066 et 2094) considère comme une activité de collaboration avec le chef d'entreprise la prestation de tous les travailleurs, qu'ils soient employés ou ouvriers (55). Cette objection est sans fondement, car la collaboration dont parle l'article 1 de la loi sur l'emploi privé a une signification tout autre et plus étroite que la collaboration dont parlent les articles en question du code. Cette dernière se définit par rapport au but de l'entreprise; elle traduit, comme nous l'avons dit à la section précédente, la tendance du droit du travail moderne à dégager une communion d'objectif (et donc d'intérêt) entre l'employeur et son personnel: c'est donc une collaboration économique. Par contre, la collaboration qui selon l'article 1 de la loi sur l'emploi privé caractérise les employés et les distingue des ouvriers se définit par rapport au contenu de

(54) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 46; Mazzoni, *Manuale*, cit., p. 282 et s.

(55) Ardaù, *Corso*, I, cit., p. 61.

la prestation de travail et traduit une nature particulière du travail fourni: c'est une collaboration administrative ou technique à l'organisation de l'entreprise. Dans ce sens strict, seuls les employés collaborent; leur activité s'insère dans l'ensemble de l'activité d'organisation de l'entreprise<sup>(56)</sup>. L'activité des ouvriers, en revanche, suppose l'organisation, s'insère dans le processus de production pour lequel l'entreprise est organisée (par le chef d'entreprise et ses employés).

L'application pratique de la distinction n'est pas exempte d'incertitudes, inconvénient auquel les conventions collectives cherchent à remédier de deux manières. Premièrement, par une description minutieuse des tâches propres à chacune des qualifications d'employés et d'ouvriers. En second lieu, en instituant une nouvelle catégorie inconnue du code, qui s'insère entre la catégorie des employés et celle des ouvriers et prend le nom de catégorie des «agents de maîtrise» («intermedi»). Elle est une conséquence du fait que les chefs d'équipe, qui sont à certains égards assimilés aux employés, ont été séparés de la catégorie des ouvriers. Il s'agit au fond d'ouvriers auxquels est accordé, à certains égards, un traitement plus favorable que celui qui leur reviendrait d'après la classification légale de leur qualification.

La loi sur l'emploi privé et le code civil considèrent que la distinction entre travail d'ouvrier et travail d'employé est particulière au travail dans l'entreprise et ils en fixent le critère essentiellement en rapport avec l'entreprise. Toutefois la loi récente n° 339 du 2 avril 1958 a introduit une distinction analogue entre les travailleurs affectés au service domestique: l'article 5 (rappelé par les articles 10, 16, 17 et 20) distingue les travailleurs ayant des tâches d'employés et les travailleurs effectuant un travail manuel, spécialisé ou général. Le critère distinctif n'est pas fixé par une définition théorique, mais il est simplement indiqué par des exemples nombreux, d'où il ressort que le critère distinctif est fourni ici par la nature surtout intellectuelle ou surtout manuelle du travail.

La distinction entre dirigeants et employés est très délicate et complexe, ainsi que le prouvent les innombrables conflits judiciaires. Les difficultés proviennent du fait que, tandis que sur le plan de l'organisation syndicale une tendance à étendre la catégorie des dirigeants se manifeste, ou tout au moins s'est manifestée à l'origine (notamment par un esprit naturel de prosélytisme), en revanche sur

---

(56) Cass. 7 novembre 1957 n° 4279, dans *Riv. dir. lav.*, 1959, II, p. 39.

le plan du droit privé du travail et du droit de la prévoyance une tendance restrictive a prévalu, qui a abouti à une distinction entre les dirigeants au sens technique et les employés ayant des fonctions de direction, c'est-à-dire les employés de grade 1 (et de grade A), appelés «funzionari» dans certaines conventions collectives (notamment celles qui concernent l'activité des banques et des assurances). Cette distinction est la conséquence de nécessités découlant de la structure hiérarchique de l'entreprise. On établit l'ordre hiérarchique de l'entreprise en groupant les diverses qualifications par grades selon leur importance (article 96, alinéa 2, du décret d'application du code civil). Mais pour les grades les plus élevés de la hiérarchie, on a éprouvé le besoin, et le code civil en a pris acte, de les grouper en une catégorie autonome, distincte de celle des employés et assujettie à un régime économique-juridique et à un système de prévoyance différencié.

Comme le code est muet sur le critère distinctif, la jurisprudence, se fondant sur les indications de certaines lois spéciales (par exemple loi n° 370 du 22 février 1934, article 1, alinéa 2, n° 4; loi n° 112 du 10 janvier 1935, article 1, alinéa 2, n° 2) et surtout des conventions collectives, a dégagé les éléments suivants qui caractérisent le cadre d'entreprise par rapport au simple employé ayant des fonctions de direction: collaboration immédiate avec le chef d'entreprise ou un autre dirigeant hiérarchiquement supérieur, et par conséquent subordination uniquement au chef d'entreprise ou à un autre dirigeant hiérarchiquement supérieur; attribution d'un vaste pouvoir d'autonomie pour l'organisation générale de l'entreprise ou pour la coordination de l'activité d'un secteur et d'un service de l'entreprise avec l'activité globale de celle-ci, et responsabilité correspondante pour la marche de l'entreprise; supériorité hiérarchique sur tout le personnel de l'entreprise ou sur celui affecté au secteur ou au service dont s'occupe le cadre. Par contre, le pouvoir de représentation extérieure du chef d'entreprise n'est pas un élément essentiel de la qualité de cadre: ce pouvoir appartient également à certains employés (par exemple les fondés de pouvoir, les commis voyageurs) et n'appartient pas à certains cadres (cadres purement techniques) (57).

(57) Cf. dernièrement Cass. 1<sup>er</sup> juillet 1957, n° 2538, dans *Riv. dir. lav.*, 1958, II, p. 480; Cass. 29 mars 1958 n° 1087, *ibid.*, 1958, II, p. 483; Cass. 10 juin 1959, n° 1746, *ibid.*, 1960, II, p. 198; Cass. 14 juillet 1960, n° 1903, *ibid.*, 1961, II, p. 218. Dans la doctrine: Pergolesi, *Il contratto di dirigenza aziendale*, Rome, 1948; Toffoletto, *La qualifica di dirigente*, dans *Riv. dir. lav.*, 1953, I, p. 277 et s.; Pieri, *Definizione del dirigente di azienda e sua distinzione da impiegato*, dans *Il diritto dell'economia*, 1959, p. 569 et s.

Lorsque l'employeur est une société, la possibilité de cumul de la qualité d'administrateur et de la qualité de cadre soulève un problème particulier. Ce problème ne comporte pas de solution constante dans l'un ou l'autre sens. Il s'agit d'une question de fait qui doit être résolue dans le sens de la possibilité de cumul à condition que le cadre, qui est en même temps administrateur, c'est-à-dire organe de formation de la volonté de la société, ne devienne pas en réalité subordonné à soi-même<sup>(58)</sup>. D'après ce critère, la solution n'est à coup sûr négative que dans le cas où les fonctions de cadre sont assumées par l'administrateur unique. Par contre, s'il existe un conseil d'administration, on a en principe tendance à admettre que l'un des administrateurs peut avoir également la qualité de cadre, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'un administrateur délégué.

22. L'autre élément qui concourt à former l'objet de contrat de travail est la rémunération, liée à la prestation de travail par le lien synallagmatique déterminé par la cause de l'échange. Lorsqu'elle consiste, comme il est de règle, en monnaie ayant cours légal dans l'État, la rémunération ne peut être ni impossible (puisqu'il s'agit d'une prestation de genre) ni illicite en soi. La rémunération ne peut être jugée illicite que par une appréciation de la prestation de travail dont elle constitue la contrepartie: dans ce cas, l'illicéité frappe moins l'objet que la cause du contrat. Il s'agit de cas dans lesquels la prestation de travail et la rémunération, considérées en elles-mêmes, sont licites, mais revêtent un caractère illicite lorsque l'une est considérée en fonction de l'autre, c'est-à-dire dans le lien unitaire de la cause de l'échange, qui constitue la fonction du contrat. L'hypothèse considérée dans la pratique est celle dans laquelle les parties conviennent d'une rémunération inférieure aux minima fixés par la loi et les conventions collectives pour le type de tâches visées au contrat. Dans ce cas, selon les principes traditionnels, le contrat serait nul. Mais suivant une règle élaborée à l'origine par le droit du travail, puis étendue par le code de 1942 à tous les contrats, l'illicéité et par conséquent la nullité du contrat sont éliminées en substituant automatiquement à la rémunération convenue par les parties la rémunération supérieure fixée par la loi ou la convention collective (article 1339 et 2078, alinéa 2, du code civil).

L'article 2099, alinéa 2, du code civil prévoit un régime particulier du contrat de travail pour ce qui est du caractère déterminé

---

(58) Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milan, 1956, p. 78 et s.



ou déterminable de la rémunération. En principe, le contrat est nul si la prestation est indéterminée et si les parties n'ont pas fixé à l'avance les critères pour la déterminer ou n'en ont pas confié la détermination à un tiers arbitre (art. 1349). L'article 2099 déroge à ce principe: à défaut d'accord des parties au contrat individuel de travail et à supposer également l'absence d'une convention collective, la détermination de la rémunération est confiée par la loi au juge.

Élargissant la portée de l'article 2099, la Cour de cassation a étendu ce pouvoir d'arbitrage de l'autorité judiciaire au cas où l'accord sur la rémunération est nulle pour violation du principe de la rémunération suffisante, posé par l'article 36 de la Constitution, et elle a précisé que le fait que la rémunération convenue est conforme au barème de la convention collective n'empêche pas de juger insuffisante la rémunération promise par l'employeur et de la faire compléter ultérieurement par le juge <sup>(59)</sup>.

23. Conformément à un principe général des contrats, la forme du contrat de travail est ordinairement libre. Le contrat peut être également conclu oralement ou tacitement, sur la base de faits probants. La forme écrite soit pour tout le contrat, soit pour certaines clauses est exceptionnellement exigée dans certains cas sous peine de nullité. De plus, conformément à l'article 1352 du code civil, la rédaction du contrat ou de certaines clauses peut être prescrite par les conventions collectives et la loi présume que cette prescription de forme a été voulue pour que le contrat ou les clauses particulières soient valables.

Doit faire l'objet d'un acte authentique, reçu par certains officiers publics, le contrat d'enrôlement des gens de mer, à moins qu'il ne soit passé à l'étranger dans une localité qui n'est pas le siège d'une autorité consulaire (auquel cas il suffit d'un acte sous seing privé, établi en présence de deux témoins) et ne soit conclu pour des petits navires de jauge brute inférieure ou égale à 5 tonnes (auquel cas il peut être passé oralement selon les articles 328 à 330 du code de navigation). Pour le contrat de travail du personnel navigant affecté à la navigation intérieure (sur les lacs et les fleuves), il est seulement exigé un acte sous seing privé, sauf pour les navires de jauge brute inférieure ou égale à 25 tonnes (art. 375).

Les cas de forme obligatoire, prévus par le code civil, se limitent tous à des clauses particulières du contrat: la nullité de ces

---

(59) Cass. 22 mars 1961, n° 642, dans *Riv. dir. comm.*, 1961, II, p. 211, avec note critique d'Asquini et autres citations dans celle-ci.

clauses pour vice de forme n'entraîne jamais la nullité de l'ensemble du contrat. Doivent faire l'objet d'un acte écrit: la clause de l'essai (sauf dispositions contraires des conventions collectives), la fixation d'un terme final, la clause de non-concurrence (art. 2096, 2097, 2125 c. c.).

24. L'élément de la volonté, au double sens de volonté de l'acte (c'est-à-dire caractère volontaire de la déclaration) et de volonté du contenu (c'est-à-dire volonté de négocier au sens strict, qui prend dans le contrat la nature d'un accord), ne soulève pas de problèmes particuliers. Il n'y a pas de règles spéciales pour le contrat de travail. Les règles générales prises ici en considération sont: l'article 428 du code civil sur l'incapacité dite naturelle ou, selon les termes du code «incapacité de comprendre ou de vouloir»; les articles 1414 et suivants sur la simulation, les articles 1427 et suivants sur les vices du consentement (erreur, violence, dol).

Nous rappelons ici le phénomène de la simulation en hommage à la théorie traditionnelle, qui considère la simulation comme un cas de divergence entre volonté et déclaration. Cette théorie est à juste titre rejetée par une bonne partie de la doctrine italienne, mais il n'y a certainement pas lieu d'aborder ici le problème. Il convient plutôt de constater que la simulation trouve un terrain suffisamment fertile dans les rapports de travail, où elle est utilisée fréquemment comme moyen de permettre aux employeurs d'échapper aux règles édictées pour protéger le travailleur subordonné<sup>(60)</sup>. Le schéma contractuel adopté en général pour déguiser le contrat de travail (contrat dissimulé) est le contrat d'ouvrage; mais le contrat simulé peut également être un contrat de fournitures ou de vente ou bien, pour le travail dit de gestion, le contrat de mandat ou le contrat de représentation commerciale. Le critère permettant de découvrir la simulation est la constatation de l'état de subordination, caractéristique du rapport de travail. S'il s'agit de travail inhérent à une entreprise, ce critère coïncide avec la constatation que l'activité professionnelle de l'une des parties au contrat (simulé) d'entreprise ou de vente ou de fournitures est en réalité organiquement destinée aux objectifs de production de l'entreprise d'autrui, c'est-à-dire d'une entreprise gérée par l'autre partie.

25. La déclaration et la volonté sont les éléments structurels du contrat, liés entre eux par le rapport forme-contenu. La cause en

---

(60) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 67.

est, par contre, l'élément fonctionnel. Par l'évaluation normative (c'est-à-dire la schématisation légale du contrat), l'intention des parties devient la cause (au sens objectif) qui détermine le type du contrat et constitue la raison des effets juridiques que la loi rattache du contrat: elle représente la fonction objective, immédiate et constante du contrat; les motifs représentent des fonctions subjectives liées à des contingences, donc variables. Les motifs restent en dehors du contrat et sont donc en principe sans importance. La loi ne déroge à ce principe que dans le cas de motif illicite commun aux deux parties et qui a été la raison exclusive de la détermination de la volonté (art. 1345 c.c.): dans ce cas, le contrat est nul (art. 1418 c.c.).

La cause du contrat de travail a été définie dans la section précédente: c'est une cause onéreuse d'échange, constituée par le rapport prestation de travail subordonné-rémunération.

Il faut ajouter ici deux observations qui touchent à des sujets très intéressants du point de vue théorique et pratique, mais qui ne sauraient être suffisamment développées dans les limites de la présente étude:

a) Le contrat de travail est essentiellement un contrat d'échange, mais cela n'implique pas qu'il soit essentiellement un contrat commutatif. Le contrat de travail peut également se présenter comme un contrat aléatoire. C'est ce qui se produit dans le cas, expressément prévu par la loi, mais que l'on rencontre rarement en pratique, où le travailleur est rémunéré uniquement par participation aux bénéfices et aux produits (article 2099, alinéa 3, du code civil) sans minimum garanti<sup>(61)</sup>. Selon certains auteurs, il se produirait dans ce cas une transformation de la cause capable de faire passer le contrat de travail dans la catégorie des contrats de type associatif. Mais cette opinion, bien qu'acceptée par certains arrêts de la Cour de cassation<sup>(61bis)</sup>, se heurte à l'objection que la cause des contrats de type associatif implique une participation aux gains comme aux pertes (en raison de la communion d'objectif qui lie typiquement les parties au contrat), alors que dans le contrat de travail la clause partiaria comporte une participation aux bénéfices *nets* de l'entreprise (art. 2102 c. c.)<sup>(62)</sup>.

b) La définition de l'article 2094 du code civil exclut du schéma type du contrat de travail non seulement le contrat de travail

(61) Corrado, *Nozione unitaria* etc., p. 198.

(61bis) Cf. Cass. 29 décembre 1951, n° 2902, dans *Mass. giur. lav.*, 1952, p. 75, avec note de P. Guerra.

(62) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 42 et 107.

dit bénévole, c'est-à-dire à titre gratuit, mais également le contrat à titre onéreux par lequel quelqu'un s'engage à fournir un travail subordonné compte tenu d'avantages qu'il pourra obtenir de tiers à l'occasion de son travail sans aucune garantie d'un minimum de la part de l'employeur. Le cas classique est celui de la personne, qui s'oblige à travailler uniquement en vue des pourboires qu'elle recevra à titre de libéralités des clients de son employeur (serveurs de restaurants et barmen, garçons coiffeurs, cireurs de chaussures, etc. au service d'autrui). Dans ce cas, la contreprestation de l'employeur consiste, selon la vieille thèse de Lotmar<sup>(63)</sup>, dans l'occasion donnée au travailleur de toucher les pourboires.

Il s'agit d'un contrat innommé (car il manque un élément caractéristique du contrat de travail proprement dit, à savoir le paiement d'une rémunération effectuée par l'employeur), dont on peut toutefois se demander s'il est admissible, étant donné la règle posée par l'article 36 de la Constitution. Contracter une obligation de travail à titre gratuit est licite<sup>(64)</sup>. Mais lorsque l'obligation de travail est contractée à titre onéreux, les parties doivent adopter l'institution légale du contrat de travail et non une autre institution, qui pourrait permettre à l'employeur d'échapper aux règles prévues pour la protection du travailleur, notamment la règle constitutionnelle sur la rémunération minimale suffisante<sup>(65)</sup>. La possibilité, pour le travailleur, de toucher des pourboires de la part de tiers ne peut remplacer, dans la cause du contrat, l'élément de la rémunération, mais peut seulement représenter un motif (juridiquement sans effet) qui incite les parties à convenir d'un salaire réduit par rapport à celui qui serait convenu si cette possibilité n'existait pas, à condition qu'il ne soit jamais inférieur au minimum exigé par l'article 36 de la Constitution. Il en résulte que le travailleur qui fournit son travail exclusivement contre les pourboires des tiers, clients de l'employeur, peut demander au juge la fixation d'une rémunération à verser par l'employeur en vertu de l'article 2099 du code civil. Au reste, le problème a perdu son importance pratique dans les cas où le pourboire a été remplacé par un pourcentage obligatoire pour le service inclus dans le prix de la consommation. Il se pose alors la question de savoir si le pourboire facultatif que les clients continuent à laisser en plus du pourcentage pour le service doit être con-

(63) *Arbeitsvertrag*, I, p. 156, 698 et s. L'auteur attribue cependant à la possibilité de gain un caractère de rémunération en nature (*Naturalvergütung*), ce qui ne peut se soutenir, tout au moins en droit italien.

(64) Cass. 25 mai 1960, n° 1356, dans *Foro it.*, 1961, I, col. 1366.

(65) En ce sens Santoro-Passarelli, *Nozioni*, cit., n° 69.

sidéré comme un élément complémentaire de la rémunération, notamment pour le calcul de l'indemnité d'ancienneté. Sauf stipulation contraire entre les parties, on doit répondre par la négation, précisément parce que le pourboire ne présente pas les caractéristiques de la rémunération <sup>(66)</sup>.

26. L'hypothèse de l'illicéité de la cause du travail, expressément prévue par l'article 2126 du code civil, se distingue de l'hypothèse de l'illicéité de l'objet. Lorsque la prestation de travail est en elle-même illicite (par exemple activité de contrebande, prostitution, etc.), le contrat est nul, indépendamment de toute appréciation de sa cause. Le contrat est jugé licite sous ce second point de vue lorsque les prestations faisant l'objet du contrat sont en elles-mêmes licites. Mais la notion de cause illicite est sérieusement controversée, à tel point qu'une partie autorisée de la doctrine, malgré la lettre du code, exclut la possibilité que cette notion se présente pour les contrats nommés, parmi lesquels figure le contrat de travail. Certes, le code italien a admis une notion objective de la cause, nettement distincte de la notion de motif; et il est tout aussi certain que la cause d'un contrat nommé, conçue abstraitement comme un élément du schéma légal du contrat, est, par définition, licite. Mais cela n'exclut pas que, se concrétisant par un certain contrat de ce type, la cause puisse prendre un caractère illicite en rapport avec l'intention concrète des parties. Quand l'intention des parties, c'est-à-dire le but qu'elles se proposent d'atteindre immédiatement au moyen du contrat, en concordance avec la cause caractéristique de ce contrat, apparaît contraire à des règles impératives, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la cause devient illicite *dans ce cas concret*. Il faut toutefois bien distinguer cette hypothèse du cas de motif illicite commun, où l'illicéité n'est pas inhérente à l'objectif immédiat des parties (qui, dans le contrat de travail, consiste en l'échange de travail contre une rémunération), mais à un but médiate et ultérieur, que les parties se proposent d'atteindre par la réalisation de la cause caractéristique du contrat.

Si ces considérations sont exactes, il est difficile de trouver des exemples de cause illicite dans le contrat de travail <sup>(67)</sup>, en dehors des cas d'obligation de travail assumée pour une rémunération in-

(66) Santoro-Passarelli, *Mance dei giocatori vincenti e retribuzione*, dans *Saggi di dir. civ.*, cit., vol. II, p. 1114. La cour de cassation ne semble pas être de cet avis. Cf. récemment, Cass., 21 décembre 1960, n° 3304, dans *Riv. giur. lav.*, 1961, II, p. 283, avec note critique de Buscaino, p. 284 et s.

(67) Sargenti, *Causa illecita del contratto di lavoro?*, dans *Foro pad.*, 1956, I, col. 487.

férieure aux minima fixés par la loi ou par les conventions collectives. Mais nous avons déjà dit que, dans ce cas, l'illicéité est automatiquement éliminée (ce qui empêche ainsi le contrat d'être considéré comme nul) par la substitution *ope legis* de la rémunération fixée par la convention collective à la rémunération convenue par les parties au contrat individuel. On peut en rencontrer un autre cas, lorsque la rémunération, même conforme à la convention collective, s'avère inférieure au «minimum suffisant» imposé par l'article 36 de la Constitution. Mais, dans ce cas également, comme nous le savons, la Cour de cassation, élargissant la portée de l'article 2099, écarte la nullité du contrat, en attribuant au juge le pouvoir de fixer la rémunération à un taux répondant à la norme constitutionnelle.

Sont au contraire des cas de motif illicite, où le contrat est nul uniquement lorsque sont réunies les conditions prévues par l'article 1345 du code civil, les cas dans lesquels une personne s'engage par exemple à travailler comme porteur pour le chargement de marchandises destinées à la contrebande ou comme portier et, en général, comme serveur dans des locaux où l'employeur exerce une activité criminelle ou immorale (68).

27. Distinct du cas d'illicéité du contrat par illicéité d'un élément de celui-ci (objet, cause ou motif; articles 1343, 1345, 1346 et 1418, alinéa 2) est le cas d'illicéité du contrat pour violation de règles impératives (articles 1322, alinéa 1, et 1418, alinéa 1 c.c.). L'illicéité frappe alors tout le contrat, puisqu'il est interdit par la loi.

Le contrat de travail est *contra legem* dans les cas prévus par l'article 2127 du code civil et par la loi n° 1369 du 23 octobre 1960. Dans ces cas, il y a, avec des techniques différentes, une interposition de personne dans la conclusion du contrat de travail (69), et par conséquent une scission entre la position de chef d'entreprise et la position d'employeur, normalement en vue de soustraire le chef d'entreprise aux règles impératives édictées pour protéger les travailleurs. Il ne s'agit pas de simulation, car dans les cas en question l'interposition de personne entre le chef d'entreprise et les travailleurs est réelle et non fictive: le contrat de travail est réellement voulu

---

(68) Cf. Cass. 19 avril 1956, n° 1187, dans *Riv. dir. lav.*, 1956, II, p. 469; tribunal de Milan, 28 avril 1960, dans *Giur. it.*, 1961, I, 1, col. 508; Greco, *Contratto di lavoro*, cit., p. 187. Pour que le contrat soit déclaré nul, il faudrait prouver que le porteur était poussé par le désir de favoriser la contrebande ou le portier par le désir de favoriser la prostitution, ce qui est pratiquement inconcevable.

(69) Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milan, 1959.

entre les personnes qui le concluent, c'est-à-dire que celui qui, dans le contrat, joue le rôle d'employeur n'est pas un simple prête-nom, un homme de paille. Mais il ne s'agit pas non plus, du point de vue technico-juridique, d'un contrat passé en fraude à la loi. La répression de la *fraus legi*, qui normalement vicie le contrat dans les cas considérés, est uniquement le motif politique du régime spécial auxquels ils sont assujettis. Le législateur a jugé insuffisante la sanction prévue par l'article 1344 du code civil (nullité du contrat passé en fraude à la loi), qui suppose la preuve, difficile à apporter, de l'intention frauduleuse des parties, et il a par conséquent établi une interdiction formelle qui joue en fonction de certaines conditions objectives, indépendamment de toute enquête sur l'élément subjectif que constitue l'intention des parties.

L'article 2127 du code civil interdit l'interposition de personne dans le travail à la tâche, appelée également «tâche collective autonome». Dans ce cas, la personne interposée est un salarié du chef d'entreprise, c'est-à-dire est liée au chef d'entreprise par un rapport de travail: dans l'exercice de ce rapport, le chef d'entreprise confie à son salarié un travail à la tâche à faire exécuter par des travailleurs embauchés et rémunérés directement par le salarié lui-même. Les contrats de travail passés avec les membres de l'équipe sont donc conclus au nom du salarié (chef d'équipe), sur la base d'un mandat (sans représentation) reçu du chef d'entreprise.

La loi n° 1369 du 23 octobre 1960 étend la disposition juridique aux cas de la pseudo-entreprise et de la fourniture de main-d'œuvre. Ces deux cas se distinguent de l'hypothèse prévue par le code, en ce sens que l'intermédiaire n'est pas un salarié du chef d'entreprise, mais un tiers (souvent une société). Dans la pseudo-entreprise, appelée par la loi «entreprise de simples prestations d'ouvrage», l'entrepreneur (intermédiaire) s'engage vis-à-vis du donneur d'ouvrage (chef d'entreprise) à effectuer un ouvrage et un service en employant des travailleurs qu'il embauche et qu'il rémunère directement, mais sans véritable organisation d'entreprise, c'est-à-dire en se servant de «capitaux, machines et outils fournis par le donneur d'ouvrage, même si leur usage s'accompagne d'un dédommagement du donneur d'ouvrage». Il manque donc un élément essentiel de l'entreprise<sup>(70)</sup>, à savoir l'organisation par l'entrepreneur des moyens nécessaires pour l'exécution de l'ouvrage et du service: en réalité, le résultat du travail promis par le pseudo-entrepreneur fait partie

---

(70) Canelutti, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, dans *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 503.

intégrante du processus de production que réalise l'entreprise gérée par le donneur d'ouvrage. Par contre, la fourniture de main-d'œuvre est un contrat (innommé, car l'objet du contrat type de fournitures est uniquement une prestation continue de choses), par lequel le fournisseur (intermédiaire) s'engage à mettre à la disposition de l'autre partie (le chef d'entreprise) un certain nombre de travailleurs d'une qualification donnée qu'il embauche et rémunère directement, tout en restant étranger à l'exécution du travail.

La pratique de la *pseudo-entreprise* et de la fourniture de main-d'œuvre est encore plus dangereuse que le travail à la tâche collective autonome. Non seulement elle tend à dégager le chef d'entreprise de toute responsabilité à l'égard des travailleurs individuels, en favorisant le triste phénomène du marchandage, mais elle sert encore à échapper aux règles de droit public du travail, principalement à la réglementation de droit public de la demande et de l'offre de travail (placement) et aux règles sur l'embauchage obligatoire de travailleurs appartenant à certaines catégories. Elle comporte en outre la possibilité d'échapper en partie aux obligations relatives aux contributions de prévoyances. Il est vrai qu'en général le pseudo-entrepreneur ou le fournisseur de main-d'œuvre s'engage, vis-à-vis du chef d'entreprise qui fait appel à lui, à remplir les obligations en matière d'assurance et de prévoyance prescrites par les lois en vigueur. Mais un contrôle efficace, par les instituts d'assurances, de la quantité de main-d'œuvre fournie à diverses entreprises est à peu près impossible, et le pseudo-entrepreneur ou le fournisseur en profite pour indiquer sur les livres de paie un nombre d'heures ouvrées inférieur au nombre d'heures réellement effectuées par les travailleurs qu'il a embauchés, fraudant ainsi pour une part des contributions dues aux assurances sociales et déduisant en conséquence le montant des prestations d'assurances auxquelles ont droit les travailleurs.

Ces considérations sont à l'origine de l'interdiction légale de l'interposition (réelle) de personnes dans les rapports de travail inhérents à l'exploitation d'une entreprise, interdiction qui, traduite en une formule positive, implique le principe suivant: lorsque le contrat de travail est destiné à insérer le travailleur dans une organisation d'entreprise, la qualité d'employeur doit être formellement assumée par le chef d'entreprise lui-même. Le contrat de travail conclu par l'intermédiaire en violation de ce principe est illicite (puisque *contra legem*) et, comme tel, nul en vertu de l'article 1418 alinéa 1<sup>(71)</sup>

---

(71) En ce sens, Santoro-Passarelli, *Nozioni*, cit., n° 70, p. 132; n° 80, p. 147.



mais les effets de la prestation de fait sont maintenus, ainsi que nous le verrons par la suite.

## § 2. ÉLÉMENTS ACCIDENTELS

28. Le contrat de travail peut être assorti tant d'une condition (suspensive ou résolutoire) que d'un terme (initial ou final). Pour ce qui est de la condition, il faut rappeler la règle générale édictée par l'article 1360, alinéa 2, du code civil, qui exclut la rétroactivité de la condition *résolutoire* dans les contrats d'exécution successive (c'est-à-dire continue ou périodique), au nombre desquels se trouve le contrat de travail: l'accomplissement de la condition résolutoire, dont est assorti un contrat de cette espèce, «à défaut de convention contraire, reste sans effet en ce qui concerne les prestations déjà effectuées» (72).

Une partie de la doctrine, que nous jugeons en définitive mieux fondée, rattache à la notion de condition résolutoire l'institution, très controversée sur le plan dogmatique, de la clause de l'essai (art. 2096 c.c.). Il n'y a pas lieu de nous attarder à examiner les diverses théories proposées. Il faut rejeter catégoriquement la conception qui voit dans la clause de l'essai un contrat de travail distinct du contrat «définitif»: contrat préliminaire, selon une première opinion; contrat spécial et autonome selon une autre opinion plus récente (73). Dans l'hypothèse de l'article 2096, il y a un seul contrat de travail, dans lequel la clause de l'essai s'insère comme une clause destinée à en modifier les effets caractéristiques. Cette modification, selon une thèse soutenue avec autorité (74), mais à notre point de vue artificieuse, consisterait en ce que le contrat avec clause de l'essai fait naître deux rapports de travail, l'un provisoire subordonné à un terme final incertain (communication dans un délai maximum du défaut d'agrément, sous forme de résiliation du contrat par l'une ou l'autre partie), l'autre définitif, subordonné à la condition suspensive de l'agrément, résultant du défaut de résiliation par l'une ou l'autre partie. Nous estimons qu'il y a contrat unique et rapport unique: la modification, déterminée par la clause de l'essai, consiste en la subordination du rapport à la condition *résolutoire* du défaut d'agrément de l'une

(72) On a fait observer à juste titre que la «clause contraire», prévue en général par la loi, n'est pas concevable dans le contrat de travail: Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 71, p. 134.

(73) Assanti, *Il contratto di lavoro a prova*, Milan, 1957.

(74) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 72.

ou l'autre partie, qui devra être notifiée sous forme d'une déclaration de résiliation (75). Il s'agit d'une condition purement protestative, car dans le contrat de travail, à la différence de la vente avec clause d'essai, le résultat de l'essai ne dépend pas de critères d'évaluation objective, mais est laissé au jugement absolu de chacune des parties: ceci ne soulève pas de difficultés, étant donné que l'article 1355 du code civil précise que la condition purement protestative n'est nulle et ne rend le contrat nul que lorsqu'elle est suspensive, mais non pas lorsqu'elle est résolutoire.

Étant donné la fonction particulière de la résiliation pendant la période d'essai, elle peut intervenir sans les précautions qui l'entourent normalement dans le rapport de travail à durée indéterminée (préavis ou indemnité remplaçant le préavis), et indépendamment de la condition de la juste cause exigée dans le rapport à durée déterminée. Les parties peuvent fixer un délai minimum d'essai, auquel cas la réalisation pour non-agrément ne peut survenir avant l'expiration du délai. L'article 2096 ne fait allusion qu'indirectement à la nécessité d'un délai maximum, lorsqu'il dispose (alinéa 4) que «à l'expiration de la période d'essai, l'engagement devient définitif et le service effectué compte pour l'ancienneté du travailleur». La nécessité d'une durée maximale de l'essai est explicitement prévue par l'article 4 de la loi sur l'emploi privé (trois ou six mois selon le classement des qualifications); par l'article 904, n° 4 concernant le contrat de travail du personnel navigant; par l'article 9 de la loi n° 25 du 19 janvier 1955 sur le contrat d'apprentissage, qui fixe à deux mois la durée maximale de l'essai de l'apprenti; par l'article 5 de la loi n° 339 du 2 avril 1958 sur le contrat de travail domestique (un mois ou huit jours selon que le travailleur appartient à l'une ou l'autre des deux catégories en lesquelles se divise le travail domestique). Pour les ouvriers (non apprentis), la durée maximale de l'essai est fixée par les conventions collectives. Les parties au contrat individuel peuvent abréger la durée légale ou conventionnelle, mais non la prolonger.

Bien qu'elle soit prévue et régie par la convention collective, la clause de l'essai n'est pas uniquement pour cela insérée.

29. Le régime spécial prévu par le code civil pour la fixation d'un terme final au contrat de travail, qui montre que le législateur voit avec défaveur le contrat à durée déterminée et veille à ce que le terme ne se traduise pas par une entrave à la liberté personnelle

---

(75) Dans le même sens, Barassi, *Diritto del lavoro*, cit., vol. II, n° 155.

du travailleur, a déjà été exposé dans l'étude précédente sur la stabilité de l'emploi. Mais l'article 2097 du code civil a été abrogé par la loi n° 230 du 18 avril 1962 (art. 9), qui établit un régime plus restrictif<sup>(76)</sup>. Selon le nouveau texte, le contrat de travail ne peut exceptionnellement être assorti d'un terme que dans les trois cas suivants:

1. Le terme peut être convenu même sans acte écrit, lorsque le rapport du travail a un caractère purement occasionnel et que sa durée ne dépasse pas 12 jours ouvrables (art. 1, alinéa 5);

2. En dehors de cette hypothèse, le terme doit résulter d'un acte écrit (dont copie doit être remise au travailleur par l'employeur), mais la clause n'est valable que dans les cas suivants, limitativement énumérés à l'article 1, alinéa 2:

- a) «Lorsque la fixation du terme est exigée par la nature spéciale du travail découlant de son caractère saisonnier». La liste des travaux entrant dans cette catégorie sera arrêtée par décret présidentiel sur proposition du Ministre du travail et des affaires sociales dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la présente loi (art. 1, dernier alinéa). En attendant la parution de ce texte, on applique, pour la détermination de ces activités, le décret ministériel du 11 décembre 1939 qui approuve la liste des travaux s'effectuant annuellement à des périodes d'une durée inférieure à six mois.
- b) «Lorsque le travailleur est engagé pour remplacer des travailleurs absents et qui conservent leur droit à la conservation de leur emploi, à condition que le contrat de travail à terme indique le nom du travailleur remplacé et la cause de son remplacement.» Les travailleurs qui conservent le droit à la conservation de leur emploi sont les absents pour accident, maladie, grossesse, accouchement, service militaire et rappel sous les drapeaux, ainsi que les travailleurs mis en disponibilité pour raison de santé ou de famille ou parce qu'ils assument des charges publiques ou syndicales déterminées, ou pour d'autres motifs.
- c) «Lorsque l'engagement a lieu en vue de l'exécution d'un ouvrage ou d'un service défini et d'une durée déterminée à l'avance, ayant un caractère extraordinaire ou occasionnel».

---

(76) La loi en question ne s'applique pas aux rapports de travail entre employeurs de l'agriculture et salariés à emploi fixe, quelle que soit leur dénomination, régis par la loi n° 533 du 15 août 1949 et ses amendements ultérieurs (article 6).

La nature de l'ouvrage ou du service doit être indiquée non pas d'une manière générale, mais avec précision; sa durée doit, en outre, pouvoir être déterminée à l'avance et l'avoir été; enfin il doit avoir «un caractère extraordinaire ou occasionnel». La preuve du caractère extraordinaire doit être apportée par référence aux activités exercées ordinairement dans le cadre de l'entreprise. La fixation d'un terme au contrat de travail est admise également lorsqu'un ouvrage ou service déterminé, bien qu'ayant un caractère ordinaire (c'est-à-dire entrant dans l'activité ordinaire exercée dans le cadre de l'entreprise), doit être exécuté en fonction de nécessités contingentes et occasionnelles de l'entreprise.

- d) «Pour les travaux à phases successives qui exigent de la main-d'œuvre ayant des spécialisations autres que celles des travailleurs normalement employés, et cela uniquement pour les phases complémentaires, pour lesquelles il n'y a pas de continuité d'emploi dans le cadre de l'entreprise». Entrent en ligne de compte ici les activités dans le déroulement desquelles on distingue des phases temporairement et fonctionnellement autonomes. Celles-ci, lorsqu'elles ne sont pas principales, c'est-à-dire lorsqu'elles ne sont pas essentielles et déterminantes pour le résultat de l'activité globale, et lorsqu'elles ont, en outre, un caractère périodique ou épisodique, peuvent être confiées à des travailleurs possédant la spécialisation professionnelle nécessaire en l'espèce, engagés avec un contrat à durée déterminée.
- e) «Dans les contrats des artistes et techniciens de la production de spectacles» (76bis).

3. A défaut de conditions précitées, la fixation d'un terme (pourvu qu'il résulte d'un acte écrit) est autorisée lorsque le travailleur est engagé comme cadre supérieur administratif ou technique (art. 4); mais le terme ne peut dépasser cinq ans (à la différence de l'article 2.097, alinéa 4, c.c. abrogé qui ne prévoyait aucune limite de durée). Toutefois, à l'expiration d'un délai de trois ans, le cadre supérieur (mais non l'employeur) peut résilier le contrat moyennant préavis (selon l'article 2.097 c.c., ce droit unilatéral de résiliation n'était reconnu au cadre qu'après une période de 12 ans).

Le terme du contrat à durée déterminée peut, avec le consentement du travailleur, être exceptionnellement prorogé une seule fois et

---

(76bis) Pour la disposition relative à la charge de la preuve figurant à l'article 3 de la loi, voir la fin du n° 14 ci-dessus.

pour une durée ne dépassant pas celle du contrat initial, lorsque la prorogation est exigée par des nécessités contingentes et imprévisibles et concerne la même activité professionnelle que celle pour laquelle le contrat a été conclu à durée déterminée, en vertu de l'article 2, alinéa 1, de la loi du 18 avril 1962 n° 230.

Si la prestation de travail persiste après l'expiration du terme fixé à l'origine ou prorogé ensuite, le contrat est considéré comme un contrat à durée indéterminée depuis la date du premier engagement du travailleur. Le contrat est également considéré comme étant à durée indéterminée lorsque le travailleur est rengagé à terme dans les 15 ou 30 jours qui suivent l'expiration d'un contrat d'une durée respectivement inférieure ou supérieure à 6 mois et, en tout cas, lorsqu'il s'agit d'engagements à terme successifs (contrats dits en chaîne) visant à éluder les dispositions de la présente loi (art. 2, alinéa 2).

La nouvelle loi a non seulement accentué la défaveur du législateur italien pour le contrat de travail à terme, mais encore profondément modifié le régime de celui-ci dans les cas où il est exceptionnellement autorisé. L'innovation consiste en une tendance à assurer l'égalité de traitement entre le travailleur à terme et celui titulaire d'un contrat à durée indéterminée, dans les limites de ce qui est objectivement compatible avec la nature du contrat à terme (art. 5).

En particulier, la loi a supprimé la différence principale du traitement institué par le code civil, à savoir la limitation au seul travailleur à durée indéterminée du droit à l'indemnité d'ancienneté en cas de cessation du rapport de travail (art. 2.120 c.c.). l'article 5, alinéa 2, de la nouvelle loi dispose qu'«à l'expiration du contrat (à terme), il sera payé au travailleur une prime de fin de contrat, proportionnelle à la durée du contrat et égale à l'indemnité d'ancienneté prévue dans les conventions collectives.

Ceci relègue définitivement à l'arrière-plan la doctrine qui voit dans le contrat de travail à terme une forme contractuelle indépendante. La fixation d'un terme final ne modifie pas la structure type du contrat de travail, mais elle n'établit même pas un rapport de travail spécial. Il s'agit uniquement d'un mode particulier de rapport, que la loi considère comme anormal. La sanction de nullité qui frappe le terme fixé en dehors des cas autorisés ou sans que les conditions exigées par la loi soient remplies, n'atteint pas l'ensemble du contrat, mais a pour seule conséquence que le terme est considéré comme n'ayant pas été fixé.

Il faut observer enfin que la distinction entre contrat à durée indéterminée et contrat à durée déterminée, établie par le code civil, n'épuise pas tous les aspects que peut prendre le rapport de travail du point de vue du terme. Bien qu'il ne soit pas d'une application pratique fréquente dans le domaine des rapports privés de travail, un troisième type est possible, qui résulte de la combinaison des deux premiers et prend le nom de contrat de travail assorti d'une clause de stabilité de l'emploi<sup>(77)</sup>. Dans ces cas (voir, par exemple, décret royal n° 148 du 8 janvier 1931 et le règlement annexe sur le statut juridique du personnel des trolleybus urbains et extra-urbains et des autobus urbains; convention collective du 14 octobre 1953 pour le personnel des caisses d'épargne), il se produit une pénétration en droit privé du principe de stabilité qui caractérise le rapport d'emploi public: alors que le travailleur peut à tout moment résilier son contrat avec préavis, l'employeur, par contre, est tenu de respecter un délai (correspondant à la durée qui permet au travailleur d'atteindre une certaine limite d'âge ou une certaine ancienneté de service), pendant lequel le pouvoir de licenciement ne lui est reconnu que pour des causes limitativement prévues. La clause de stabilité de l'emploi implique un traitement spécial du travailleur à la fin du rapport de travail (pension de retraite).

## Chapitre II

### LE RAPPORT DE TRAVAIL

#### Section 1

#### ASPECT CONTRACTUEL DU RAPPORT

30. Par rapport de travail, nous entendons l'ensemble des obligations, droits et pouvoirs de nature variée qui échoient réciproquement au travailleur et à l'employeur. L'économie de la présente étude nous oblige à renoncer à toute tentative de reconstitution dogmatique du rapport de travail, tentative qui entraînerait la révision d'une série de problèmes concernant tant la théorie générale des obligations que la théorie de l'entreprise. Au préalable, nous décrirons très sommairement les effets propres au contrat de travail. Dans

---

(77) Cf. Cass. 19 juillet 1952, n° 2271, dans *Riv. dir. lav.*, 1952, II, p. 505; Cass. 4 août 1953, n° 2647, *ibid.*, 1954, II, p. 129.

le paragraphe suivant, nous chercherons à préciser l'importance que prend, par rapport au contenu du rapport de travail, l'entrée du travailleur, par le contrat, dans une organisation sociale dont l'employeur est le chef, et particulièrement dans une organisation d'entreprise.

31. Les obligations (et les droits correspondants) découlant du contrat de travail se divisent en deux catégories: a) obligations de prestation; b) obligations de correction.

a) *Les obligations de prestation* sont destinées à réaliser l'intérêt spécifique de chacune des parties, en vue duquel a été conclu le contrat: pour l'employeur, l'intérêt à la prestation de travail; pour le travailleur, l'intérêt à la rémunération. Ces obligations consistent donc essentiellement en deux obligations réciproques par lesquelles se réalise la cause d'échange du contrat.

La détermination de la prestation due par l'employeur ne présente pas de difficultés, car il s'agit d'une obligation périodique de donner (en général, une somme d'argent), fixée selon des critères précis liés à la durée et au résultat du travail.

Il est plus difficile d'apprécier le comportement dû par le travailleur, étant donné qu'il s'agit d'une obligation de simple activité.

Le travailleur doit fournir son travail avec la diligence imposée par la nature de la prestation et en se conformant aux instructions de l'employeur (art. 2104 alinéa 1, c.c.; voir également l'article 6 de la loi du 2 avril 1958 sur le travail domestique). Ces deux directives, prévues expressément par le code dans le régime du rapport de travail, s'ajoutent aux règles générales de la bonne foi qui préside à la formation, à l'interprétation et enfin à l'exécution du contrat (art. 1337, 1366, 1375 c. c.).

Bien qu'étroitement unis dans le développement du droit des obligations, les critères de la bonne foi et de la diligence sont nettement distincts. La bonne foi est un critère de complément des effets du contrat, qui doivent être déterminés non seulement d'après la loi, mais encore d'après l'équité (art. 1374 c.c.), qui est précisément exigée au plus haut point de la bonne foi («bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat»: D. 16, 3, 31, pr.). D'une part, elle amène à étendre l'obligation de prestation du débiteur, en vue de protéger l'intérêt du créancier plus complètement et plus efficacement que ne l'impose la lettre du contrat; mais d'autre part, elle amène éventuellement à la restreindre, en écartant de

l'obligation tous les actes pour lesquels la prétention du créancier, tout en étant formellement conforme à la *lex contractus*, s'opposerait cependant aux intérêts plus élevés (c'est-à-dire plus digne de protection juridique) du débiteur. Sous le premier aspect, la bonne foi se présente comme un critère de détermination d'une série d'obligations du travailleur, que l'on peut qualifier d'«obligations complémentaires instrumentales»<sup>(78)</sup> ou d'«obligations secondaires, non autonomes»; ces obligations n'ont pas un but autonome (et ne peuvent par conséquent être invoquées en justice par une action autonome), mais elles tendent à garantir la réalisation de l'utilité objective que l'employeur attend de la prestation du travailleur, et elles représentent ainsi des spécifications de cette utilité: par exemple, l'obligation de veiller aux outils de travail fournis par l'employeur, qui va au-delà du simple devoir négatif de ne pas les endommager; obligation de suppléer par son initiative personnelle aux défauts inévitables de l'organisation du travail préparée par l'employeur et de surmonter autant que possible les obstacles qui se présentent (réparation personnelle de légères avaries des machines, notification immédiate au service technique compétent des avaries plus graves). Sont précisément de cette espèce les obligations que les travailleurs se refusent à accomplir lorsqu'à des fins de lutte syndicale, ils proclament la «grève perlée», sous le prétexte qu'il s'agit d'actions non prévues par la qualification contractuelle. Du second point de vue, la bonne foi constitue un critère de détermination des événements qui, tout en n'entraînant pas une impossibilité objective de la prestation de travail, rendent celle-ci cependant «inexigible»<sup>(79)</sup>: L'exemple classique est celui du travailleur qui ne se présente pas à l'heure dite au travail en raison du décès ou d'une grave maladie d'un de ses proches.

La diligence est par contre une modalité de la prestation due, modalité intrinsèque qui s'ajoute aux modalités extrinsèques constituées par le lieu et le temps (horaire de travail). Elle est la mesure de l'exécution exacte. Il faut entendre la diligence au sens large, en y comprenant également l'habileté, c'est-à-dire les actes objectivement imposés, selon les règles de la bonne technique, par le but de la prestation. Le concept général de diligence du bon père de famille (art. 1176 c.c.) revient ici à la notion de diligence du bon

(78) Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milan, 1953, p. 96; Mengoni, *op. cit.*, dans *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 370 (et bibliographie qui suit); Mancini, *Responsabilità etc.*, cit., p. 81.

(79) Mengoni, *op. cit.*, dans *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 283 et s.; Mancini, *op. cit.*, p. 64, 159. La notion d'«inexigibilité» (*Unzumutbarkeit*) est cependant très controversée dans la doctrine italienne.



travailleur de telle catégorie et de telle qualification professionnelle: en ce sens, le code dispose que le travailleur doit faire preuve de la diligence exigée par la nature de la prestation due. C'est pourquoi l'idée que le travailleur puisse être appelé à ne répondre que de la *culpa in concreto*, appréciable selon la diligence personnelle dont il a fait montre pendant la période d'essai, est certainement étrangère au droit italien. Le critère de la responsabilité du travailleur, comme de tout débiteur, est la diligence in abstracto, appréciée objectivement en fonction de la nature de la prestation due<sup>(80)</sup>.

Du devoir de la diligence ou, plus exactement, de l'obligation de travailler avec diligence, la loi distingue le *devoir d'obéissance* aux instructions de l'employeur pour l'exécution du travail (art. 2104, alinéa 2, c.c.). Il s'agit en effet de deux éléments distincts, ainsi que le prouve l'argument selon lequel le manque au devoir d'obéissance (un acte d'insubordination, par exemple) n'empêche pas que la prestation de travail, considérée en elle-même, puisse être parfaitement exécutée<sup>(81)</sup>. Le pouvoir de direction de l'employeur et le devoir d'obéissance correspondant du travailleur sont les aspects actif et passif de la subordination, qui est une caractéristique particulière du rapport. Le pouvoir dont l'employeur est investi en vertu du contrat n'est pas seulement le pouvoir de déterminer le contenu et le but de la prestation de travail, mais c'est un pouvoir d'organisation globale de la prestation, qui touche donc directement à la personne du travailleur: puis en ce second sens, c'est un pouvoir de direction, qui revêt également un aspect disciplinaire. C'est-à-dire qu'il appartient à l'employeur non seulement de déterminer le résultat auquel doit tendre la prestation de travail, mais encore de contrôler toutes les conditions nécessaires pour atteindre ce résultat. Le travailleur peut, et même doit (selon la bonne foi) compléter par sa propre initiative l'organisation prévue par l'employeur, mais il ne peut modifier cette organisation en substituant son propre jugement à celui de l'employeur. Il peut arriver que ce jugement s'avère meilleur et qu'en conséquence le travailleur aboutisse à un résultat de travail tout à fait conforme à l'intérêt de l'employeur: malgré cela, il devra répondre de son manquement au devoir d'obéissance.

Pour ce qui est de la détermination de la prestation de travail, le pouvoir de direction de l'employeur trouve une limite dans le

(80) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 87, p. 159; Mancini, *op. cit.*, p. 38.

(81) Greco, *Contratto di lavoro*, cit., n° 201, p. 326. Contre la tendance de certains auteurs à faire coïncider l'obligation de prestation du travailleur avec le devoir d'obéissance, cf. Mancini, *op. cit.*, p. 24 et s.

droit du travailleur dit droit à la qualification. Cette limite est prévue par l'article 2103 du code civil: «le travailleur doit être affecté aux tâches pour lesquelles il a été engagé». Toutefois, compte tenu de nécessités impérieuses de l'organisation de l'entreprise, il est reconnu à l'employeur le droit d'affecter le travailleur à des tâches autres que celles visées au contrat et contenues dans la qualification attribuée au travailleur (*jus variandi*), pourvu que soient réunies les conditions suivantes, précisées par le même article 2103 du code civil, complété par l'article 334, alinéa 2, du code de la navigation: 1) l'affectation doit être temporaire, c'est-à-dire justifiée par des nécessités extraordinaires et donc transitoires de l'entreprise; 2) elle ne doit pas entraîner un changement substantiel dans la position du travailleur: c'est-à-dire que l'on admet également l'affectation à des tâches correspondant à une qualification inférieure à la qualification figurant dans le contrat, pourvu qu'elle soit en rapport avec le titre professionnel et au grade hiérarchique du travailleur, et donc qu'elle ne soit pas de nature à en compromettre le prestige et la capacité professionnelle; 3) l'affectation à des tâches inférieures ne doit pas entraîner une diminution de la rémunération, qui doit continuer à être payée au taux correspondant à la qualification contractuelle; 4) l'affectation à des tâches correspondant à une qualification supérieure implique le droit du travailleur à la rémunération plus avantageuse prévue pour les tâches qu'il effectue. Ces mesures de précaution rigoureuses fixées par la loi ont été étendues par les conventions collectives grâce à l'introduction du principe de la promotion automatique du travailleur à la qualification (et éventuellement à la catégorie) supérieure, et donc de la conservation définitive de la rémunération plus élevée, lorsque l'affectation à des tâches d'une valeur supérieure à la qualification pour laquelle il a été engagé se prolonge au delà d'un certain délai.

32. b) Le principe de la bonne foi ne joue pas seulement comme critère complémentaire de la prestation faisant l'objet du contrat. Il se manifeste encore dans le principe général posé par l'article 1175 du code civil, qui représente précisément un aspect particulier de la bonne foi qui affecte tout le comportement des parties au rapport obligatoire: «le débiteur et le créancier doivent se comporter selon les règles de la correction».

Les obligations accessoires de correction se divisent à leur tour en deux catégories <sup>(82)</sup>:

(82) Cf. Mancini, *Responsabilità* etc., cit., p. 88 et s.

a) Obligations préparatoires à l'exécution de la prestation principale et obligations de conservation de la possibilité de la prestation. Ces obligations sont toujours coordonnées avec l'intérêt fondamental de chaque partie à la prestation promise par l'autre, et elles ont donc une nature instrumentale, mais à la différence des obligations complémentaires instrumentales mentionnées au paragraphe précédent, elles ont un contenu autonome, en ce sens qu'elles ne jouent pas dans le contexte spécifique de l'activité de prestation, et elles peuvent en outre concerner non seulement le débiteur, mais encore le créancier.

Pour le travailleur, les obligations en question limitent sa liberté en dehors des heures de travail, c'est-à-dire pendant les arrêts et les périodes de repos, au cours desquels il doit régler son mode de vie d'une manière conforme à l'engagement pris dans le contrat de travail. Nous ne pouvons traiter ici du problème délicat de l'étendue de cette obligation, dont un aspect a été reconnu par la doctrine allemande dans l'obligation de «se maintenir en bonne santé et capable de travailler»<sup>(83)</sup>. Il est indubitable que le travailleur qui s'enivre dans la nuit du dimanche au lundi et se présente le lendemain au travail encore en proie aux vapeurs éthyliques commet une faute contractuelle. Mais le travailleur qui entreprend pendant les vacances une excursion difficile en montagne, au cours de laquelle il est victime d'un accident qui le rend inapte au travail commet-il également une faute contractuelle<sup>(84)</sup>?

Pour l'employeur, les obligations préparatoires à l'exécution de la prestation de travail se traduisent par l'obligation de fournir au travailleur en temps utile la matière première et les instruments de travail nécessaires.

En règle générale, l'employeur peut renoncer à la prestation de travail, en continuant à payer la rémunération (en pratique, cela se produit fréquemment pendant la période de préavis) mais dans certains cas, caractérisés par l'intérêt que le travailleur attache non seulement à la rémunération, mais encore, et peut-être principalement, à l'exécution du travail (que l'on pense notamment au travail artistique), le principe de la correction impose à l'employeur l'obligation de faire travailler son salarié, c'est-à-dire d'utiliser réellement, sous la forme prévue, la prestation promise par celui-ci<sup>(85)</sup>.

(83) Nikisch, dans *Recht der Arbeit*, 1951, p. 369, cité et critiqué par Mancini, *op. cit.*, p. 152 et s.

(84) Sur ce sujet, voir notre étude *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, dans *Scritti giur. in onore di A. Scialoja*, Bologne, 1953, vol. IV, p. 261-266; Mancini, *Responsabilità*, cit., chap. IV, p. 147 et s.

(85) Greco, *Contratto di lavoro*, cit., n° 118; Santoro-Passarelli, *Nozioni*, cit., n° 88.

Il existe ensuite des obligations de l'employeur qui, toujours en vertu du principe de la correction, vont au-delà de l'obligation de rémunération. Il s'agit d'obligations de communication, destinées à mettre le travailleur en mesure de contrôler l'exactitude de la rémunération qui lui est versée: obligation de faire connaître au travailleur la catégorie et la qualification qui lui sont attribuées (article 96 du décret d'application du code civil), obligation de communiquer préalablement aux travailleurs à la tâche les renseignements relatifs aux éléments qui constituent le tarif de tâche, aux travaux à effectuer et à la rémunération unitaire correspondante, ainsi que les renseignements concernant la quantité de travail effectuée et le temps employé (art. 2101, alinéa 2 c. c.).

b) La seconde catégorie des obligations de correction est constituée par les obligations qui, pour employer une terminologie tirée respectivement des doctrines allemande et française, sont appelées «de protection» (*Schutzpflichten*) ou «de sécurité». Ces obligations complémentaires ne sont pas commandées par l'intérêt de prestation qui a incité chacune des parties à signer le contrat, et par conséquent sont autonomes du point de vue de leur contenu comme de leur fin: elles prennent naissance en fonction d'un «intérêt de protection» distinct, propre à l'une et à l'autre partie, en lui-même étranger au contrat, mais mis en jeu aussi bien pendant l'activité de formation que pendant l'activité d'exécution du contrat, si bien que, si on l'apprécie en vertu de la bonne foi, cet intérêt entre également dans le cadre de la protection juridique spécifique que constitue le rapport obligatoire. Les obligations de protection protègent chaque partie contre les risques spécifiques auxquels elle s'expose en se mettant en contact avec l'autre, risques constitués par la possibilité qu'en liaison immédiate avec l'activité de formation ou d'exécution du contrat, l'une des parties accomplisse des actes susceptibles de causer un préjudice à la personne ou aux biens de l'autre.

Alors que les obligations (primaires et secondaires) de prestation tendent à procurer au créancier un avantage, c'est-à-dire un accroissement de son patrimoine, les obligations de protection, au contraire, ont un but, purement négatif, de conservation de l'intégrité de la personne et du patrimoine de l'autre partie.

Une série d'obligations de protection à la charge du travailleur est énumérée par l'article 2105 du code civil sous la rubrique, tout-à-fait impropre, d'«obligation de fidélité»: «Le travailleur ne doit pas traiter d'affaires pour son propre compte ou pour le compte de tiers,

en concurrence avec l'employeur, ni divulguer des renseignements afférents à l'organisation et aux méthodes de production de l'entreprise, ni en faire usage d'une manière pouvant porter préjudice à celle-ci».

L'article 12 de la loi sur le travail à domicile énonce une disposition analogue et il faut rappeler également l'article 6 de la loi sur le travail domestique, qui oblige le travailleur à «conserver la discrétion nécessaire pour tout ce qui touche à la vie familiale».

L'obligation du secret et de la discrétion subsiste même après la cessation du contrat de travail (et c'est précisément une caractéristique du principe de correction établi par l'article 1175 c.c. que de déterminer, dans certains cas, la survivance du rapport obligatoire en fonction de la protection d'un reste d'intérêt de protection d'une des parties). Par contre, l'obligation de non-concurrence ne subsiste pas, à moins que le contrat ne comporte une clause de non-concurrence «pour la période postérieure à la cessation du contrat» (art. 2125 c.c.). Mais l'obligation découlant de la clause de non-concurrence n'est pas une obligation de protection, mais plutôt une véritable obligation (principale) de prestation, à tel point que la loi exige, sous peine de nullité, la fixation contractuelle d'une compensation en faveur du travailleur. La durée de la clause ne peut dépasser cinq ans, s'il s'agit de cadres, et trois ans dans les autres cas.

Pour l'employeur, les effets de la règle générale de l'article 1175 sur la réglementation du rapport de travail sont remplacés par les règles de droit public sur la sécurité du travail. Le critère indicatif de ces règles est formulé par l'article 2087 du code civil: «Le chef d'entreprise est tenu de prendre, dans l'exploitation de l'entreprise, les mesures qui, selon le caractère particulier du travail, l'expérience et la technique, sont nécessaires pour protéger l'intégrité physique et la personnalité morale des travailleurs.» A cette disposition se rattachent les règles des lois spéciales sur la protection des femmes et des enfants et sur la protection des mères qui travaillent, règles qui, par certains côtés, vont au delà des limites de la notion du devoir de protection et se rapprochent de la notion germanique d'«obligation d'assistance» (*Fürsorgepflicht*) ainsi que les règles générales sur l'hygiène du travail (décret présidentiel n° 303 du 19 mars 1956) et les règles sur la prévention des accidents du travail (décret présidentiel n° 547 du 27 avril 1955).

En ce qui concerne le travail domestique, les obligations de protection imposées à l'employeur sont définies par l'article 6 de la loi n° 339 du 2 avril 1958.

## Section 2

## ASPECT INSTITUTIONNEL DU RAPPORT

33. La notion institutionnelle du rapport de travail, selon laquelle la source du rapport n'est pas le contrat, mais plutôt l'acte volontaire par lequel le travailleur entre dans un organisme disposé à le recevoir, est certainement étrangère au code italien. Il est seulement vrai que, lorsqu'il se développe dans le cadre d'une organisation d'entreprise, le rapport de travail, tout en conservant un lien étroit avec la source contractuelle, tend à prendre également un aspect institutionnel, c'est-à-dire à absorber dans son contenu des éléments formels qui n'apparaissent pas comme des effets propres au contrat, mais sont le reflet de l'organisation dans laquelle le travailleur s'est intégré.

On se demande alors quelle est exactement l'importance juridique, pour la structure des rapports de travail, de l'insertion du travailleur dans le corps organisé (institution) qui constitue l'un des aspects objectifs de l'entreprise (l'autre aspect objectif étant l'organisation des biens de production)<sup>(86)</sup>. Cette importance est-elle extrême, capable de constituer, à côté du rapport d'échange, un rapport associatif unissant l'employeur et les travailleurs en une communion d'entreprise, ou bien cette importance est-elle minime, ne consistant qu'en une spécification et une extension d'obligations et de pouvoirs qui s'amorcent déjà dans les effets du contrat? Il faut répondre dans le second sens<sup>(87)</sup>.

L'hommage rendu par le législateur de 1942 au concept germanique de «communauté d'entreprise» (voir *retro* sous 8, c) est purement extrinsèque, et par surcroît il n'est pas étayé par des notions claires. Le législateur s'est bien rendu compte que le régime juridique caractéristique des rapports communautaires est l'obligation de fidélité. Mais l'article 2105, qui porte précisément ce titre, contient une énumération de devoirs incombant au travailleur qui, en réalité, ne correspondent pas à la notion de fidélité, essentiellement liée à la notion de communauté, et sont au contraire de simples devoirs de correction, découlant du contrat de travail (contrat d'échange) en vertu du principe général posé par l'article 1175 du code civil. Par contre, on trouve une allusion importante à une obligation de fidélité du travailleur dans le premier alinéa de l'article 2104 du code civil, mala-

(86) Asquini, *Profili dell'impresa*, dans *Riv. dri. comm.*, 1943, I, p. 1 et s.

(87) Sur ce qui suit, voir l'ouvrage de Mancini, *Responsabilità*, etc., cit., p. 97 et s.

droitement confondue dans la description de l'obligation de diligence. Cette disposition, dont nous avons jusqu'à présent mentionné seulement la première partie (c'est-à-dire la partie proprement inhérente à la notion de diligence), prévoit que «le travailleur doit faire preuve de la diligence exigée par la nature de la prestation due, *par l'intérêt de l'entreprise* et par l'intérêt supérieur de la production nationale». Dans le texte en question, le terme «entreprise» ne doit pas être pris au sens subjectif de synonyme de chef d'entreprise (sinon on devrait reprocher au législateur d'avoir commis un pléonasme), mais plutôt au sens objectif, c'est-à-dire au sens d'organisation de personnes et de biens pour un but productif. Ceci dit, il est clair que l'obligation de promouvoir l'intérêt institutionnel de l'entreprise n'a rien à voir avec la diligence dont doit faire preuve le débiteur dans l'accomplissement d'une prestation d'échange, mais constitue au contraire le contenu essentiel de l'obligation de fidélité qui unit réciproquement les membres d'une organisation fondée sur une communion d'intérêt et de but: obligation non seulement de ne pas trahir le but commun, mais de veiller constamment, avec un soin agissant, à le favoriser au maximum. Mais il est tout aussi clair que l'obligation de promouvoir l'intérêt de l'entreprise, imposée au travailleur par l'article 2104 du code civil, est appelée à rester lettre morte si et tant que la communauté d'entreprise ne sort pas du plan sociologique (et sur ce plan déjà, une reconnaissance précise de cette communauté fait défaut en Italie) et ne se caractérise pas sur le plan juridico-formel par la formation d'un organe de la communauté, conseil de gestion (ou «conseil d'entreprises»), démocratiquement constitué. Car c'est seulement cet organe composé de représentants du chef d'entreprise et des travailleurs, et non pas le travail individuel, qui est à même d'interpréter l'intérêt de la communauté d'entreprise avec des effets s'imposant à tous les membres de cette même communauté.

Au contraire, le code civil de 1942 donne une conception autoritaire de la collaboration (s'inspirant de la «mystique du chef» cultivée par le régime fasciste), qui reconnaît au seul employeur, défini comme «chef de l'entreprise» (art. 2086), le droit d'interpréter l'intérêt de l'entreprise, sous le contrôle de l'État (art. 2085, 2088 et s.), alors qu'il réserve aux travailleurs le rôle d'«exécutants des ordres du chef» au nom de l'intérêt unitaire et suprême de l'économie nationale. Mais il s'agit d'une conception étrangère au régime fondamental du code, qui reste rigoureusement lié aux canons de l'économie libérale; il s'agit donc d'une simple superstructure qui en définitive

reflète le caractère velléitaire du régime politique en vigueur au moment de la publication du code.

C'est seulement la nouvelle Constitution de 1947, promulguée après le rétablissement du régime démocratique, qui prévoit la constitution d'organes de la communauté d'entreprise. Mais l'article 46 de la Constitution n'a pas jusqu'ici reçu d'application concrète, si bien que l'on doit en conclure qu'en droit italien du travail, la notion de communauté d'entreprise n'est pas actuellement opérante. L'élément associatif du rapport de travail, destiné à tempérer la réalité primitive de l'échange, ne sera pas réalisé avant longtemps. Et l'on ne peut pas davantage voir un début de réalisation de la communauté d'entreprise dans les « commissions internes », créées par voie de conventions collectives. Composées exclusivement de représentants des travailleurs, elles sont des organes unilatéraux de partie, venant s'insérer dans le conflit d'intérêts à la base du rapport de travail conçu comme rapport d'échange, et destinés à renforcer le pouvoir contractuel des travailleurs.

On observera enfin que, dans la réglementation du code civil, on ne trouve même pas le corrélatif nécessaire à l'obligation de fidélité des travailleurs, c'est-à-dire l'obligation générale d'assistance (*Fürsorgepflicht*) de l'employeur vis-à-vis de ses salariés. Des obligations de cette nature, qui vont au delà du simple devoir de correction, sont seulement prévues par quelques lois spéciales, limitativement pour des situations tout à fait particulières et en rapport non pas avec l'idée de la communauté d'entreprise, mais plutôt avec des principes d'ordre public: par exemple, obligation de l'employeur de soumettre à des visites médicales périodiques les femmes mineures et les enfants qu'il emploie (loi du 26 avril 1934, art. 21); obligation d'installer une nursery ou une crèche pour les jeunes enfants des femmes salariées (loi du 26 août 1950, art. 11).

34. L'institution à laquelle participe le travailleur engagé au service d'une entreprise n'est donc ni la source du rapport de travail, fondé dans tous les cas sur le contrat, ni (tout au moins en l'état actuel du droit italien) la source d'obligations et de pouvoirs autonomes par rapport au contrat, c'est-à-dire susceptibles de constituer un rapport (associatif) distinct du rapport d'échange dérivant du contrat<sup>(88)</sup>. L'institution n'a une importance juridique qu'en tant que critère de spécification et d'extension de certains effets du contrat, et c'est seu-

(88) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 53, p. 106.



lement en ce sens limité que l'on peut parler d'un aspect institutionnel du rapport de travail.

Précisément, l'insertion du rapport contractuel dans la réalité institutionnelle de l'entreprise implique une qualification de la subordination en termes de dépendance *hiérarchique* (art. 2086 c.c.), fonctionnellement liée aux nécessités de la technique et de l'organisation de l'entreprise. L'assujettissement du travailleur à l'ordre hiérarchique de l'entreprise entraîne, un développement des effets primitifs du contrat consistant dans le devoir d'obéissance du travailleur et dans le pouvoir corrélatif de direction et de discipline de l'employeur; développement qui, précisément, est étranger à la logique du contrat et rentre plutôt dans la logique de l'institution.

Le pouvoir de direction et de discipline prend un contenu plus intense, car il est attribué à l'employeur non plus seulement en tant que tel, mais en tant que chef de l'entreprise: d'une part, il se présente comme le pouvoir de régir la conduite du travailleur également dans ses rapports avec les autres travailleurs au service de l'entreprise (et qui sont des tiers par rapport au contrat); d'autre part, il est assorti de moyens de sanction difficilement applicables en dehors de l'institution (sanctions pécuniaires et sanctions suspendant et modifiant l'activité professionnelle du travailleur). Le pouvoir disciplinaire sur chaque travailleur devient en somme un aspect du pouvoir de réglementation globale du travail organisé dans l'entreprise. Parallèlement, le devoir d'obéissance du travailleur qui, sur la base du contrat, n'existe qu'à l'égard de l'employeur, s'élargit et lie le travailleur également à l'égard des salariés du chef d'entreprise qui ont un grade hiérarchique supérieur (art. 2104, alinéa 2, c.c.). Et plus l'entreprise est grande, plus le pouvoir hiérarchique sur les travailleurs individuels (ce que les sociologues anglo-saxons appellent «face to face power») tend à se décentraliser au niveau des personnes qui, dans l'organisation, occupent les postes immédiatement supérieurs aux ouvriers. C'est précisément cette considération qui est à la base du fait que, sur le plan de la négociation collective, les chefs d'équipe et les chefs de groupe ont formé une catégorie autonome.

Enfin, l'incorporation du travailleur dans l'entreprise-institution entraîne une dépersonnalisation de la qualité d'employeur, en ce sens qu'elle n'est plus liée à la personne qui a conclu le contrat et qu'elle devient au contraire objectivement inhérente à la propriété de l'entreprise. C'est pourquoi, en cas de cession de l'entreprise, le rapport de travail ne s'éteint pas, mais subsiste vis-à-vis de l'acquéreur, c'est-à-dire du nouveau propriétaire de l'entreprise (art. 2112 c. c.).

*Section III***LA CESSATION DU RAPPORT**

35. Les causes d'extinction du rapport de travail peuvent se répartir en quatre groupes: a) causes d'extinction liées à la nature du rapport du travail *en tant que rapport à exécution successive*; b) causes d'extinction liées à la nature du rapport de travail *en tant que rapport synallagmatique*; c) causes d'extinction liées à un accord des parties; d) causes d'extinction liées à la disparition de l'une des parties.

36. A) Le premier groupe comprend la résiliation *ad nutum* (avec préavis) du rapport de travail à durée indéterminée (art. 2118 c.c.), et l'échéance du terme final dans le rapport de travail à durée déterminée.

Ces deux modes d'extinction du rapport de travail ont été longuement traités dans l'étude sur «La stabilité de l'emploi»<sup>(89)</sup>. Nous devons ajouter ici que les dérogations au principe de l'égalité formelle des parties au contrat, instituées par les conventions collectives en matière de résiliation *ad nutum*, sont devenues des dérogations *légal*es, à la suite de la reprise des dispositions des conventions collectives dans les décrets législatifs pris par le gouvernement en vertu de la délégation qui lui a été conférée par la loi n° 741 du 14 juillet 1959 (voir l'étude sur «Les sources du droit du travail»).

Ces dérogations sont de deux ordres:

- a) Limites à la liberté de licenciement, prévues dans le secteur de l'industrie par les accords interconfédéraux des 18 octobre 1950 et 21 avril / 20 décembre 1950 (voir l'étude sur «La stabilité de l'emploi», édition française, p. 271 et s.). Le premier accord institue un véritable contrôle sur les motifs des licenciements *individuels* qui est confié à un collège arbitral, et prévoit la condamnation de l'employeur à une amende (peine privée) en cas de licenciement injustifié. Les règles figurant dans ces accords interconfédéraux ont été converties en loi par deux décrets législatifs n° 1011 et 1019 du 14 juillet 1960.

---

(89) Sur la résiliation unilatérale cf. récemment Navarra, *Il recesso volontario del rapporto di lavoro*, Milan, 1961. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti del lavoro*, I, Milano, 1962. Pour la prorogation du terme dans le contrat à durée déterminée, voir le n° 29 ci-dessus.

b) Dérogations au principe de l'égalité du délai de préavis aussi bien pour le licenciement (résiliation par l'employeur) que pour la démission (résiliation par le travailleur), principe résultant de l'article 10 du décret royal du 13 novembre 1924 sur l'emploi privé et de l'article 16 de la loi du 2 avril 1958 sur le rapport de travail domestique. Ce second type de dérogation est général à toutes les négociations collectives. Les conventions collectives fixent les délais de préavis pour le licenciement du travailleur (d'une durée variable selon la qualification et l'ancienneté), puis disposent qu'en cas de démission du travailleur, ces délais sont réduits de moitié. A la suite de la promulgation des décrets législatifs précités, il existe maintenant en Italie un système de minima légaux de préavis correspondant aux délais fixés par les conventions collectives.

37. B) Les modalités d'extinction du second groupe sont autant d'applications de la notion de «synallagma fonctionnelle». Comme dans tous les contrats à prestations réciproques, dans le contrat de travail le contenu synallagmatique de la cause du contrat conditionne le rapport contractuel non seulement à l'origine, c'est-à-dire au moment de sa constitution (*synallagma génétique*: interdépendance des obligations), mais encore dans la phase de l'exécution (*synallagma fonctionnelle*: interdépendance des prestations).

Les vices fonctionnels de la cause dans les contrats à prestations réciproques sont en général de trois ordres: L'inexécution de la part de l'une des parties, l'impossibilité de fournir une des prestations pour une raison non imputable au débiteur et, dans les contrats à exécution successive ou périodique ou différée, le caractère trop onéreux de la prestation pour l'une des deux parties. A ces anomalies fonctionnelles du rapport correspondent trois institutions de la réglementation générale des contrats: a) la résolution (en général judiciaire) du contrat pour inexécution (art. 1453 c.c.) et l'exception d'inexécution (art. 1460); b) la résolution (automatique) du contrat pour impossibilité *totale* de fournir une des prestations (art. 1463), alors que l'impossibilité *partielle* donne à l'autre partie le droit de réduire en conséquence la contre-prestation ou, selon les cas, le droit de retrait du contrat (art. 1464); c) la résolution (judiciaire) du contrat par suite de son caractère trop onéreux (art. 1467).

a) Dans l'étude sur «La stabilité de l'emploi» (édition française, p. 264), on a déjà fait observer que la doctrine et la jurisprudence

italiennes ont tendance à ne pas faire appliquer au contrat de travail à durée tant indéterminée que déterminée l'institution générale de la résolution judiciaire pour inexécution. En matière de travail, cette institution est remplacée par le régime *spécial* du «retrait pour juste motif»; (art. 2119 c.c. au sujet duquel on verra l'étude citée, édition française, p. 243, 258-259). Certains arrêts de la Cour de cassation ont confirmé cette tendance <sup>(90)</sup>.

Par contre, *l'exceptio inadempti* ou *non rite adimpleti contractus* (art. 1406 c.c.) reste applicable selon le droit commun. Cependant, la légalité du refus de la prestation de travail à titre de *exceptio inadimpleti contractus* est niée par une partie de la doctrine lorsqu'il s'agit de l'inexécution, par l'employeur, de l'obligation de rémunération relative à une période précédente de travail, déjà accomplie selon cette doctrine. En effet, étant donné le principe du paiement à postériori du salaire, l'une des conditions pour faire jouer l'exception d'inexécution fait défaut, à savoir la coïncidence de l'échéance des deux obligations synallagmatiques <sup>(91)</sup>. Il convient également de rappeler la clause de l'article 1461 du code civil, suivant laquelle le travailleur peut suspendre la prestation de travail, bien que l'obligation de rémunération ne soit pas encore venue à échéance, lorsque les conditions patrimoniales de l'employeur sont devenues telles qu'elles mettent manifestement en danger l'exécution de la contre-prestation, à moins qu'une garantie appropriée ne soit fournie.

b) Quant à l'impossibilité de la prestation de travail pour une cause non imputable au travailleur, il faut distinguer selon que cette impossibilité dépend: a') d'un empêchement (fortuit) qui atteint la personne du travailleur, ou b') d'un empêchement survenu dans la sphère d'activité de l'entreprise.

a') Dans la première hypothèse, le régime spécial du rapport de travail prévoit de nombreuses exceptions aux principes généraux des articles 1256 et 1463 du code civil. Dans une série de cas (accident, maladie, grossesse et accouchement, appel ou rappel sous les drapeaux du travailleur), le régime spécial en question exclut l'impossibilité de la prestation de travail du nombre des causes d'extinction, en la transformant en une cause de suspension du rapport de travail, et substitue en outre au régime général sur le risque et le dan-

(90) Cass. 7 janvier 1959, n° 2, dans *Giur. it.*, 1959, I, 1, col. 18, et les nombreux rappels de doctrine; Cass. 23 mars 1960, n° 609, *ibid.*, 1961, I, 1, col. 196.

(91) Devoto, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padoue, 1943, p. 322. Contre: Santoro-Passarelli, *Nozioni*, cit., n° 111 à la fin; Persico, *L'eccezione di inadempimento*, Milan, 1955, p. 96.

ger (*casum sentit debitor*: art. 1463 c.c.) le principe moderne du risque de l'entreprise. Il s'agit de l'article 2110 du code civil complété par la loi n° 860 du 26 août 1950 pour le cas de grossesse et d'accouchement; de l'article 2111 du code civil, modifié par le décret législatif n° 303 du 13 septembre 1946, pour le cas de service militaire, et complété par la loi n° 370 du 3 mai 1955 pour le cas du rappel sous les drapeaux. Ces dispositions ont été exposées dans l'étude sur «La stabilité de l'emploi» (édition française, p. 247 et s., 260-261). Elles ont un caractère exceptionnel et ne peuvent donc être appliquées que dans les cas expressément prévus. Si l'empêchement personnel du travailleur dépend d'un événement autre que ceux prévus par les articles 2110 et 2111 du code civil, on applique les règles générales<sup>(92)</sup>. S'il s'agit d'une impossibilité *définitive et totale*, le rapport de travail s'éteint immédiatement *ipso jure* (art. 1256, alinéa 1, et 1463 c. c.). Cette sorte d'impossibilité ne se produit pas seulement lorsque le travailleur est atteint d'une impossibilité permanente et absolue, mais encore lorsqu'il devient incapable d'exercer les tâches faisant l'objet du contrat. C'est pourquoi l'impossibilité *partielle* de la prestation de travail, résultant d'événements qui concernent la personne du travailleur, n'est concevable que quant à la quantité, mais non à la qualité de la prestation prévue au contrat: par exemple, à la suite de l'événement imprévu, le travailleur ne peut travailler que pendant une partie de l'horaire normal. Dans de tels cas, en vérité difficilement concevables, on applique les articles 1258 et 1464 du code civil, c'est-à-dire que le contrat n'est pas automatiquement résolu, mais l'employeur a le droit soit de réduire en conséquence la rémunération, soit de résilier le contrat, s'il n'a pas d'intérêt appréciable à son exécution partielle.

S'il s'agit par contre d'une impossibilité *temporaire*, le rapport de travail reste suspendu, mais s'éteint par la suite (*ipso jure*) si l'impossibilité persiste jusqu'à ce que, compte tenu du but du contrat ou de la nature des tâches qui en font l'objet, le travailleur ne puisse plus être considéré comme tenu d'exécuter la prestation ou jusqu'à ce que l'employeur n'ait plus d'intérêt à l'obtenir (art. 1256, alinéa 2 c. c.)<sup>(93)</sup>.

b') L'empêchement de l'employeur, lorsqu'il entraîne une impossibilité (objective), totale ou partielle, de poursuivre l'activité de l'en-

(92) Cass. 19 juillet 1955, n° 2326, dans *Riv. dir. lav.*, 1956, I, p. 374; Cass. 12 octobre 1955, n° 3071, *ibid.*, 1956, I, p. 375; Cass. 1<sup>er</sup> juillet 1960, n° 1737, dans *Gtur. it.*, 1961, I, 1.

(93) Pour un examen détaillé de la question, cf. mon étude déjà citée dans *Scritti in onore di Sciaroja*, IV, p. 274 et s.

treprise, se ramène, selon l'opinion prédominante de la doctrine<sup>(94)</sup>, à une impossibilité, totale ou partielle, de la prestation de travail. L'obligation de travail entre en effet dans la catégorie des obligations de faire pour l'exécution desquelles la coopération du créancier est nécessaire, coopération qui présuppose donc la possibilité de la prestation (voir article 1217 c. c.).

Dans les cas les plus fréquents, il s'agit d'une impossibilité *temporaire*, totale (suspension de l'activité productive de l'entreprise ou d'un service) ou partielle (réduction de l'activité de l'entreprise avec compression correspondante de l'horaire de travail): la réglementation juridique correspondante (qui n'admet de dérogations aux principes généraux qu'en vertu des conventions collectives) a déjà été exposée dans l'étude sur la protection des travailleurs en cas de perte de l'emploi (édition française, p. 315 et s.) et, en ce qui concerne le cas particulier de la grève, dans l'étude sur la grève et le lock-out (édition française, p. 302-303).

Si l'impossibilité de poursuivre l'activité de l'entreprise, survenue pour des raisons non imputables à l'employeur, est totale et *définitive* (par exemple, destruction, saisie, etc. de l'entreprise), le rapport de travail s'éteint immédiatement et *ipso jure* (argument tiré de l'article 9, alinéa 2, de la loi sur l'emploi privé), mais le droit du travailleur à l'indemnité d'ancienneté subsiste (art. 2120 c.c.).

En dehors des cas de force majeure, la suspension ou la cessation de l'activité de l'entreprise ne touche pas au rapport de travail, qui continue avec tous ses effets. Le refus de la prestation de travail, offerte par le travailleur dans les formes usuelles (art. 1217 c.c.), met l'employeur en demeure (*mora credendi*), mais s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, il conserve la faculté de résilier le rapport par licenciement du travailleur avec préavis (et avec indemnité d'ancienneté): voir article 6, dernier alinéa, de la loi sur l'emploi privé. En particulier, la faillite et la liquidation (judiciaire ou volontaire de l'entreprise ne sont pas à elles seules des causes de résolution automatique du rapport. L'article 2119, alinéa 2, dispose en outre

(94) Cf. Cottino, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, dans *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 443 et s.; ID., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milan, 1955, p. 192 et s., 355; voir également mon étude *L'oggetto dell'obbligazione*, dans *Jus*, 1952, p. 173, notes 2 et 4, ainsi que Cass. 29 février 1960, n° 391, dans *Foro it.*, 1961, I, col. 1009. Cette doctrine remonte à Titz, *Die Unmöglichkeit der Leistung* etc., Leipzig, 1900, p. 21 et s. (notamment page 25 où l'auteur écrit que la destruction de l'usine par un incendie est une cause d'impossibilité de la prestation de travail. Est d'avis contraire Comperti, *Risoluzione del contratto di lavoro per impossibilità dell'imprenditore*, *ibid.* (note critique sur l'arrêt de la cour de cassation).

que ces événements ne constituent même pas un «juste motif» de résolution du contrat, c'est-à-dire ne justifient pas la résiliation sans préavis du contrat à durée indéterminée ou la rupture *ante tempus* du contrat à durée déterminée. Seule la cessation effective de l'activité de l'entreprise, à la suite de la faillite ou de la liquidation, entraîne l'extinction des rapports de travail. Mais la cessation n'étant pas déterminée par une cause assimilable à la force majeure, les travailleurs conservent le droit non seulement à l'indemnité d'ancienneté, mais encore à l'indemnité de préavis (voir article 9, alinéa 2, de la loi sur l'emploi privé).

c) Théoriquement, la résolution judiciaire pour caractère trop onéreux est applicable au contrat de travail en tant que contrat à exécution successive. Mais cette solution peut difficilement prendre de l'importance dans la pratique, parce que dans le contrat à durée indéterminée, chaque partie dispose d'un moyen beaucoup plus rapide, à savoir la faculté de résiliation *ad nutum*, et parce qu'en général, la réglementation des conventions collectives s'adapte rapidement aux modifications de l'état de fait <sup>(95)</sup>.

38. C) En principe, s'appliquent également au contrat de travail les règles générales relatives à la dissolution du contrat par «consentement mutuel» (dissentiment mutuel), du fait d'une stipulation ultérieure par laquelle les parties conviennent de mettre fin à la relation de travail (art. 1372 c.c.), ou par résiliation conventionnelle, du fait d'une déclaration unilatérale de volonté fondée sur une clause du contrat attribuant à l'une des parties la faculté de résilier ledit contrat (*jus poenitendi*) (art. 1373 c.c.), en cas de résiliation consensuelle du contrat, s'il est hors de doute que le travailleur n'a pas droit à l'indemnité de préavis, cependant le droit à l'indemnité d'ancienneté est encore discuté. Avant l'entrée en vigueur du code de 1942, la jurisprudence de la Cour de cassation, en corrélation avec la loi sur le travail privé, était orientée dans un sens négatif <sup>(96)</sup>. Selon la lettre de l'article 2120 du nouveau code, cette solution est moins sûre <sup>(97)</sup>. Pour ce qui est de la clause attribuant à l'une des parties la faculté de résilier unilatéralement le contrat, la possibilité d'appliquer l'article 1373 c.c. au contrat de travail à temps

(95) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 111; Ardaù, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milan, 1954, p. 72.

(96) Cf., dernièrement, Cass. 11 mars 1947, n° 337, dans *Giur. it.*, 1948, I, 1, col. 82.

(97) Cf. dans un sens négatif, même en ce qui concerne le nouveau code. Ardaù, *La risoluzione* (secc. cit. p. 36, 41). Contre: dans un sens affirmatif, Mazzoni, *Manuale*, cit., p. 385.

indéterminé se trouve limitée par la règle du préavis (art. 2118 c.c.). La clause du contrat attribuant à l'employeur la faculté de résilier unilatéralement prévue par l'article 1373 ne pourra être considérée comme valide que s'il est stipulé que le travailleur aura droit à un dédommagement au moins égal au montant de l'indemnité pour défaut de préavis. Néanmoins, cette clause peut conserver une importance pratique lorsque, comme c'est le cas dans l'industrie, la résiliation de la part de l'employeur est assujettie à un contrôle des motifs. En effet, un tel contrôle n'est pas applicable lorsque le droit de résiliation découle d'une clause établie en vertu de l'article 1373.

39. D) Le décès du travailleur est toujours une cause d'extinction du rapport, étant donné l'impossibilité d'exécuter la prestation de travail. Le décès de l'employeur n'est à lui seul une cause d'extinction que pour les rapports de travail non inhérents à l'exploitation de l'entreprise, parce que, dans ce cas, le but du contrat vient à disparaître. Par contre, si le rapport de travail est créé pour l'exploitation d'une entreprise, la mort du chef de l'entreprise (employeur) ne provoque l'extinction du rapport que lorsqu'elle entraîne cessation de l'activité de l'entreprise. Dans le cas contraire, il se produit simplement une modification subjective du rapport, c'est-à-dire que l'héritier ou les héritiers du chef d'entreprise lui succèdent dans le contrat de travail. On applique ici par analogie l'article 1722, n° 4, du code civil formulé au sujet du mandat, en vertu duquel «le mandat qui a pour objet l'accomplissement d'actes relatifs à l'exploitation d'une entreprise continue, mais les héritiers conservent le droit de résilier le contrat».

On peut dire en général que le rapport de travail se poursuit toutes les fois qu'il y a changement dans la personne de l'employeur, à condition que l'entreprise subsiste. C'est pourquoi ne sont pas des causes d'extinction du rapport la cession de l'entreprise (article 221 c. c.), la transformation de la société dont dépend le travailleur (argument tiré de l'article 2498, dernier alinéa, du code civil) ou la fusion de l'entreprise avec une ou plusieurs autres sociétés (argument tiré de l'article 2504, dernier alinéa, du code civil): voir l'étude sur «La stabilité de l'emploi», édition française, p. 262.

40. On se demande si la modification des tâches faisant l'objet du contrat de travail, c'est-à-dire le transfert du travailleur à une autre qualification (et éventuellement à une autre catégorie) entraîne nova-



tion du rapport de travail (constitution d'un nouveau rapport à la place de l'ancien qui s'éteint) ou simple modification. Cette question est importante, surtout pour le calcul de l'indemnité d'ancienneté, mais nous ne pouvons l'approfondir ici. Nous estimons que la seconde solution est exacte <sup>(98)</sup>: contrairement au droit romain, le droit moderne admet que le rapport obligatoire peut être modifié par des accords successifs des parties sans perdre son identité (argument tiré des articles 1321 et 2723 du code civil).

41. En cas de cessation du contrat de travail à durée indéterminée, il est dû au travailleur une indemnité proportionnelle à son ancienneté (indemnité d'ancienneté), sauf en cas de licenciement pour faute de sa part et, si les lois spéciales ou les conventions collectives n'en disposent pas autrement, en cas de démission volontaire (art. 2120 c.c.). Dans les cas de cessation du rapport par décès du travailleur ou par démission pour juste motif, l'indemnité prévue en cas de licenciement sans préavis est également due. Toute cette matière a déjà été abondamment traitée dans l'étude sur la stabilité de l'emploi (édition française, p. 253 et s.) et dans l'étude sur la protection des travailleurs en cas de perte de l'emploi (édition française, p. 315 et s.). Comme nous l'avons déjà dit, le droit à l'indemnité d'ancienneté a récemment été reconnu également au travailleur à durée déterminée (à l'expiration du terme) par l'article 5 de la loi n° 230 du 18 avril 1962 (voir le n° 29 cidessus).

42. Le rapport de travail ayant pris fin, l'employeur doit rendre au travailleur le livret de travail, au plus tard le jour qui suit l'arrêt du travail (article 6, dernier alinéa, de la loi n° 112 du 10 janvier 1935). Le livret doit porter notamment la qualification professionnelle du travailleur, le montant de la rémunération et la durée du service.

Dans les cas exceptionnels où le livret de travail n'est pas obligatoire (par exemple pour les cadres) ou ceux dans lesquels le livret n'est pas conservé par l'employeur pendant le temps de service du travailleur (travailleurs domestiques), à la fin du contrat pour n'importe quel motif, l'employeur est tenu, que le travailleur le demande ou non, de délivrer un «certificat de travail» indiquant le temps pendant lequel le travailleur a été à son service et les tâches qu'il a effectuées (art. 2124 c.c.; voir également les articles 2133 et

---

(98) Contra Barassi, *Il diritto del lavoro*. 2° éd., I, cit., p. 371, texte et note 37.

2246). Dans le certificat, l'employeur ne peut formuler une appréciation négative sur le travail fourni et le travailleur ne peut prétendre à l'inscription d'une appréciation favorable (dite de bons services).

### Chapitre III

## LE RÔLE DU CONTRAT DE TRAVAIL EN TANT QUE SOURCE DU RAPPORT DE TRAVAIL

43. Dans le titre de ce chapitre, l'expression «source du rapport de travail» prend deux sens, auxquels correspondent deux problèmes distincts. Il s'agit en premier lieu d'apprécier le rôle du contrat en tant que source *de la réglementation* du rapport de travail, ou mieux — le contrat n'étant pas à proprement parler une source de règles juridiques — en tant que critère de détermination du contenu des effets que la loi rattache au contrat. La constatation que l'autonomie individuelle est désormais ramenée à un rôle marginal nous amène à nous poser la seconde question qui est de savoir si le contrat conserve encore un rôle essentiel en tant que *source génétique*, c'est-à-dire en tant que fait constitutif du rapport de travail.

### Section I

## LE DÉCLIN DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE INDIVIDUELLE EN TANT QUE SOURCE DE LA RÉGLEMENTATION DU RAPPORT DE TRAVAIL

### § 1. INTERVENTION DU LÉGISLATEUR

44. L'article 1322 du code civil définit l'autonomie contractuelle comme étant le pouvoir des parties de «déterminer librement le contenu du contrat dans les limites fixées par la loi». Ces limites sont particulièrement étroites en ce qui concerne le contrat de travail. Non seulement la liberté des parties de fixer les «conditions de travail» est strictement limitée, mais, pour l'employeur, l'intervention du législateur se manifeste encore par des limitations de la liberté même de conclure ou non le contrat et de choisir librement le travailleur.

a) Pour favoriser l'intégration et la réintégration dans la vie professionnelle de travailleurs appartenant à certaines catégories nécessiteuses, la loi impose aux chefs d'entreprise une série d'obligations d'embauchage proportionnellement au nombre de travailleurs occupés dans l'entreprise. L'inobservation de ces obligations est sanctionnée pénalement. En outre, lorsque les organes publics compétents ont notifié à l'entreprise les noms des travailleurs à embaucher (noms choisis sur des listes spéciales), le refus d'embauchage donne droit aux travailleurs choisis à un dédommagement du préjudice subi du fait du non-embauchage. La possibilité d'exécution sous forme spécifique (par jugement du tribunal en vertu de l'article 2932 c.c.) de l'obligation de l'employeur de conclure le contrat, est en revanche exclue. Les cas dans lesquels est prévue cette obligation sont énumérés dans le précédent volume sur «La protection des travailleurs en cas de perte de l'emploi» (édition italienne, p. 448-449) <sup>(98bis)</sup>.

Une obligation légale de contracter, de portée plus générale, destinée à lutter contre le chômage des journaliers agricoles, avait été prévue par le décret législatif n° 929 du 16 septembre 1947, ratifié par la loi n° 621 du 17 mars 1952. Mais la loi sur l'«emploi obligatoire de main-d'œuvre» a été déclarée inconstitutionnelle, et comme telle annulée, par la Cour constitutionnelle par l'arrêt n° 78 du 30 décembre 1958.

b) En dehors des cas rappelés en a), le chef d'entreprise est libre de fixer le nombre de travailleurs à employer dans l'entreprise, mais, en règle générale, il n'est pas libre d'engager directement les travailleurs dont il estime avoir besoin. La conclusion du contrat de travail doit être précédée d'une procédure administrative, appelée procédure de «placement» (embauchage, instituée par la loi pour régler la demande et l'offre de main-d'œuvre, c'est-à-dire le marché du travail. Les phases de la procédure, les organes de l'État qui en sont chargés, la nature juridique et les effets de l'acte qui termine la procédure et finalement les sanctions prévues en cas de violation des règles concernant le placement ont été abondamment traités dans le volume sur «la protection des travailleurs en cas de perte de l'emploi» (édition italienne, p. 428-443). On doit ici rappeler notamment que le système du placement exclut en règle générale la liberté du chef d'entreprise de choisir le travailleur: lorsque joue, comme cela se passe en général, le principe de la demande *numérique*,

---

(98bis) Cf. dernièrement Pera, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, dans *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 1347 et s.

le contrat de travail cesse d'être, au moment de sa conclusion, un contrat *intuitu personae*, le chef d'entreprise étant tenu d'accepter le choix du bureau de placement à l'issue de la demande d'embauchage. Mais même dans les cas, assez largement admis, où la demande peut être *nominative*, la liberté de choix de l'employeur n'est pas absolue, car elle est limitée par une série de priorités établies par la loi en faveur des travailleurs se trouvant dans une situation déterminée.

Le déroulement régulier de la procédure de placement et la conclusion du contrat avec le travailleur dont le nom figure dans la décision d'affectation du bureau de placement sont des conditions de validité du contrat de travail. Toutefois, il ne s'agit pas de nullité absolue, mais de simple annulabilité, qui ne peut être invoquée que par le ministère public et dans l'année qui suit l'engagement du travailleur (art. 2098 c. c.).

45. La *ratio* des limites légales à la liberté contractuelle, mentionnées au paragraphe précédent, réside, soit dans la nécessité de protéger certaines catégories de travailleurs caractérisés par un état de besoin spécial (invalides de guerre ou par causes dues au service, veuves et orphelins de guerre, sourds-muets, etc.), soit dans des exigences liées à la réalisation d'un plan organique de lutte contre le chômage. Par contre, les limites légales à la liberté de déterminer le contenu du contrat visent à protéger le travailleur *en tant que contractant*, caractérisé par une situation de faiblesse économique vis-à-vis de la contre-partie, et donc incapable d'exercer substantiellement le pouvoir d'autonomie contractuelle.

L'intervention du législateur dans la réglementation des rapports de travail s'exerce dans deux directions. Dans la première, elle soumet le rapport de travail à une série de règles de droit public, destinées à protéger l'intégrité physique et la santé, et en général la personnalité des travailleurs: règles sur l'horaire de travail, le repos hebdomadaire et le congé annuel, le travail des femmes et des enfants, l'hygiène et la sécurité du travail, etc. Dans la seconde direction, l'intervention législative devient plus profonde, fixant des minima de rémunération pour les travailleurs. Sur ce plan, la première intervention organique du législateur italien fut réalisée par les lois de 1919 et 1924 sur l'emploi privé, qui établirent une série de minima légaux en matière de préavis, de congé de maladie, d'indemnité de licenciement, etc. L'article 17 de la loi de 1924 déclare qu'il est impossible de déroger *in pejus* à toutes les dispositions figurant dans cette loi. Mais après la loi syndicale de 1926, qui institua le régime

syndico-corporatif, resté en vigueur jusqu'au décret législatif n° 369 du 23 novembre 1944, le législateur italien limita son intervention directe à la première des deux directions indiquées ci-dessus, laissant par contre aux conventions collectives le soin de fixer les minima de rémunération des travailleurs. Cela s'explique par la nature et l'efficacité particulières de la convention collective en régime corporatif; convention au sens formel seulement, mais loi au fond, c'est-à-dire source de droit objectif, et donc obligatoire pour toutes les personnes appartenant à la ou aux catégories professionnelles intéressées, indépendamment de l'affiliation aux associations syndicales signataires.

Le régime syndico-corporatif ayant disparu et l'article 39 de la nouvelle Constitution, qui prévoit un mode spécial de signature de conventions collectives ayant une portée générale, étant resté dépourvu d'application concrète, il s'est instauré en Italie, au cours des dernières années, une situation des rapports de travail qui a exigé une nouvelle intervention directe et massive du législateur. D'innombrables décrets législatifs, promulgués en vertu de la délégation législative conférée au gouvernement par le Parlement par loi n° 714 du 14 juillet 1959 (prorogée par la loi n° 1027 du 1er octobre 1960) ont fixé des minima légaux de rémunération et de réglementation juridique pour les travailleurs de toutes les catégories professionnelles pour lesquelles existent des conventions collectives. Ces minima, ainsi qu'il est expliqué dans l'étude sur les «sources du droit du travail» à laquelle nous renvoyons, sont déterminés par le législateur de manière à correspondre aux minima prévus par les conventions collectives respectives. Il existe donc aujourd'hui en Italie un régime légal (sanctionné pénalement) de minima de salaires: régime qui jusqu'à la loi du 14 juillet 1959, était tout à fait étranger à la tradition législative italienne. Les précédentes interventions législatives en matière de conditions de travail (loi sur l'emploi privé, code civil de 1942, loi sur le travail domestique, etc.) ne concernaient que la réglementation juridique du travail et les modes de détermination de la rémunération et de l'indemnité d'ancienneté correspondante.

Lorsqu'elle se traduit par la fixation d'éléments quantitatifs, minimaux ou maximaux (par exemple durée maximale du travail et de la période d'essai, etc.), du traitement du travailleur, l'intervention législative prend une efficacité particulière, en vertu de laquelle s'opère une substitution automatique de la disposition légale à la clause différente de l'autonomie privée, moins favorable au travailleur, et par conséquent la nullité du contrat est écartée dans tous les cas (art. 1339 et 1419, alinéa 2 c. c.)

46. Lorsqu'il est conclu sans fixation d'un terme final, le contrat ne limite pas l'autonomie de chacune des parties en ce qui concerne la continuation du rapport de travail. Chacun des co-contractants peut à tout moment résilier le contrat moyennant préavis (art. 2118 c.c.). Les limites légales qui restreignent, pour l'employeur, l'application de ce principe pendant certaines périodes (pendant lesquelles la conservation de l'emploi est garantie au travailleur) sont énumérées dans le rapport sur la stabilité de l'emploi (édition italienne, p. 243 - 250). Mais depuis la publication de ce rapport, nous l'avons dit, une modification considérable est intervenue en ce qui concerne le second ordre de limitations du pouvoir de licenciement qui y est décrit (p. 269 et s.). Le régime général des licenciements dans l'industrie, établi par les conventions collectives (accords interconfédéraux) des 18 octobre 1950 (licenciements individuels) et 20 décembre 1950 (licenciements pour compression de personnel) a été transformé en régime *légal* (et par conséquent obligatoire même pour les chefs d'entreprise de l'industrie non affiliés à des associations patronales) à la suite de la reprise, dans les décrets législatifs n° 1011 et 1019 du 14 juillet 1960, du contenu des conventions collectives citées.

## § 2. INTERVENTION DE L'AUTONOMIE COLLECTIVE

47. A côté de l'intervention directe de l'État dans l'organisation des rapports de travail, on trouve une forme d'intervention indirecte (qui historiquement fut la première) par la reconnaissance de l'*autonomie collective* des travailleurs en fonction d'un renforcement de leur pouvoir de négociation. Dans le régime syndico-corporatif antérieur, l'autonomie collective des travailleurs et l'autonomie collective correspondante des employeurs étaient essentiellement liées à l'organisation syndicale des uns et des autres, c'est-à-dire que la convention collective était essentiellement inter-syndicale (art. 2067 c.c.). On admettait, il est vrai, qu'elle puisse être conclue au niveau des entreprises individuelles plutôt qu'au niveau du secteur professionnel, mais la convention collective d'entreprise devait toujours être conclue entre les associations syndicales du secteur auquel appartenaient le chef d'entreprise et les travailleurs de l'entreprise intéressée. Comme il est expliqué dans le rapport sur les sources du droit de travail ce principe n'est plus en vigueur, sauf l'interdiction conventionnelle, édictée par l'accord interconfédéral du 8 mai 1953 pour l'industrie,

de la conclusion de conventions collectives d'entreprise entre le chef d'entreprise et la commission interne.

Il est douteux que le pouvoir d'imposer aux chefs d'entreprise des obligations de contracter, c'est-à-dire le pouvoir de limiter la liberté de ceux-ci de déterminer le nombre de travailleurs à employer dans l'entreprise, entre également dans l'autonomie collective. Indépendamment de cette question en tout cas, les dispositions des conventions collectives concernant l'emploi obligatoire de main-d'oeuvre ont été rapportées à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité de cette mesure.

Pour ce qui est de la détermination des conditions de travail, qui constitue la principale fonction de la convention collective, les futures négociations collectives en Italie seront rigoureusement liées par les minima établis par les décrets législatifs rappelés à la section précédente, qui ont consolidé les positions atteintes par les conventions collectives au moment de l'entrée en vigueur de la loi n° 741 du 14 juillet 1959. Les conventions collectives ultérieures pourront améliorer, mais non aggraver, le régime fixé par lesdits décrets législatifs (art. 7 de la loi déjà citée).

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, les conventions collectives de droit commun, conclues par un ou plusieurs syndicats de travailleurs avec une ou plusieurs associations syndicales d'employeurs et avec un ou plusieurs chefs d'entreprise individuels ont (uniquement pour les affiliés aux associations syndicales signataires) le même effet que celui reconnu par l'article 2077 du code civil aux anciennes conventions collectives corporatives: c'est-à-dire que les clauses différentes des contrats individuels antérieurs ou postérieurs à la convention collective sont remplacées de plein droit par celles de la convention collective, à moins qu'elles ne soient plus favorables au travailleur. Ce sujet a déjà été traité dans le rapport sur les sources du droit du travail.

### § 3. EXTENSION DE RÈGLES DU DROIT DU TRAVAIL À DES RAPPORTS NE DÉCOULANT PAS D'UN CONTRAT DE TRAVAIL

48. Comme on le dira dans la section suivante, en droit italien, le rapport de travail naît exclusivement du contrat de travail. Toute-

fois, le droit du travail manifeste une tendance à s'étendre dans deux sens: tout d'abord dans le sens d'un remplacement total de l'autonomie privée en cas de nullité ou d'annulation du contrat, en attribuant à l'occupation du travailleur des effets juridiques qui coïncident en partie avec le contenu du rapport de travail; en second lieu, dans le sens d'une extension de règles propres à la réglementation des rapports de travail à d'autres rapports découlant d'un contrat de type différent. Nous examinerons dans la prochaine section le premier aspect de ces tendances (qui, à vrai dire, est le seul qui ait trait au problème de l'autonomie privée dans le rapport de travail). Nous développerons brièvement ici le second aspect.

Les règles concernant la prévention des accidents du travail s'appliquent également aux travailleurs subordonnés non rémunérés (appelés travailleurs volontaires), aux associés n'apportant que leur industrie et aux membres des sociétés coopératives, aux élèves d'instituts d'enseignement et de laboratoires-écoles (décret présidentiel n° 547 du 27 avril 1955, art. 3). Aux membres de sociétés coopératives s'appliquent également, à certaines conditions, les règles sur l'horaire de travail (voir les deux règlements pour l'application du décret-loi n° 692 du 15 mars 1923), les règles sur le repos dominical et hebdomadaire (loi n° 370 du 22 février 1934, art. 2), les règles sur la protection des mères qui travaillent (loi n° 860 du 26 août 1950, art. 1). Aux élèves des laboratoires-écoles à but lucratif s'appliquent également les règles sur la protection du travail des femmes et des enfants, et les mêmes dispositions peuvent être étendues, en tout ou en partie, par arrêté du ministre du travail aux laboratoires-écoles sans but lucratif (loi n° 653 du 26 avril 1934, art. 1).

A la différence du droit français, le droit italien considère l'agent commercial, avec ou sans représentation, comme un auxiliaire *autonome* du chef d'entreprise, c'est-à-dire un auxiliaire qui est à son tour entrepreneur (art. 2195, n° 5 c. c.) et, par conséquent, le contrat d'agence, régi par les articles 1742 et suivants du code civil, est un contrat d'un autre type que le contrat de travail. Toutefois, le législateur n'ignore pas que l'agent commercial se trouve par rapport à l'autre partie (commettant) dans une situation de dépendance économique qui le rapproche du travailleur subordonné. Pour cette raison, le code d'une part étend au rapport d'agence certaines mesures caractéristiques du rapport de travail (préavis, indemnité remplaçant le préavis, indemnité d'ancienneté), d'autre part, soumet le rapport à la réglementation d'accords économiques collectifs, qui ont la même



nature que les conventions collectives et ne s'en distinguent que parce qu'ils sont conclus par deux organisations syndicales d'employeurs opposées.

Il faut également rappeler que la réglementation de la convention collective de travail s'applique aussi aux rapports d'association agraire et aux rapports de bail à ferme de l'exploitant direct du fonds (art. 2079 c.c.) .

Le droit de la prévoyance sociale a une tendance encore plus marquée à l'expansion. Le contrat de travail subordonné constitue seulement le fondement normal mais non essentiel de l'établissement des rapports d'assurance sociale.

La protection en matière de prévoyance a été étendue à certaines catégories de travailleurs non subordonnés: membres de coopératives, métayers et colons, membres des professions libérales, petits entrepreneurs (artisans en particulier) <sup>(99)</sup>.

La protection en matière de prévoyance couvre également le travail fourni sur la base de rapports non contractuels (travail familial, fourni spontanément *affectionis causa* ou dans l'accomplissement d'un devoir familial spécifique — travail d'ecclésiastiques ou de religieux concernant des questions spirituelles ou travail accompli en vertu d'un rapport disciplinaire découlant du statut de membre d'une communauté religieuse):

a) L'assurance contre les accidents du travail s'applique «aux parents de l'employeur qui exécutent le travail à son service», même sans rémunération (art. 18 du décret royal n° 1765 du 18 août 1935 et art. 10 du décret royal n° 2276 du 15 décembre 1936). Lorsqu'il n'est pas établi de barème de salaires moyens ou conventionnels, la prime d'assurance se calcule sur le salaire des travailleurs de la même catégorie et qualification professionnelle et de la même localité (art. 15, dernier alinéa, du décret royal n° 200 du 25 janvier 1936).

b) Deux lois en date du 5 juillet 1961 (nos 570, 579 et 580) ont créé un fonds pour l'assurance obligatoire invalidité et vieillesse du clergé et un autre fonds pour la même assurance en faveur des ministres de cultes autres que la religion catholique. Les deux fonds sont financés par des cotisations fixes versées par les intéressés et par une contribution de l'État.

---

(99) Cf. Persiani, *Il sistema giuridico delle previdenza sociale*, Padoue, 1960, p. 42 et s.

## Section II

**LE CONTRAT DE TRAVAIL, SOURCE EXCLUSIVE  
DU RAPPORT DE TRAVAIL  
REJET DE LA DOCTRINE ANTICONTRACTUELLE  
DU RAPPORT DE TRAVAIL**

49. Le problème de la source génétique, c'est-à-dire de la situation de fait (au sens du terme allemand «Tatbestand» du rapport de travail), comporte deux questions: a) Le contrat de travail est-il *suffisant* pour fonder le rapport de travail? b) Est-il nécessaire? <sup>(100)</sup>. Les deux questions sont distinctes, car logiquement la possibilité d'une réponse affirmative à la première question et négative à la seconde n'est pas exclue. Seulement, la possibilité de solutions différentes aux deux questions implique que l'on considère, du point de vue juridique, le rapport de travail comme étant un rapport essentiellement d'échange. Au contraire, si l'on part de l'hypothèse que le rapport de travail est un rapport communautaire (Gemeinschaftsverhältnis), c'est-à-dire institutionnel, il en découle alors une réponse négative aussi bien à la première qu'à la seconde question, c'est-à-dire une solution du problème tout à fait anticontractuelle. On ne peut pas accepter, car elle est contradictoire, la thèse de certains représentants de la doctrine contractuelle en Allemagne, qui pensent concilier la réponse affirmative à la première question avec la conception institutionnelle du rapport de travail, en affirmant que c'est, non seulement le rapport de travail, mais encore le contrat de travail lui-même qui s'est essentiellement modifié, se transformant de contrat obligatoire (d'échange) (Schuldvertrag) en contrat associatif, c'est-à-dire constitutif d'une communauté (gemeinschaftsbegründender Vertrag). Il est en effet certain que le contrat de travail, tel qu'il se présente en droit positif, ne donne pas naissance à un rapport communautaire: le contrat de travail est un contrat obligatoire d'échange. Par contre, si le contenu essentiel du rapport de travail est constitué non par un rapport d'échange, mais par un rapport communautaire, il faut alors reconnaître que le rapport de travail prend naissance seulement au moment de l'intégration du travailleur dans la communauté (normalement dans la communauté d'entreprise), si bien que la source véritable et immédiate du rapport de travail est cette intégration, et non pas

(100) Pour cette manière de poser le problème, cf. Nikisch, *Arbeitsrecht*, I, 2<sup>e</sup> éd., cit., p. 141.

le contrat. Le rapport découlant du contrat ne serait pas encore le rapport de travail, mais un rapport différent et pour ainsi dire préliminaire, qui oblige le travailleur à entrer au service de l'employeur dans l'organisation préparée par celui-ci, c'est-à-dire l'oblige à se tenir à la disposition de l'employeur.

La fonction du contrat de travail étant ramenée à ces termes, il en résulte d'autre part que le contrat, s'il n'est pas suffisant, n'est pas davantage nécessaire à la constitution du rapport de travail. Ce qui est nécessaire et suffisant, c'est seulement l'acte d'intégration volontaire du travailleur dans l'entreprise, grâce auquel le travailleur prend le *status* de membre de la communauté d'entreprise, avec tous les droits et toutes les obligations qui en découlent, même à défaut d'un contrat de travail valable.

Nous avons déjà examiné, dans le chapitre II, le concept institutionnel du rapport de travail par rapport au droit positif italien. Nous avons dit que ce concept, tout en ayant indéniablement exercé une influence sur les auteurs du nouveau Code civil (qui y avaient vu une correspondance avec l'idéologie corporative du régime politique alors en vigueur en Italie), ne s'est pas implanté dans une réglementation juridique par laquelle le rapport de travail se présenterait comme un élément constitutif d'une communauté formée par le chef d'entreprise et les travailleurs en service dans l'entreprise. Certes, le fait que le rapport de travail est inhérent à l'exploitation d'une entreprise réagit sur la réglementation juridique du rapport, en y introduisant certains éléments fonctionnellement liés aux nécessités de l'organisation, mais pas au point de modifier son essence de rapport d'échange, en le transformant en un rapport fondé sur l'appartenance à une communauté. Nous avons déjà fait observer que les éléments caractéristiques d'un rapport ainsi conçu font défaut (à savoir, l'obligation de fidélité du travailleur et l'obligation d'assistance de l'employeur).

Le législateur italien non seulement ne reconnaît pas l'institution, dans laquelle entre le travailleur, comme un système juridique, c'est-à-dire comme une source de règles juridiques, mais il ne le reconnaît même pas comme une source de rapports juridiques. Elle reste une réalité sociologique, dont le législateur tient seulement compte comme d'un critère d'adaptation de la réglementation du rapport de travail, essentiellement façonné sur le schéma de l'échange, à certaines nécessités de l'organisation au sein de laquelle se développe le rapport.

50. La thèse anticontractuelle d'une partie de la doctrine du droit du travail ne se traduit pas uniquement par la conception institutionnelle du rapport de travail. C'est seulement l'une des doctrines anticontractuelles et la plus radicale, car elle affirme que le contrat de travail n'est ni suffisant, ni nécessaire pour la constitution du rapport de travail, et cela en se fondant sur l'hypothèse qu'il n'y a aucune correspondance entre le contenu du contrat de travail (contrat obligatoire d'échange) et le contenu du rapport de travail (rapport associatif).

Une autre doctrine plus modérée reconnaît que le rapport de travail est essentiellement un rapport d'échange, donc que le contrat de travail est suffisant pour faire naître le rapport de travail, indépendamment de l'incorporation du travailleur dans un organisme social, mais elle nie qu'il soit nécessaire: elle répond oui à la première, non à la seconde des questions posées au début du paragraphe précédent. D'après cette doctrine, le contrat de travail serait seulement la source *normale* du rapport de travail; mais le rapport de travail en général prend naissance même à défaut d'un contrat de travail valable, et il prend alors naissance en tant que rapport *ex lege* en liaison avec un fait de nature non contractuelle<sup>(101)</sup>.

Dans le droit italien, la doctrine en question trouve son principal point d'appui dans l'article 2126 du code civil qui dispose «La nullité ou l'annulation du contrat de travail est sans effet pour la période pendant laquelle le rapport a reçu exécution, sauf si la nullité découle de l'illicéité de l'objet ou de la cause. — Si le travail a été accompli en violation de règles établies pour protéger le travailleur, celui-ci a, dans tous les cas, droit à la rémunération».

Cette disposition répond entièrement aux préoccupations d'ordre pratique qui animent les doctrines anticontractuelles du rapport de travail. Elles estiment que la conception contractuelle traditionnelle n'offre pas au travailleur une protection adéquate dans les cas où le contrat de travail est déclaré nul ou est annulé lorsque le travailleur a déjà effectué, pendant une période plus ou moins longue, la prestation visée au contrat. Dans de tels cas, selon les principes traditionnels du droit civil, le travailleur n'a d'autre ressource que l'action en répétition de l'indu: moyen insuffisant soit parce qu'il met à la

---

(101) Greco, *Contratto di lavoro*, cit., p. 162-163; Mossa, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale ed il codice sociale*, dans *Scritti in onore di L. Barassi (Jus, 1943)*, p. 163; Pugliatti, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, dans *Riv. giur. lav.*, 1954, I, p. 140 et s.; Funaloli (C.A.), *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, dans *Annali Univ. Ferrara*, 1952, p. 172 et s., spéc. p. 190-191.

charge du travailleur la preuve de l'enrichissement sans cause de l'employeur, soit parce que cet enrichissement peut s'avérer inférieur au montant de la rémunération prévue dans le contrat (nul ou annulé). La question de savoir si cette critique de la doctrine contractuelle est exacte n'intéresse plus désormais le juriste italien, étant donné la règle positive de l'article 2126. Il est en effet certain que, dans les cas prévus par ce texte, le rapport juridique qui s'établit entre travailleur et employeur, malgré la nullité ou l'annulation du contrat, n'est pas un rapport contractuel, car il est rattaché par la loi à la « prestation de travail de fait ». On ne pourrait retenir l'origine contractuelle du rapport que si la disposition en question se limitait au cas d'annulation du contrat. Comme le contrat annulable produit tous ses effets tant qu'il n'est pas annulé (c'est-à-dire que la décision d'annulation a un caractère constitutif), on pourrait dire que l'article 2126 suit une tendance générale de la réglementation des contrats successifs, en disposant qu'en matière de contrat de travail, ce sont non seulement la condition résolutoire, la résiliation unilatérale d'une des parties et la résolution (cf. respectivement les articles 1360, 1373, 1458, 1467 c. c.), mais encore l'annulation du contrat qui n'étendent pas rétroactivement leurs effets aux prestations déjà effectuées. Mais cette explication ne convient pas à l'hypothèse de nullité radicale du contrat de travail, qui pourtant est envisagée par l'art. 2126. On ne peut parler de non-rétroactivité de la nullité, étant donné que la décision constatant la nullité a un caractère purement déclaratif et qu'elle constate une situation, dans laquelle les effets du contrat ont fait défaut dès l'origine<sup>(102)</sup>. Dans ce cas, l'article 2126 opère une substitution légale complète de l'autonomie privée, crée un rapport *ex lege* au lieu du rapport *ex contractu* qui n'a jamais pris naissance. Et comme l'explication de l'article 2126 doit être unitaire, étant donné que la loi assimile les deux hypothèses de nullité et d'annulation du contrat, la seconde hypothèse doit être jugée de la même manière. L'article 2126 maintient le principe de la rétroactivité de l'annulation, de sorte que l'on considère le rapport *ex contractu* comme n'ayant jamais pris naissance: mais au lieu du rapport contractuel, rétroactivement éliminé par la décision d'annulation, on crée un rapport *ex lege*.

Toutefois, la reconnaissance de l'origine non contractuelle du rapport déterminé par l'article 2126 ne signifie pas encore qu'en droit italien, le contrat de travail ne soit plus la source exclusive du

---

(102) Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 80, p. 146.

rapport du travail. Pour arriver à cette conclusion, il faut démontrer que ledit rapport *ex lege* a le même contenu que le rapport découlant du contrat de travail valablement conclu, à cette seule différence près que sa durée est limitée à la période écoulée entre le début de la prestation de travail et la décision reconnaissant la nullité ou prononçant l'annulation du contrat. Et du reste, s'il en était ainsi, la doctrine contractuelle aurait encore beau jeu de répliquer que l'article 2126 peut être interprété en ce sens que le contrat ayant reçu un début d'exécution, la loi supprime la cause d'invalidité du contrat, en la transformant en une simple cause de dissolution du contrat même<sup>(103)</sup>; explication analogue à celle qui a été mise au point par la doctrine de droit commercial pour la disposition de l'article 2332 du code civil concernant le cas de nullité de l'acte constitutif d'une société par actions. Mais telle n'est pas la signification de l'article 2126. Le rapport juridique qui prend naissance malgré l'invalidité du contrat de travail ne se rattache pas à l'insertion du travailleur dans l'organisation de l'entreprise et, plus généralement, au début d'exécution du contrat, mais plutôt à la prestation continue de travail, considérée dans son ensemble pour la période pendant laquelle elle a été effectuée. En d'autres termes, le rapport juridique prévu par l'article 2126 a uniquement pour fonction de régler la situation des parties *pour le passé*, c'est-à-dire pour ce qui est de la prestation de travail en tant que *fait accompli*, mais ne comporte aucun engagement pour l'avenir, c'est-à-dire aucun engagement de poursuivre la prestation jusqu'à ce que soit confirmée, par un jugement définitif, l'invalidité du contrat, sauf obligation, découlant du principe de la correction (art. 1175), de ne pas interrompre brusquement le travail.

Les choses étant ainsi, il est clair que le rapport en question n'a pas le même contenu que le rapport de travail découlant du contrat valablement conclu<sup>(104)</sup>: parmi les effets prévus par l'article 2126 en cas d'exécution d'un contrat nul ou annulé, il manque un élément essentiel du rapport de travail, à savoir l'obligation de travail. Il est en effet absurde de penser que l'obligation de travail puisse naître du fait de son exécution et uniquement pour la période pendant laquelle elle a été exécutée. L'idée d'une obligation qui se constitue au moment même où elle s'éteint est un non-sens<sup>(105)</sup>. L'obligation de travail faisant défaut, l'obligation de la rémunération fait éga-

(103) Ainsi semble le suggérer Hueck, *Teoria del contratto e teoria dell'incorporazione*, dans *Nuova riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 250 et s., p. 257 (plus nettement cf. Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6<sup>e</sup> éd., vol. I, deuxième partie, Berlin et Francfort-sur-le-Main, 1957, p. 166 et s.

(104) Santoro-Passarelli, *Nozione*, n<sup>o</sup> 52, p. 105.

(105) Supplie, *Struttura del rapporto di lav.*, I, cit., p. 125 et s.

lement défaut. Sur la base du rapport prévu par l'article 2126, l'employeur doit bien payer une somme égale à la rémunération à laquelle le travailleur aurait eu droit pendant la période où il a travaillé, si le contrat avait été valable (somme comprenant, à notre avis, l'indemnité d'ancienneté: question controversée), mais cette somme n'a pas la nature d'une rémunération et il s'agit plutôt d'une indemnisation<sup>(106)</sup>. En définitive, l'article 2126 prévoit une liquidation forfaitaire (donc indépendante de toute charge de preuve) de l'indemnisation due au travailleur par l'employeur pour enrichissement sans cause.

On pourrait peut-être trouver une autre explication de l'article 2126 qui parviendrait à conserver la nature rémunératrice de l'obligation de l'employeur, en tentant d'insérer cette disposition dans la théorie des rapports contractuels de fait (*faktische Vertragsverhältnisse*)<sup>(107)</sup>, théorie d'ailleurs discutable, à commencer par la terminologie employée, et qui en tout cas s'est assez peu développée dans la doctrine italienne<sup>(108)</sup>. Il est vrai, en effet, que le rapport juridique lié par l'article 2126 à l'occupation de fait, donc ne dérivant pas du contrat, est juridiquement apprécié selon le contenu du contrat. Mais il faut bien comprendre que cette appréciation n'entraîne pas le transfert dans le rapport découlant de l'occupation de fait de la totalité des effets propres au contrat (valide) et constituant le rapport de travail au véritable sens du terme. La coïncidence de contenu entre le rapport (contractuel) de travail et le rapport découlant de l'article 2126 n'est que partielle.

En conclusion, l'article 2126 constitue une exception apparente seulement au principe du caractère contractuel du rapport de travail. Si l'on accepte la théorie des rapports contractuels de fait on devra ajouter que l'article 2126 ne constitue pas davantage une limite de l'autonomie privée, et l'on devra alors rejeter l'opinion exprimée ci-dessus, selon laquelle cette disposition constitue un cas de substitution de la loi à l'autonomie privée. On sait en effet que cette théorie implique essentiellement l'abandon de la notion traditionnelle d'autonomie privée, entendue au sens de l'autonomie de la volonté, en faveur d'une nouvelle conception qui voit une manifestation d'autono-

(106) Sanetoro-Passarelli, *Nozione*, n° 80, p. 146-147.

(107) En ce sens, récemment Betti, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, dans *Jus*, 1957, p. 353-363 (reproduction en italien d'une étude figurant dans *Festschrift für H. Lehmann*, Berlin und Tübingen, 1956, vol. I, p. 253 et s.).

(108) Pour un jugement sceptique, cf. récemment Messineo, *Contratto* (rubriques extraites de l'«*Enciclopedia del diritto*»), Milan, 1961, p. 235 et s. Indication également dans Ghezzi, *op. cit.*, p. 79 et s.

mie dans tous les cas où, indépendamment d'un contrat valide, les parties ont un comportement social typique (*sozial-typisches Verhalten*) correspondant au contenu d'un rapport contractuel <sup>(109)</sup>.

51. La disposition de l'article 2126 ne s'applique pas lorsqu'il n'y a pas de contrat de travail (nul ou annulé) <sup>(110)</sup> et lorsque la nullité du contrat de travail découle de l'illicéité de l'objet ou de la cause. Ainsi qu'il est expliqué dans le rapport sur le code civil (n° 861), on a fait une exception pour ce cas parce que «le travailleur ne peut pas ne pas être complice et, par conséquent, responsable» de l'illicéité. Si la prestation de travail est contraire aux bonnes mœurs, on appliquera toutefois le principe général de l'article 2035, qui interdit à l'employeur la répétition des sommes payées au travailleur (*in pari causa turpitudinis, melior est condicio possidentis*).

En revanche, le principe de l'article 2126 reste valable lorsque la prestation de travail est accomplie en vertu d'un contrat illicite (donc nul) pour infraction à des règles légales impératives, établies pour protéger le travailleur. Ainsi en dispose le deuxième alinéa de l'article 2126 qui, toutefois, étend également cette disposition au cas où le travail est fourni sans accord préalable, le seul cas exclu restant donc celui où l'employeur a fait opposition. Par exemple, si l'employeur et le travailleur conviennent que la prestation de travail s'accomplira également pendant les périodes de repos fixées par la loi et même si l'employeur, tout en ne l'ayant pas ordonné, laisse le salarié travailler pendant ces périodes, l'interdiction posée par la loi ne peut être invoquée pour refuser le paiement de la rémunération.

L'article 2127 contient une application particulière du principe énoncé par l'article 2126 concernant les cas d'interposition de personne dans le travail à la tâche (tâche collective autonome). Les doutes que l'on pouvait avoir au sujet de l'interprétation à donner à la formule figurant dans le deuxième alinéa de cet article ont été levés par «l'interprétation authentique» donnée par l'article 1 de la loi n° 1369 du 23 octobre 1960, qui a étendu l'interdiction de l'article 2127 du code civil à la pseudo-entreprise et à la fourniture de main-d'œuvre. Dans ces deux cas, le contrat de travail conclu par l'intermédiaire est nul, car *contra legem* (voir *retro*, n° 24), mais

(109) Betti, *op. cit.* (*Jus*, 1957), p. 370-371.

(110) Cf. App. Bologna 8 juillet 1960, dans *Riv. dir. lav.*, 1961, II, p. 93 (un employé légitimement licencié et prié de ne pas continuer son travail avait cependant continué à travailler).  
Santoro-Passarelli, *Nozioni*, n° 54.



les travailleurs embauchés par l'intermédiaire sont par la loi « considérés, à tous égards, comme étant au service du chef d'entreprise *qui a effectivement utilisé leurs prestations* ». La différence avec le cas de l'article 2126 du code civil consiste donc en ce que, dans les cas prévus par l'article 2127 du code civil et la loi du 20 octobre 1960, l'occupation de fait produit des effets non pas entre les parties au contrat de travail (nul), mais entre le travailleur et un tiers, à savoir le chef d'entreprise ayant employé la main-d'œuvre qui lui était procurée par l'intermédiaire.

52. Le caractère contractuel du rapport de travail a également été contesté du point de vue de la doctrine du « contrat par adhésion ». Mais sous cet angle, le problème ne concerne pas particulièrement le rapport de travail, mais bien tous les rapports contractuels régis par des « conditions générales » unilatéralement posées au préalable par l'une des parties qui se trouve dans une situation de supériorité économique par rapport à l'autre. A cette catégorie de contrats appartient le rapport de travail, puisque dans les limites autorisées par les dispositions impératives des lois et des conventions collectives, il est uniformément régi par des conditions générales, établies par l'employeur en fonction des nécessités de l'organisation de l'entreprise. Le travailleur ne dispose d'aucune possibilité de débattre ces conditions: il n'a d'autre alternative que d'y adhérer ou de renoncer à l'embauchage (prendre ou laisser).

La doctrine italienne dans sa grande majorité rejette la théorie juridique selon laquelle le contrat d'adhésion n'aurait du contrat que le nom et la structure externe, mais serait au fond une source de règles objectives<sup>(111)</sup>. On peut dire tout au plus que les conditions générales établies par l'employeur jouent *en fait* le rôle de règles juridiques; mais leur efficacité obligatoire est toujours formellement fondée sur l'accord des parties. La caractéristique formelle du contrat d'adhésion, c'est uniquement d'être un mode spécial de conclusion du contrat, puisque l'acceptation des clauses générales établies par l'une des parties n'implique pas d'ordinaire la nécessité d'une déclaration de l'autre partie, mais résulte d'un comportement typiquement apprécié par la loi et consistant dans le silence gardé par l'autre partie dans une situation où, en y apportant la diligence normale, elle peut avoir connaissance desdites clauses (art. 1341 c.c.).

Avril 1962

---

(111) Cf. Genovese, *Le condizioni generali di contratto*, Padoue, 1954; et, en particulier Santoro-Passerelli, *Nozioni*, n° 54.



LE CONTRAT DE TRAVAIL  
EN DROIT LUXEMBOURGEOIS

par

ARMAND KAYSER

*Président de l'Office des assurances sociales de Luxembourg*

#### LISTE DES ABRÉVIATIONS

<b>Tribunal:</b>	<b>Tribunal d'arrondissement</b>
<b>Cour:</b>	<b>Cour supérieure de justice, appel</b>
<b>Cass.:</b>	<b>Cour supérieure de justice, cassation</b>
<b>Trib. arb.:</b>	<b>Tribunal arbitral pour les contestations entre employeurs et employés privés</b>
<b>C. a. ass. soc.:</b>	<b>Conseil arbitral des assurances sociales</b>
<b>C. s. ass. soc.:</b>	<b>Conseil supérieur des assurances sociales</b>
<b>X 10. 1. 17.:</b>	<b>Pasicrisie luxembourgeoise, tome X, jugement en date du 10 janvier 1917</b>

## TABLE DES MATIÈRES

Introduction . . . . .	527
<b>CHAPITRE I — LE MÉCANISME JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL</b> . . . . .	
Section I - La notion de contrat de travail . . . . .	528
§ 1. Définition et critères juridiques . . . . .	528
Section II - Distinction du contrat de travail et de certaines conventions voisines . . . . .	532
§ 1. Les contrats d'entreprise et de transport . . . . .	532
§ 2. Du mandat . . . . .	532
§ 3. Du contrat de société . . . . .	534
§ 4. Le louage de choses . . . . .	535
§ 5. Les contrats de formation professionnelle . . . . .	535
Section III - Les différents types de contrats de travail . . . . .	536
§ 1. Le droit commun . . . . .	536
§ 2. Le statut des employés privés . . . . .	536
§ 3. Le statut des agents des chemins de fer . . . . .	539
§ 4. Le statut des employés contractuels de l'État et des établissements publics . . . . .	539
§ 5. Travailleurs agricoles et étrangers - Gens de maison . . . . .	540
Section IV - La conclusion du contrat . . . . .	541
§ 1. Du placement . . . . .	541
§ 2. Du consentement . . . . .	541
§ 3. De la capacité des parties . . . . .	544
§ 4. De la forme du contrat de travail . . . . .	545
§ 5. Des livrets ouvriers . . . . .	546
§ 6. Des nullités du contrat . . . . .	547
§ 7. De la modification du contrat . . . . .	550
§ 8. De la législation applicable . . . . .	551
Section V - Les effets du contrat de travail . . . . .	552
§ 1. Des effets en général . . . . .	552
§ 2. Des obligations du travailleur . . . . .	557
§ 3. Des obligations de l'employeur . . . . .	561
§ 4. De l'inexécution des obligations . . . . .	568

Section VI - La cessation de la relation de travail . . . . .	571
§ 1. De l'arrivée du terme . . . . .	571
§ 2. Du commun accord des parties . . . . .	571
§ 3. De la résiliation unilatérale . . . . .	572
§ 4. Du décès d'une partie . . . . .	574
§ 5. De la cessation des affaires . . . . .	574
§ 6. De la cession de l'entreprise . . . . .	575
§ 7. Des obligations des parties en cas de cessation du contrat . . . . .	575
Section VII - Des contestations et de la preuve . . . . .	577
§ 1. De la juridiction arbitrale . . . . .	577
§ 2. Des modes de preuve . . . . .	578
CHAPITRE II — LE RÔLE DU CONTRAT INDIVIDUEL COMME SOURCE JURIDIQUE DES RAPPORTS DE TRA- VAIL . . . . .	579
Section I - Le déclin de la volonté individuelle des parties comme source des relations de travail . . . . .	579
§ 1. L'intervention des pouvoirs publics . . . . .	579
§ 2. L'intervention professionnelle . . . . .	580
Section II - De l'inégalité des parties . . . . .	581
Conclusions . . . . .	581

## INTRODUCTION

1. Les termes «louage de services» et «contrat de travail» sont employés au Luxembourg sans distinction de signification. L'observation, il est vrai, ne vaut que pour les langues écrites et la langue judiciaire.

Aucune des deux expressions n'est entrée dans la langue parlée.

La langue parlée s'attache à la relation de travail considérée sous ses aspects matériels, embauchage, occupation, licenciement, et non à l'acte juridique, le contrat de travail, dont elle résulte normalement.

Le code civil, en son laconisme au sujet du louage de services, s'adapte à la conception populaire que reflète la langue parlée. De même, les lois ultérieures sur la protection du travail et de la personne du travailleur visent l'exercice d'une occupation ou la qualification sociale de la personne protégée plutôt que la relation contractuelle à laquelle elles se réfèrent tout au plus incidemment. Il en est de même encore de la législation de sécurité sociale. A leur tour, les conventions collectives de travail, telles qu'elles ont été conclues dans le pays, procèdent d'une vision institutionnelle analogue. Elles visent l'embauchage, les conditions de travail et de rémunération et la résiliation, non pas du contrat, mais de la relation de travail. Aucune ne traite de la passation du contrat de travail comme tel. L'accord des parties n'est évoqué qu'en ce qui concerne certaines latitudes dans la fixation des rémunérations.

Il n'en reste pas moins qu'en droit la notion contractuelle est dominante pour le règlement des relations entre parties. Quelque effacé que le contrat de travail puisse paraître parfois dans la pratique journalière, il constitue le mécanisme déclenchant et déterminant normalement le fonctionnement de la relation de travail sur le plan juridique. Aussi la législation sur le contrat de travail des employés privés a-t-elle mis l'accent sur les aspects contractuels de la relation de travail.

CHAPITRE I  
LE MÉCANISME JURIDIQUE  
DU CONTRAT DE TRAVAIL

*Section I*

LA NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL

§ 1. DÉFINITION ET CRITÈRES JURIDIQUES

2. Le code civil français de 1804 est resté applicable en principe au contrat de louage de services. L'article 1779 de ce code le présente comme la première des trois espèces principales du louage d'ouvrage et d'industrie.

La définition qui résulte de cet article n'est toutefois que partielle. Une définition plus complète se dégage des lois du 31 octobre 1919 et du 7 juin 1937 portant règlement légal du louage de services des employés privés. C'est d'après ces différentes sources que les auteurs luxembourgeois définissent le contrat de travail comme le contrat «par lequel une personne s'engage pour un certain temps, déterminé ou non d'avance, à travailler pour le compte d'une autre personne et sous ses ordres, contre une rémunération que celle-ci s'oblige à lui payer» (1).

Conformément à une jurisprudence constante, la qualification appliquée au contrat par les parties contractantes (Cour 27. 4. 27, XI 348), l'inscription d'une partie sur les listes électorales des chambres professionnelles des salariés (Cour 20. 5. 27), ou encore la qualité que se sont attribuée les parties (ibid.), ne sont pas déterminantes. Il en est de même, suivant une disposition expresse de la loi du 29 août 1951 sur l'assurance-pension des employés privés, de l'assujettissement d'une personne à l'assurance régie par cette loi. Seule compte la substance de la convention (Cour 27. 4. 27, XI 348).

3. Des différents critères contenus dans la définition ci-dessus, le lien de subordination inscrit dans l'article 1779 du code civil en tant que cette disposition vise «les gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un» apparaît comme le plus important (Cour 22. 10. 26., 12. 4. 29, 29. 12. 33, XIII 192). C'est par ce critère d'ailleurs que le

---

(1) Pемmers/Elvinger, *Le contrat de travail des employés dans le grand-duché de Luxembourg*, 2<sup>e</sup> édition 1953, n° 1.



contrat de travail s'insère dans le contexte de l'entreprise, considérée comme un agencement d'éléments humains et matériels établi et fonctionnant à des fins économiques. La subordination du travailleur fournit en effet la base juridique de l'échelle fonctionnelle des éléments humains dans l'entreprise.

4. En matière de sécurité sociale notamment, la jurisprudence fait valoir de préférence le critère de la dépendance économique. Mais, à vrai dire, si ce critère a une valeur certaine en ladite matière, il n'a qu'une portée limitée sur le plan du droit civil. Il n'y saurait valoir, en effet, que pour autant qu'on l'envisage sous l'angle de la propriété des moyens de production et de la propriété de la production même.

Ainsi entendue, la notion de la dépendance économique se rattache au critère de l'exercice de l'activité de l'une des parties pour le compte de l'autre, formellement énoncé dans la législation sur le contrat de louage de services des employés privés et dans la législation sur l'assurance-pension des employés privés. Incidemment aussi, cette dernière législation se réfère à la propriété des moyens de production, lorsque, dans son article 1<sup>er</sup>, la loi du 29 août 1951 subordonne l'assujettissement des voyageurs et représentants à la condition qu'ils ne mettent pas en oeuvre un agencement personnel complet.

5. Les prestations de travail à fournir en vertu du contrat de louage de services peuvent être des plus diverses. Jugé que «le contrat qui a pour objet soit des travaux ou services d'ordre matériel, soit des œuvres à produire par un travail mécanique, artistique ou scientifique constitue le contrat de louage de services» (Cour 5. 2. 15, X 474), et que «l'article 1780, bien que placé sous la rubrique des domestiques et ouvriers, doit être appliqué à toutes les personnes engageant leurs services à quelque titre que ce soit» (Cour 2. 6. 32, XIII 100). Peuvent notamment faire l'objet d'un contrat de travail les activités du genre de celles qui sont exercées dans les professions libérales pour autant que la nature des relations entre parties n'exclut pas le lien de subordination. C'est ainsi que des administrations, des établissements thérapeutiques et certaines grandes entreprises engagent à leur service des médecins, et que l'article 66 du code des assurances sociales prévoit formellement que les caisses de maladie peuvent s'attacher des médecins pour les soins de santé qu'elles doivent à leurs affiliés. Les contrats de travail ayant pour objet une activité intellectuelle ou de direction prennent d'ailleurs une importance croissant d'année en année.

6. La définition adoptée par les auteurs luxembourgeois inclut une notion de durée en tant qu'elle vise un engagement «pour un certain temps, déterminé ou non d'avance»<sup>(2)</sup>. Or, il va sans dire que tout travail comporte une certaine durée, aussi minime qu'elle soit, et la valeur du critère paraît dès lors assez contestable. Au vrai, la question de la durée ne se pose que pour la détermination du champ d'application de la législation concernant le contrat de louage des employés privés qui vise expressément un travail exécuté «à la base d'un engagement durable ou d'une façon continue».

La continuité comme telle ne constitue pas cependant un élément nécessaire du louage de services. Plus particulièrement, une pluralité d'emplois n'empêche pas la formation d'une relation de travail entre le travailleur et chacun des employeurs. De même, le cumul d'une activité indépendante et d'une activité salariée n'est pas incompatible avec la formation de la relation de travail dans l'exercice de l'activité salariée. La disposition de la loi sur l'assurance-pension des employés privés excluant de l'assujettissement l'activité d'employé qui ne serait pas exercée à titre principal est irrelevante quant à la question de la validité de la relation de travail sur le plan du droit civil.

7. Le contrat de travail est essentiellement un contrat à titre onéreux. Il est de jurisprudence constante que le salaire est même en l'absence d'une convention expresse «une suite nécessaire que l'équité et l'usage donnent au louage de services en raison de sa nature» (Cour 5. 2. 15, X 474). Par conséquent, sauf relation familiale, l'obligation de rémunération d'une prestation de travail ne peut être exclue que par la volonté des parties clairement exprimée. En pareil cas, il n'y aurait cependant ni contrat de travail ni obligation contractuelle de part ou d'autre, ce qui n'empêche pas toutefois l'employeur d'être tenu pendant la durée effective de la prestation de travail des obligations légales concernant la protection du travail.

8. Au regard de ces différents critères, la jurisprudence et les auteurs ont examiné la question de savoir si une relation de travail peut se former entre des parents ou alliés.

Il est admis qu'en l'absence d'une disposition légale contraire on peut être parfaitement l'employé de son parent, même en partageant son ménage, les relations de parenté et la communauté domestique ayant tout au plus une importance au point de vue de la preuve

---

(2) Cf. supra n° 2.

lorsque la qualité de préposé est contestée<sup>(3)</sup>. Ainsi le fils mineur qui habiterait chez son père ne serait certainement pas présumé être à son service bien que travaillant régulièrement dans ses bureaux<sup>(3)</sup>. La jurisprudence a décliné la qualité de préposé d'une personne occupée à la comptabilité d'un beau-frère qui l'avait accueillie dans son ménage et alléguait d'avoir agi par bienveillance (Cour 10.11.24). Commentant cette jurisprudence les auteurs estiment qu'en l'absence des relations d'alliance entre les parties la Cour n'aurait sans doute pas hésité à admettre le contrat de travail invoqué<sup>(3)</sup>.

La question se pose d'une façon particulièrement délicate lorsque la prestation de travail est effectuée par un conjoint dans l'entreprise de l'autre. Une relation de travail effective ne saurait être admise que très exceptionnellement et à condition, sans doute, qu'il n'y ait pas communauté des biens mobiliers.

Un projet de loi concernant le travail agricole à salaire différé prévoit que les descendants et les enfants adoptifs d'un exploitant agricole ou viticole qui, après l'âge de dix-huit ans, participent à titre d'occupation principale à l'exploitation, sans y être associés et sans recevoir un salaire immédiat, doivent bénéficier d'un salaire différé au moment du partage de la succession de l'exploitation.

9. Pour prévenir toute affiliation spéculative, le code des assurances sociales exclut de l'assurance-pension ouvrière le conjoint, les parents, les conjoints des père et mère et les grand-parents de l'employeur. Il applique la même exclusion aux frères et soeurs de l'employeur s'ils n'ont pas été déclarés comme assurés avant l'âge de 40 ans accomplis. De son côté, la loi sur l'assurance-pension des employés privés exclut de l'affiliation le conjoint, les parents, les conjoints des père et mère, les parents du conjoint, les grand-parents ainsi que les enfants de l'employeur vivant avec lui en communauté domestique.

10. Usuellement, dans certains secteurs économiques, notamment dans l'agriculture et le commerce, les membres de famille du chef d'entreprise assistent celui-ci dans son activité professionnelle. Très souvent, ces personnes, si elles habitent avec le chef d'entreprise, travaillent en dehors de toute relation d'emploi, mais dans les seuls liens d'une subordination familiale. Aussi la législation de la sécurité sociale a-t-elle consacré en leur faveur la notion d'aides familiaux.

---

(3) Pемmers/Elvinger, *op. cit.*, n° 8.

*Section II***DISTINCTION DU CONTRAT DE TRAVAIL  
ET DE CERTAINES CONVENTIONS VOISINES****§ 1. LES CONTRATS D'ENTREPRISE ET DE TRANSPORT**

11. Le code civil place dans un même chapitre le louage des gens de travail et celui des voituriers et des entrepreneurs d'ouvrages. Ces dernières espèces du contrat de louage seront assez aisément discernables du contrat de louage de services, d'une part, par le défaut de subordination d'une partie à l'autre, d'autre part, par la mise en oeuvre d'un agencement de moyens matériels appartenant à la partie effectuant le transport ou l'ouvrage et, le plus souvent encore, par l'intervention de travailleurs rémunérés par ladite partie.

Dans leurs effets, les contrats de transport et d'entreprise diffèrent du contrat de travail notamment par la distribution des risques et par l'obligation de résultat normalement absente du contrat de travail.

D'autre part cependant, l'article 2109 du code civil, en sa teneur résultant de la loi du 10 avril 1910 sur les privilèges et hypothèques, admet parmi les créanciers privilégiés sur les immeubles dans une même séquence les architectes, entrepreneurs, maçons et ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages.

**§ 2. DU MANDAT**

12. Le mandat est défini par l'article 1984 du code civil comme le contrat par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom, en d'autres termes, de la représenter dans un acte juridique.

Rien n'empêche qu'un tel pouvoir soit conféré à un employé tenu par les liens d'un contrat de travail, et il serait certainement erroné de croire la relation de travail moins compatible avec le mandat qu'avec les rapports familiaux ou de société.

Sans exception les grandes entreprises occupent des employés supérieurs à titre de fondé de pouvoir ou de procuration. Dans la gestion courante, de nombreux postes comportent la représentation juridique de l'employeur à l'égard des tiers par des employés tels que caissiers et vendeurs. Au sein de l'entreprise, la notion de mandat

n'intervient que pour autant qu'il y a représentation de l'employeur dans des actes juridiques tels qu'embauchage, licenciement ou modification des conditions contractuelles. Les actes de direction, de contrôle et de surveillance par contre n'impliquent généralement pas la représentation de l'employeur dans des actes juridiques et, partant, sont étrangers à la notion de mandat.

13. La question de savoir si la représentation juridique d'une firme repose sur un simple mandat ou, en outre, sur un contrat de travail dépendra du lien de subordination liant le représentant juridique à la firme représentée.

Un tel lien ne sera normalement pas réalisé en ce qui concerne les administrateurs-délégués d'une société. Jugé notamment que l'administrateur-délégué d'une société anonyme n'est pas à considérer comme salarié de la société, même s'il touche des appointements fixes et s'astreint à des heures de bureau régulières. En effet, les pouvoirs de direction et de représentation qui lui appartiennent au sein de la société sont incompatibles avec la notion de sujétion vis-à-vis de celle-ci. Aussi le statut social de l'administrateur-délégué s'apparente-t-il à celui du mandataire salarié (C. s. ass. soc. 5. 4. 55, XVII 87). Par ailleurs, les auteurs tendent à subordonner l'absence d'un contrat de travail à la condition que l'activité du représentant se limite à la représentation juridique (4).

14. L'article 2004 du code civil, qui prévoit la révocabilité *ad nutum* du mandat par le mandant, sera certainement applicable lorsqu'un employeur se fait représenter dans des actes juridiques par son employé. Abstraction faite de toute considération relative à la capacité juridique des personnes, la subordination du travailleur aboutit au même résultat que l'article 2004. Inversement toutefois, l'article 2007 permettant au mandataire de renoncer au mandat ne paraît pas applicable. Non seulement l'article 2007 ne soulève aucune question de capacité, mais la représentation de l'employeur par l'employé constitue précisément par hypothèse la prestation stipulée par le contrat de travail et se trouve soumise ainsi aux règles concernant l'extinction des obligations nées du contrat de travail.

---

(4) Pammers/Elvinger, *op. cit.*, n° 16.

## § 3. DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

15. Suivant l'article 1832 du code civil, la société est le contrat par lequel les parties conviennent de mettre quelque chose en commun en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Les apports pouvant être différenciés, il se peut que l'un des associés apporte un capital alors que l'autre apporte son travail. En pareil cas, le contrat de société présente un certain aspect commun avec le contrat de travail.

Ici encore le critère primordial servant à faire la distinction entre l'un et l'autre sera l'existence ou non d'un lien de subordination, le contrat de société postulant l'égalité entre associés.

L'état de subordination familiale dans lequel peut s'exercer l'activité des enfants en cas d'association entre parents et enfants ne saurait d'ailleurs être assimilé à l'état de subordination juridique qu'implique le contrat de travail et n'empêchera donc pas les enfants d'être des travailleurs indépendants au même titre que leurs parents (C. s. ass. soc. 18. 10. 56, XVII 90).

D'autre part, la participation aux pertes est de l'essence de la société et incompatible avec le contrat de louage de services dans lequel l'employé ne peut s'engager au delà de son travail. Si l'employé s'oblige à prendre sa part du déficit de l'entreprise, il s'agit en réalité d'un contrat d'association (Cour 27. 4. 27, XI 348).

Par contre, la participation du travailleur aux bénéfices, qui, d'ailleurs, fait l'objet d'une proposition de loi déjà ancienne, constitue une rémunération supplémentaire susceptible d'entrer dans le contrat de travail et, comme telle, est hautement souhaitable. Elle est généralement appliquée à l'heure actuelle sous la forme de la gratification.

16. Un associé peut parfaitement être lié à la société dont il fait partie par un contrat de travail. La notion d'actionnariat ouvrier procède par définition du principe de la compatibilité de la qualité de sociétaire et de travailleur salarié.

Jugé notamment qu'un associé même actionnaire principal ou fondateur d'une société peut être le salarié de celle-ci, à condition qu'il ne la représente pas juridiquement et n'exerce pas les fonctions d'employeur dans les relations avec le personnel. La loi sur l'assurance-pension des commerçants et industriels n'inclut d'ailleurs dans son champ d'application les associés des sociétés commerciales qui participent à la gestion courante qu'à la condition qu'ils soient exclus de l'assurance obligatoire à une caisse de pensions pour salariés.

Le principe de la compatibilité de la qualité de sociétaire et de travailleur salarié s'applique, aussi bien qu'aux sociétés de capital, aux sociétés civiles ou de personnes, et notamment aux sociétés coopératives de production tout au moins lorsqu'elles appliquent une organisation hiérarchique du travail des coopérateurs. Il est vrai que cette dernière forme de société n'a fait qu'une apparition isolée dans l'histoire sociale du Luxembourg.

#### § 4. LE LOUAGE DE CHOSES

17. En principe, le louage de choses n'implique pas une prestation de travail de l'une ou de l'autre des parties en cause.

Il est vrai que, de même que le métayer qui fait fructifier par son travail le champ d'autrui, l'ouvrier agricole peut être rémunéré en nature par l'attribution d'une part de la récolte. Ici encore le lien de subordination, abstraction faite des stipulations mêmes du contrat entre parties, servira de critère distinctif entre le métayage et le travail agricole salarié.

#### § 5. LES CONTRATS DE FORMATION PROFESSIONNELLE

18. Le contrat d'apprentissage, non visé par le code civil, est régi par un arrêté-loi du 8 octobre 1945 portant révision de la loi du 5 janvier 1929 sur la même matière.

Des différents contrats voisins du contrat de travail, le contrat d'apprentissage est celui qui se rapproche le plus du contrat de travail, tout en conservant, il est vrai, son caractère propre.

Distinct du contrat de travail par son objet tel qu'il est défini par la loi — éducation et formation professionnelle, — il s'y apparente de très près par le lien de subordination liant l'apprenti au maître, par la prestation de travail imposée à l'apprenti et par l'indemnité d'apprentissage due, désormais, non plus par mais à l'apprenti.

Suivant l'article 13 de l'arrêté précité, en effet, l'apprenti doit à son patron ou à son représentant fidélité, obéissance et respect. Il est tenu de l'aider par son travail dans la mesure de ses aptitudes et capacités physiques, étant entendu que le patron ne peut l'employer à des travaux ou services étrangers à la profession faisant l'objet du contrat. De son côté, le patron servira à l'apprenti pendant la durée de l'apprentissage, conformément à l'article 10 de l'arrêté, des indemnités d'apprentissage qui sont fixées par arrêté ministériel. Suivant

l'article 12 de l'arrêté, la législation sur la police du travail et notamment les dispositions réglementant le travail des enfants, des jeunes ouvriers et des femmes sont applicables aux apprentis. Leur est applicable de même la législation sur la sécurité sociale des salariés.

19. L'article 30 de l'arrêté-loi du 8 octobre 1945 prévoit la possibilité d'introduire un contrat d'initiation professionnelle dont les modalités seraient fixées par arrêté ministériel. Cette prévision est restée sans suite.

20. Le volontariat n'est pas réglé par la loi. Les arrêtés ministériels portant fixation des indemnités d'apprentissage l'écartent pour tous les métiers susceptibles de faire l'objet d'un contrat d'apprentissage.

Les auteurs suivent l'opinion que le volontaire n'a pas qualité d'employé pour le motif que, sans rémunération, il n'y a pas de contrat de travail (5). La jurisprudence en matière d'assurance-pension décide de même en se fondant sur le défaut d'un lien de subordination effective.

### *Section III*

## **LES DIFFÉRENTS TYPES DE CONTRATS DE TRAVAIL**

### **§ 1. LE DROIT COMMUN**

21. Pour la grande majorité des travailleurs salariés, seul le droit commun, constitué par le code civil et le code de commerce, est applicable dans leurs relations contractuelles avec leurs employeurs. Il s'agit des ouvriers de l'industrie, des métiers et du commerce, de la plupart des ouvriers de l'agriculture, des gens de maison et des ouvriers de l'État et des communes. Dans une grande mesure, les conventions collectives de travail et les usages suppléent au défaut d'une réglementation légale plus poussée.

### **§ 2. LE STATUT DES EMPLOYÉS PRIVÉS**

22. La notion d'employé privé apparaît en droit luxembourgeois dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. La réglementation des saisies-arrêts sur salaires

---

(5) Pemmerts/Elvinger, *op. cit.*, n° 10.



et de la cession des salaires assimile aux ouvriers et domestiques les employés à faibles revenus, et les premières lois d'assurance sociale procèdent d'une voie analogue. C'est dire en même temps que les employés moyens et supérieurs se trouvaient exclus du bénéfice de ces différentes législations.

La loi du 31 octobre 1919 portant règlement du louage de services des employés privés a créé un régime légal particulier en faveur de l'ensemble des employés privés sans distinction des revenus professionnels.

La même évolution a eu lieu en matière de sécurité sociale. Des régimes particuliers s'appliquant à l'ensemble des employés ont été introduits dans l'assurance-maladie et l'assurance-pension. Des dispositions spéciales leur sont appliquées en matière d'assurance-accidents et d'allocations familiales.

23. La réglementation légale du louage de services des employés privés fait l'objet à l'heure actuelle de la loi du 7 juin 1937 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919, portant règlement légal du louage de services des employés privés. Elle vient d'être modifiée et complétée par la loi du 20 avril 1962 portant: 1° réforme du règlement légal du louage de services des employés privés; 2° modification de l'article 2101, 4, du code civil ainsi que de l'article 545 du code de commerce.

Aux termes de ces différentes lois sont à considérer comme employés privés, pour l'application du louage de services, «toutes les personnes qui, sans distinction de sexe ou d'âge, exécutent sur la base d'un engagement durable ou d'une façon continue pour le compte d'autrui, à l'exception de l'État, des communes et autres établissements publics ou d'utilité publique, et contre rémunération soit en numéraire, soit en d'autres prestations ou valeurs, en tout ou en partie, un travail d'une nature, sinon exclusivement, du moins principalement intellectuelle».

L'application de la loi du 31 octobre 1919, et plus particulièrement l'interprétation de la définition ci-dessus, ont donné lieu à la jurisprudence la plus étendue et à la littérature la plus importante en matière de droit du travail. Une partie de cette jurisprudence et de cette doctrine ont servi à dégager les traits généraux du contrat de travail et, à ce titre, ont été examinées antérieurement, mais une partie pratiquement non moins importante a été consacrée à la distinction entre les employés privés et les autres catégories de salariés.

24. Le critère essentiel servant à distinguer l'employé de l'ouvrier et du domestique réside dans la nature du travail. L'employé exécute un travail d'une nature, sinon exclusivement, du moins principalement intellectuelle.

A l'instar de la loi du 29 août 1951 ayant pour objet la réforme de l'assurance pensions des employés privés, la loi du 20 avril 1962 précitée, a énuméré de nombreuses activités remplissant cette condition. Font notamment l'objet de cette énumération non limitative, généralement conforme d'ailleurs à la jurisprudence antérieure sur la qualité d'employé privé: la direction d'entreprises et de sections d'entreprises; la surveillance et le contrôle comportant la responsabilité, au point de vue technique et économique, du travail d'autres personnes, sans participation prépondérante au travail manuel; les travaux de bureau proprement dits tels que travaux de correspondance, de comptabilité, de calcul, de caisse, de dessin, d'écriture, d'enregistrement des actes, à l'exclusion des travaux principalement physiques tels que nettoyage et courses; l'activité de vendeur et de vendeuse, l'activité de magasinage pour autant qu'elles exigent une formation et une habileté spéciales; l'activité de voyageur, de représentant et d'agent, qu'ils travaillent pour le compte d'une ou de plusieurs firmes et quel que soit le mode de leur rémunération, pourvu qu'ils ne mettent en oeuvre un agencement industriel ou commercial personnel complet; l'exercice d'arts libéraux, sans égard à la valeur artistique des productions; l'enseignement, l'éducation, le travail social et les soins aux malades, pourvu que ces emplois exigent une formation scolaire ou professionnelle et ne consistent pas principalement en soins corporels ou d'hygiène; le travail d'auxiliaire médical; l'assistance et la réception dans les cabinets médicaux.

Au delà de cette énumération, la jurisprudence a reconnu comme employés privés le chef cuisinier d'un restaurant «fréquenté par une clientèle exigeante», le portier d'hôtel qui reçoit les clients et soigne la comptabilité, la modiste créant des modèles. Le cas du coupeur et du jardinier en chef ont donné lieu à controverse.

25. Accessoirement l'application du régime particulier des employés privés est subordonné à la durée ou tout au moins à la continuité de l'emploi, la continuité n'étant d'ailleurs pas requise lorsque la durée de l'engagement est établie. A défaut de l'une ou de l'autre de ces conditions, le louage du travail intellectuel retombera sous le droit commun du louage de services. Il est vrai que la loi n'ayant pas fixé de délai, un travail s'étendant sur plus d'un jour est admis comme suffisant (Cour 7.1.27).

26. L'intérêt principal du régime particulier des employés privés réside dans la stabilité de l'emploi et de la rémunération par l'extension des délais de congédiement, la conservation de la rémunération en cas de maladie et l'attribution d'allocations au décès ainsi que d'indemnités en cas de cessation des affaires du patron. D'autre part, l'institution d'une juridiction arbitrale en faveur des employés privés a servi de précédent à la création de la juridiction prud'homale en faveur des ouvriers.

### § 3. LE STATUT DES AGENTS DES CHEMINS DE FER

27. Une loi du 28 décembre 1920 a chargé le pouvoir exécutif de régler par statut les conditions d'emploi, de travail, de rémunération et de mise à la retraite des employés et ouvriers occupés au service des exploitants des chemins de fer. L'arrêté grand-ducal du 14 mai 1921, modifié et complété itérativement dans la suite, a fait droit à cette prévision, l'arrêté du 14 mai 1921 ayant d'ailleurs été remplacé par un arrêté de coordination en date du 26 mai 1930.

La qualification légale du statut des agents des chemins de fer a donné lieu à une jurisprudence nuancée. Conformément à cette jurisprudence (Cass. 9. 5. 24 et 15. 12. 25), le statut a force d'une loi matérielle et impose aux parties le contenu d'un contrat de services. Il s'ensuit que l'engagement des agents des chemins de fer est contractuel, mais que la relation de travail qui en procède est soustraite à la volonté des parties. Une exception n'est faite que pour les agents de certains grades supérieurs dont notamment les conditions de rémunération sont réservées à une convention entre parties.

Par ailleurs, le statut se réfère au régime des employés privés en ce qui concerne les délais de résiliation impartis aux agents et le contentieux.

Le statut des agents des chemins de fer leur garantit une stabilité de l'emploi et de rémunération analogue à celle des fonctionnaires publics.

### § 4. LE STATUT DES EMPLOYÉS CONTRACTUELS DE L'ÉTAT ET DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

28. Nonobstant la généralité des termes de l'exception visant l'État, les communes et les établissements publics et d'utilité publique, dans la définition légale des employés privés, la jurisprudence et les auteurs avaient commencé par admettre sur la foi des travaux parlementaires

que les employés de l'État, des communes et des établissements publics et d'utilité publique bénéficiaient de la législation concernant les employés privés s'ils n'étaient pas au bénéfice du statut de la fonction publique ou d'un statut analogue. Toutefois, suivant une jurisprudence plus récente, l'exception portée par l'article 3 de la loi du 7 juin 1937 englobe toutes les personnes généralement quelconques qui travaillent au service des employeurs publics cités, même si elles ne jouissent pas d'un statut légal garantissant la stabilité de leur emploi, le législateur ayant d'ailleurs pris soin d'assimiler aux employés privés certains employés au service des mêmes employeurs, toutes les fois que telle avait été son intention (Cour 28. 4. 48, XIV 369; 17. 12. 52, XV 394). Aussi le statut des agents de l'État n'ayant pas la qualité de fonctionnaires a-t-il été réglé par arrêté gouvernemental du 17 janvier 1958. Ce statut tend à appliquer par la voie conventionnelle aux employés de l'État en question les avantages du régime des employés privés tout en le dépassant par l'octroi d'une stabilité pareille à celle des fonctionnaires et par l'introduction d'un barème des traitements. Des dispositions analogues ont été prises par certains établissements publics. Les engagements des employés dont il s'agit sont signés par les représentants des administrations et les employés en cause.

D'autre part, les employés de certains établissements publics, tels que l'Office national du travail, l'Office des dommages de guerre, l'Office des habitations à bon marché, pour autant qu'ils n'ont pas la qualité de fonctionnaires d'État, ont été placés formellement sous le régime des employés privés par les textes instituant ces offices.

#### § 5. TRAVAILLEURS AGRICOLES ET ÉTRANGERS - GENS DE MAISON

29. Les conditions de travail, d'habitat et d'entretien des travailleurs agricoles font l'objet d'un arrêté du ministre de l'agriculture en date du 15 avril 1954. Faute de base légale, les dispositions de cet arrêté ne comportent toutefois pas d'obligation.

Conformément à un arrangement entre les gouvernements luxembourgeois et italien en date du 16 janvier 1957, tout embauchage de travailleurs en Italie doit s'effectuer sur la base de contrats types dont le modèle est arrêté par accord des autorités compétentes. Le contrat type valable pour l'agriculture entérine l'arrêté du 15 avril 1954 ci-dessus mentionné.

L'institution d'un statut des gens de maison a fait l'objet d'une proposition de loi déjà assez ancienne.

*Section IV***LA CONCLUSION DU CONTRAT****§ 1. DU PLACEMENT**

30. L'Office national du travail, créé par l'arrêté-loi du 30 juin 1945, a pour mission principale de servir d'intermédiaire entre les offres et demandes d'emploi.

A cet effet, les employeurs sont tenus de déclarer à l'Office les places vacantes à l'exception des postes de direction. De leur côté, les demandeurs d'emploi sont tenus de se faire inscrire auprès du même Office.

Les déclarations d'emplois vacants doivent contenir l'indication exacte du genre d'emploi, les conditions essentielles du contrat collectif éventuellement applicable, avec l'échelle des salaires ou, s'il n'y a pas de contrat collectif, le montant du salaire offert, ainsi que les conditions générales d'emploi, notamment la durée du travail.

Les déclarations des places vacantes à l'Office national du travail sont considérées comme des offres d'emploi sans que, toutefois, d'après les règles générales du droit civil, l'employeur soit tenu d'embaucher le demandeur d'emploi qui lui serait présenté par l'Office ou qui se présenterait spontanément.

Les annonces d'emplois vacants dans les journaux et périodiques doivent indiquer l'adresse complète du patron sauf dispense à accorder par l'Office national du travail dans des cas spéciaux.

**§ 2. DU CONSENTEMENT**

31. Le contrat de travail résulte de l'accord des parties. Les articles 1109 et suivants du code civil concernant le consentement sont applicables.

Il est de jurisprudence que le contrat fait par voie de correspondance ne devient parfait que lorsque l'acceptation a été reçue par celui qui a fait l'offre de contrat (Cour 16. 7. 96, IV 209; 27. 3. 03, VI 248).

La nécessité du consentement est liée au principe de la liberté de travail. Ce principe est d'ordre public (Tribunal 25. 1. 1900, V 346).

Ainsi, aucun contrat de travail ne se forme entre prisonniers et l'administration qui les occupe.

De même, la prestation de travail à laquelle l'arrêté grand-ducal du 20 avril 1933 portant organisation productive de l'assistance aux chômeurs permet de subordonner l'octroi des indemnités de chômage ou des allocations de crise n'est pas d'ordre contractuel. Cet arrêté, il est vrai, est resté lettre morte en ce qui concerne les dispositions organisant cette prestation de travail. Dans la pratique les travaux de chômage sont exécutés sur la base contractuelle.

Pareillement encore ne donnent pas lieu à relations contractuelles les prestations de travail fournies dans les cas de réquisition visés par la loi du 22 germinal IV (11 avril 1796) qui autorise la réquisition des ouvriers pour les travaux nécessaires à l'exécution des jugements, l'arrêté grand-ducal du 27 août 1939 permettant la réquisition de personnes dans le but d'assurer la sécurité de l'État et des personnes et l'arrêté grand-ducal du 26 avril 1930 concernant l'exploitation des mines, minières et carrières, en son article 192.

32. L'arrêté-loi du 30 juin 1945 portant création de l'Office national du travail prescrit l'intervention, au moins formelle, de cet Office dans l'embauchage. La nécessité de l'assentiment de l'Office, préconisée par les experts gouvernementaux au cours des délibérations de la Conférence nationale du travail au sujet de la création de l'Office<sup>(6)</sup>, n'a finalement pas été retenue.

Les employeurs qui ont embauché du personnel et les travailleurs qui se sont fait embaucher sans l'intervention de l'Office sont passibles d'amendes d'ordre à prononcer par la commission administrative paritaire de l'Office.

33. Si, en principe, chaque partie contractante décide librement du choix de l'autre, la liberté de l'employeur peut cependant se trouver limitée par un système de priorités de placement.

Conformément à l'article 2 du statut du personnel des Chemins de fer luxembourgeois approuvé par l'arrêté grand-ducal du 14 mai 1921, la préférence est accordée, pour l'accès aux emplois de début, aux Luxembourgeois et, toutes conditions égales, aux femmes et enfants d'agents tués en service et d'agents en activité, retraités, réformés ou décédés; la même préférence est accordée aux petits-enfants, frères ou soeurs, neveux ou nièces, petits-neveux ou petites-nièces des

---

(6) Paul Wilwertz, *L'Office national du travail*, Cahier 11 de la Conférence nationale du travail.

agents en activité, retraités ou réformés quand ils sont à la charge de ces agents et habitent avec eux.

Généralement, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, une priorité d'emploi est accordée aux handicapés d'après les modalités de la loi du 28 mai 1959 concernant la création de l'Office de placement et de rééducation professionnelle des travailleurs handicapés.

Conformément à cette loi, l'État, les communes, la Société nationale des chemins de fer ainsi que les établissements publics sont obligés de réserver aux travailleurs handicapés 2% au moins de l'effectif total de leur personnel salarié en qualité de fonctionnaires, d'employés ou d'ouvriers. Dans le secteur privé, les entreprises occupant régulièrement au moins 50 travailleurs doivent réserver aux travailleurs handicapés 2% au moins de l'effectif total de leur personnel salarié en qualité d'employés ou d'ouvriers. Les entreprises occupant entre 25 et 50 travailleurs doivent accorder aux travailleurs handicapés un droit de priorité pour un poste auquel ils sont particulièrement aptes.

Quel que soit le nombre des travailleurs occupés dans l'entreprise, les victimes d'un accident du travail dans un service public ou dans une entreprise privée garderont toujours un droit de priorité quant à l'occupation d'un poste disponible dans le service ou dans l'entreprise où l'accident s'est produit.

34. La liberté des parties de conclure peut encore se trouver inhibée par certaines interdictions d'emploi absolues touchant les enfants et les femmes.

Le Luxembourg fut parmi les premiers pays à régler le travail des enfants et des femmes.

La loi du 16 décembre 1876 sur le travail des enfants et des femmes avait interdit l'emploi des enfants dans les ateliers, chantiers et usines avant l'âge de 12 ans accomplis et tout emploi à des travaux souterrains dans les mines et carrières avant l'âge de 16 ans accomplis. Par la loi du 5 mars 1928, le Luxembourg a approuvé la Convention internationale n° 5 fixant l'âge minimum pour le travail dans les établissements industriels à 14 ans.

La loi précitée du 16 décembre 1876 a interdit l'emploi de filles ou de femmes, quel qu'en fût l'âge, à des travaux souterrains dans les mines et carrières.

Un arrêté grand-ducal en date du 13 avril 1915 a introduit un système d'autorisation pour l'emploi de femmes au service des hôtes et consommateurs dans les hôtels et cabarets.

35. La réglementation de l'embauchage des travailleurs étrangers constitue une dernière limite à la liberté contractuelle des parties. Conformément à l'article 10 de l'arrêté grand-ducal du 30 juin 1945 portant création d'un Office national du travail, le recrutement de salariés à l'étranger est de la compétence exclusive de l'Office national du travail. L'embauchage même fait l'objet d'un système d'autorisations. L'autorisation, qui dépend d'une décision du ministre du travail, est accordée à un employeur déterminé pour un travailleur déterminé et, généralement, pour une durée déterminée.

Par application du traité de travail entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas, signé à La Haye le 7 juin 1956 et approuvé par la loi luxembourgeoise du 21 janvier 1960, les travailleurs belges et néerlandais ne sont pas soumis à la réglementation décrite.

Il en est de même des ressortissants des États membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, détenteurs de la carte de travail de la Communauté, à délivrer sous certaines conditions aux travailleurs de qualification confirmée dans un certain nombre de professions des mines de charbon et de minerai de fer, d'une part, et des industries de l'acier, d'autre part. La décision afférente du Conseil spécial de ministres de ladite Communauté en date du 8 décembre 1954 a été approuvée par une loi luxembourgeoise du 1<sup>er</sup> juin 1957. La décision complémentaire du Conseil de ministres en date du 16 mai 1961 fait l'objet d'un projet de loi d'approbation du 13 mars 1962.

Enfin, le règlement n° 15 relatif aux premières mesures pour la réalisation de la libre circulation à l'intérieur de la Communauté, pris par le Conseil de la Communauté économique européenne le 16 août 1961, vient d'ouvrir la voie à une libéralisation générale en faveur des ressortissants des États membres de la Communauté.

### § 3. DE LA CAPACITÉ DES PARTIES

36. La capacité des parties reste réglée par les prescriptions du code civil en leur teneur séculaire.



En principe, la capacité exigée est celle d'administrer (7). Il s'ensuit que la capacité de contracter du mineur émancipé est entière, sous réserve de l'article 2 du code de commerce, que le mineur non émancipé et l'interdit doivent être représentés par le détenteur de la puissance paternelle ou le tuteur, et que la femme mariée a besoin de l'autorisation, fût-elle tacite, de son époux.

Dans l'état actuel du droit luxembourgeois, on ne saurait d'emblée accepter l'opinion qu'il appartient au mineur lui-même de donner son consentement sous l'assistance du père ou du tuteur. La situation juridique est sensiblement la même que pour le contrat d'apprentissage. Or, l'article 9 de l'arrêté-loi du 8 octobre 1945 sur l'apprentissage prévoit expressément que le contrat est signé, si l'apprenti est mineur, par le représentant légal de celui-ci.

Le motif que l'activité personnelle du mineur est indispensable pour exécuter le contrat n'est donc pas jugé suffisant par le législateur pour fonder la nécessité d'une intervention personnelle du jeune travailleur au contrat.

Tel est le droit. Le fait est cependant que le plus souvent l'engagement des mineurs et des femmes mariées a lieu sans l'intervention formelle du père ou tuteur ou de l'époux, ces derniers étant censés intervenir tacitement.

Le louage de services ayant pour objet une prestation personnelle de travail, une personne morale ne saurait y être partie qu'en tant qu'employeur.

#### § 4. DE LA FORME DU CONTRAT DE TRAVAIL

37. Le contrat de travail est consensuel. Il est dispensé de toute forme et peut être tacite. L'incidence des conventions collectives et des règlements d'atelier, d'une part, une réglementation légale assez riche des conditions de travail, d'autre part, permettent généralement aux parties de se passer de stipulations étendues.

Aussi la passation d'un écrit constitue-t-elle l'exception pour les travailleurs manuels et les gens de maison. Notons cependant que l'arrêté grand-ducal du 18 avril 1930 concernant l'exploitation des mines, minières et carrières prescrit que dans les exploitations occupant plus de vingt ouvriers un exemplaire du règlement intérieur doit être remis contre récépissé à chaque ouvrier embauché.

---

(7) Pемmers/Elvinger, *op. cit.*, n° 68.

38. La passation écrite du contrat est prescrite par le statut des employés privés. Alors que la loi du 31 octobre 1919 sur le louage de services des employés privés avait accordé à l'employé le droit «de demander et d'obtenir la confection et la remise d'un écrit constatant la convention», la loi de réforme du juin 1937 a rendu obligatoire la conclusion écrite du contrat. Cette obligation a été maintenue par la loi de réforme nouvelle du 20 avril 1962, qui l'applique expressément non seulement au contrat à durée déterminée et à durée indéterminée, mais en plus au contrat à l'essai. D'après la même loi, le contrat doit être passé en double exemplaire, dont le premier est destiné à l'employeur et le deuxième à l'employé. L'écrit doit spécifier la nature de l'emploi et les caractéristiques du travail à exécuter, la durée du contrat ou l'indication qu'il est conclu soit pour une durée indéterminée, soit à l'essai, le traitement de début et, le cas échéant, les majorations périodiques, les commissions ou participations convenues ainsi que les clauses dérogatoires ou complémentaires au statut dont les parties seraient convenues.

Enfin, conformément à l'article 11 du statut des agents des Chemins de fer, le commissionnement est constaté par la remise d'un titre de nomination délivré par la direction du réseau, indiquant l'emploi, la classe et le traitement de l'agent.

#### § 5. DES LIVRETS OUVRIERS

39. Une loi du 13 décembre 1860 avait prescrit que tous les ouvriers occupés dans l'industrie et les métiers ainsi que les ouvriers agricoles et les domestiques engagés pour plus de six mois devaient être munis de livrets spéciaux délivrés par les autorités communales. Les employeurs ne devaient engager aucun ouvrier domestique soumis à cette obligation qui n'était pas détenteur d'un tel livret. L'employeur était tenu d'inscrire dans le livret la convention intervenue entre parties toutes les fois qu'elle dérogeait aux conditions usuelles ou lorsque l'autre partie en demandait mention ou encore lorsqu'il le jugeait convenir lui-même. Il était tenu en outre d'inscrire la date du début et celle de la cessation des services. La contrefaçon et l'altération des livrets ouvriers sont sanctionnées par les articles 198 et suivants du code pénal.

La loi du 13 décembre 1860 a cessé d'être appliquée et doit être considérée comme étant tombée en désuétude.

A l'heure actuelle, l'Office national du travail délivre aux travailleurs des cartes de travail dans lesquelles les employeurs inscrivent

les différentes périodes d'occupation effectuées chez eux par les titulaires de cartes. Ces cartes tiennent lieu, dans une certaine mesure, des livrets prévus par la loi du 13 décembre 1860.

#### § 6. DES NULLITÉS DU CONTRAT

40. Les nullités découlant de l'illicéité du contrat non seulement permettent, mais encore imposent à chacune des parties la rupture immédiate de la relation d'occupation.

Ces nullités sont absolues. Elles ne sont pas susceptibles d'être couvertes par voie de ratification ou de prescription.

Est à considérer comme illicite tout contrat contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ainsi seraient frappés de nullité de ce chef l'embauchage pour un travail de contrebande (Cour 18. 1. 18, X 545), l'embauchage d'étrangers sans l'autorisation prescrite et l'embauchage d'enfants au-dessous de l'âge minimum exigé ou encore de femmes pour des travaux souterrains.

Il a été jugé que l'article 1780 du code civil disposant qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée, bien que placé sous la rubrique du louage des domestiques et ouvriers, a une portée générale et doit être appliqué à toutes les personnes engageant leurs services à quelque titre que ce soit. Les engagements conclus en violation de cette prohibition sont entachés d'une nullité absolue qui peut, par conséquent, être opposée par chacune des parties. Cette nullité n'est pourtant acquise que si la durée de l'engagement est telle que celui qui engage ses services se trouve selon toute probabilité lié pour la vie entière. Est partant valable l'engagement d'une personne au service d'une société anonyme pour toute la durée de cette société, si, en raison des circonstances, il n'est pas probable que la personne engagée ne survivra pas à la fin des fonctions qu'elle a entreprises (Cour 3. 6. 32, XIII 100). A été déclaré nul le contrat pour lequel une personne engage ses services à vie sans stipulation de salaire, mais avec promesse du maître de lui léguer son argent et ses meubles, pour violation de l'article 1130 du code civil prohibant toute stipulation sur une succession non ouverte ainsi que l'article 1780 précité (Cour 2. 4. 27, XI 384). Jugé encore qu'un engagement qui implique pour le travailleur qui le souscrit une interdiction absolue d'un certain travail, n'importe en quel lieu et pour quel temps, est nul, alors qu'une limitation moins complète laisserait subsister la convention puisqu'elle ne laisse qu'un intérêt privé au

sujet duquel il est loisible aux parties de transiger (Tribunal 25. 1. 1900, V 265).

41. Il est de jurisprudence constante que l'insertion d'une clause illicite dans une convention à titre onéreux ne rend le contrat nul qu'au cas où il s'agit d'une stipulation essentielle se rattachant intimement aux autres dispositions de la convention, de sorte que, dans leur ensemble, elles forment un tout indivisible. Il en est autrement lorsque la clause illicite est tout à fait accessoire et indépendante des autres stipulations et que son élimination n'aurait pas empêché les parties de contracter aux mêmes conditions (Cour 20. 4. 04, VI 474; 4. 12. 08, VII 535; 2. 12. 10, VIII 407). Cette doctrine est certainement applicable en matière de louage de services.

42. Les nullités découlant d'un vice du consentement ne peuvent être invoquées que par la partie dont le consentement n'aurait pas été valablement donné.

Conformément à l'article 1109 du code civil, il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. L'article 1110 ajoute que l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet, mais qu'elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la conviction.

Les auteurs luxembourgeois <sup>(6)</sup> traitant du louage de services des employés privés supposent que ceux-ci sont généralement engagés en considération de leur personne, mais ils n'admettent pas de nullité si le patron s'est seulement trompé sur les qualités et les capacités de l'employé. Il reste cependant que l'employeur qui, par exemple, après déclaration d'un poste vacant de comptable, aurait engagé par erreur un employé aux écritures, même sans tromperie de la part de celui-ci, pourrait invoquer la nullité de l'engagement.

En toute hypothèse, le contrat serait annulable en cas de fraude de l'une ou de l'autre des parties sur leur personne.

43. La nullité résultant de l'incapacité du mineur non émancipé ne peut être invoquée que par le mineur même ou son représentant légal,

---

(6) Pemmers/Elvinger, *op. cit.*, n° 88.

celle résultant de l'incapacité de la femme mariée par celle-ci et par le mari.

La lésion qui, à elle seule, n'est pas admise comme cause de rescision du contrat de travail constitue une condition indispensable de la nullité du contrat conclu par un mineur non émancipé à l'insu ou contre le gré de son représentant légal. La lésion n'est pas exigée, par contre, pour l'annulation du contrat conclu par la femme mariée à l'insu ou contre le gré de son mari.

44. Le défaut d'écrit constatant le louage de services des employés privés ne constitue pas une cause de nullité du contrat, l'écrit étant conçu simplement comme une garantie pour l'employé<sup>(9)</sup>. Il en est de même du contenu obligatoire de l'écrit prévu par la dernière loi de réforme en cours. Par contre, le refus de l'employeur d'accorder à l'employé les garanties dont il s'agit autorise celui-ci soit à rompre le contrat, soit à se pourvoir en vue de la constatation judiciaire du contrat.

45. Les effets des nullités du contrat sur la relation de travail diffèrent suivant l'espèce.

Aucune relation de travail ne se forme lorsque la prestation de travail comme telle revêt un caractère immoral ou délictueux, ainsi que ce serait le cas, par exemple, lorsqu'elle consisterait dans une opération de contrebande (Tribunal 18. 1. 18, VII 546). Le contrat intervenu dans de telles conditions ne donne lieu ni à des obligations entre parties, ni à des rapports de sécurité sociale.

Il en est autrement lorsque l'illicéité du contrat résulte d'une prohibition édictée par la loi dans l'intérêt du travailleur. L'employeur, en pareil cas, serait certainement tenu de payer le salaire stipulé pour la prestation de travail effectivement fournie et d'observer la législation de travail tant que dure en fait la relation de travail. De même, la législation de sécurité sociale serait applicable à moins d'une disposition contraire de cette législation même, telle que les conditions relatives au minimum d'âge.

Conformément aux principes généraux, les nullités découlant d'un vice du consentement ou de l'incapacité de l'une ou de l'autre des parties n'entravent pas les obligations de la partie ayant donné un consentement valable et jouissant de la capacité requise. Il est de

---

(9) Pammers/Elvinger, *op. cit.*, n° 56.

même de l'application de la législation du travail et de la sécurité sociale.

Enfin, il paraît difficile de ne pas admettre que, nonobstant la nullité du contrat, les étrangers embauchés en violation de la loi aient droit au salaire stipulé, quelque fondement juridique qu'on attribue à l'obligation de l'employeur, et jouissent pour la durée effective de la relation de travail de la même protection légale que les travailleurs embauchés conformément à la loi. Une loi en date du 6 septembre 1933 formant l'article 304 bis du code des assurances sociales avait disposé que le salarié de nationalité étrangère qui se ferait embaucher dans le Grand-Duché en violation des prescriptions légales ou réglementaires afférentes serait exclu des droits et avantages résultant du code des assurances sociales, sauf son recours contre l'employeur si celui-ci était au courant de la situation irrégulière du salarié. L'article 304 bis précité a été déclaré inapplicable en matière d'assurance-accidents et invalidité-vieillesse par une loi en date du 21 juin 1946. Il a cessé d'être appliqué en fait en matière d'assurance-maladie.

#### § 7. DE LA MODIFICATION DU CONTRAT

46. D'après un alinéa 4 nouveau ajouté par la loi de réforme du 20 avril 1962 à l'article 2 du statut des employés privés, toute modification de la rémunération en défaveur de l'employé n'aura effet, si le contrat est à terme, qu'à l'expiration du terme et, si le contrat est à durée indéterminée, qu'à l'expiration du délai de préavis, excepté le cas de faute grave de l'employé.

La jurisprudence considère comme un congédiement l'affectation d'un employé à des travaux manuels (Cour 7. 4. 22) <sup>(10)</sup>.

Les déplacements à l'intérieur de l'entreprise font l'objet de dispositions spéciales des conventions collectives de la sidérurgie et des mines qui reflètent la conception courante des milieux patronaux et ouvriers en la matière. Elles stipulent que, lorsqu'un ouvrier occupé d'une façon permanente à un poste déterminé est déplacé à un poste mieux rémunéré, il touchera le salaire prévu pour ce poste pendant la durée de ce déplacement. En cas de renvoi à l'ancien poste après plus de six mois, il y a lieu à dénonciation de la part de l'employeur. Un déplacement définitif donne lieu à dénonciation et le salaire de base ancien est conservé pendant le délai de dénonciation, à moins

---

(10) Pemmers/Elvinger, *op. cit.*, n° 383.

que le salaire attaché au nouvel emploi ne soit plus élevé, auquel cas ce salaire sera dû.

Il est bien entendu que le principe de la dénonciation préalable d'une modification des conditions contractuelles ne s'applique qu'aux conditions les plus importantes, mais non aux modalités accessoires de la relation de travail, telles que, par exemple, la fixation des horaires, abstraction faite de la durée du travail.

La même distinction devrait être faite en ce qui concerne l'entrée en vigueur d'une modification d'un règlement d'atelier.

#### § 8. DE LA LÉGISLATION APPLICABLE

47. Aucune question relative à la détermination de la législation applicable ne se pose sur le plan international lorsque le contrat est conclu et que la relation de travail se déroule sur le sol luxembourgeois. Seule la capacité des parties serait régie par la loi nationale de chaque partie, toutes autres conditions étant soumises à la loi luxembourgeoise.

Lorsque le contrat est passé à l'étranger, la loi étrangère, d'après une règle générale du droit international privé, sera applicable aux formes du contrat. Lorsque le contrat est conclu par correspondance, le lieu du contrat sera celui où l'acceptation de l'offre sera parvenue à celui qui l'aura faite (Trib. arb. 25. 3. 27) <sup>(11)</sup>. Il reste toutefois que l'employé dont le contrat aurait été conclu à l'étranger pour un emploi au Luxembourg serait fondé à réclamer l'écrit prévu en sa faveur par le statut.

D'autre part il faut admettre que les conditions de fond d'un contrat conclu à l'étranger, mais destiné à être exécuté au Luxembourg, seront régies par la législation luxembourgeoise. Ceci s'appliquera même aux prestations de travail effectuées au Luxembourg d'une façon accessoire ou purement occasionnelle dans la mesure où ces prestations peuvent être considérées séparément de la prestation principale accomplie à l'étranger par rapport aux dispositions qu'il s'agit d'appliquer. Tel sera le cas notamment en ce qui concerne la législation relative à la durée du travail et au repos hebdomadaire.

La jurisprudence fait découler la règle que, si les obligations assumées par les parties contractantes doivent trouver leur application dans un pays autre que celui où le contrat a été conclu, il faut

---

(11) Cf. supra n° 31.

appliquer pour tout ce qui concerne l'exécution la loi du pays où l'exécution a lieu, de la présomption que les parties avaient l'intention de soumettre l'exécution au droit du *locus solutionis* (Cour 10. 7. 96, IV 209; 27. 3. 06, VI 248; 20. 10. 19, X 519). Il reste cependant que les dispositions du droit du travail luxembourgeois prévaudraient contre toute intention tacite ou expresse contraire des parties en raison du caractère d'ordre public qu'elles revêtent.

En cas de détachement temporaire à l'étranger de travailleurs occupés normalement au Luxembourg par des entreprises y situées, ces travailleurs bénéficieront sans doute des dispositions impératives de la législation étrangère tout en restant au bénéfice des dispositions plus favorables de la loi luxembourgeoise susceptibles d'être considérées comme partie intégrante de leurs relations contractuelles. On appliquera par analogie la théorie dite du «rayonnement» admise en matière de sécurité sociale.

Il est bien entendu que dans tous les cas la législation applicable en matière d'hygiène et de sécurité du travail sera celle du lieu de travail.

En matière de sécurité sociale, les conventions bilatérales liant le Luxembourg ainsi que le règlement n° 3 du Conseil de la Communauté économique européenne consacrent la règle que les travailleurs occupés sur le territoire d'un État déterminé sont soumis à la législation de sécurité sociale de cet État ou si leur employeur ou le siège de l'entreprise qui les occupent se trouvent sur le territoire d'un autre État. Toutefois, ces instruments prévoient certaines dérogations. Conformément à la plus importante de ces dérogations, les travailleurs détachés à l'étranger restent soumis pendant une période déterminée à la législation du lieu de travail normal. Les travailleurs détachés normalement par une entreprise luxembourgeoise dans un pays non couvert par une telle disposition continueraient de bénéficier de la législation luxembourgeoise de sécurité sociale en vertu de la théorie dite du rayonnement, ci-dessus mentionnée.

### *Section V*

## **LES EFFETS DU CONTRAT DE TRAVAIL**

### **§ 1. DES EFFETS EN GÉNÉRAL**

48. Le mutisme de la plupart des contrats individuels de travail au sujet des obligations des parties ouvre un large champ à l'application



de l'article 1135 du code civil suivant lequel «les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature». C'est ainsi qu'il a été jugé que le salaire est, même en l'absence d'une convention expresse, une suite nécessaire que l'équité et l'usage donnent au louage de services (Cass. 2. 5. 02, VI 151; Cour 5. 2. 15, X 474), et que l'usage a introduit dans les contrats de louage de services la clause tacite d'un préavis (Cass. 2. 5. 02, VI 151). La loi même a pris une importance accrue au fur et à mesure de la formation d'un droit de travail comme discipline spéciale.

Par ailleurs, au delà des prévisions de l'article 1135 du code civil, les conventions collectives contiennent pour la grande majorité des travailleurs des dispositions normatives s'intégrant dans les contrats individuels de travail.

49. Les règlements internes des entreprises, dits respectivement règlements de travail, d'exploitation, d'atelier ou de service, déterminent dans une large mesure le contenu des contrats individuels. D'après les auteurs <sup>(12)</sup> et la jurisprudence, leur caractère obligatoire est fondé sur le consentement tacite des travailleurs au moment de l'engagement ou en cours de contrat (Tribunal 27. 10. 97, IV 445).

Bien que ne faisant l'objet d'aucune réglementation organique, le règlement d'atelier est visé par un certain nombre de textes législatifs et réglementaires. Dans les mines et carrières occupant plus de vingt ouvriers, le travail doit faire l'objet d'un règlement assujéti à l'approbation du gouvernement. Cette consigne, ainsi que s'exprime l'article 202 de l'arrêté grand-ducal du 26 avril 1930 concernant l'exploitation des mines, minières et carrières, doit régler les heures de travail, les relations et conventions entre ouvriers et patrons et reproduire certaines dispositions particulièrement importantes de l'arrêté cité.

Conformément à l'article 20 de l'arrêté grand-ducal du 28 mai 1925 concernant l'institution de délégations ouvrières dans les entreprises industrielles, la délégation principale devait être entendue lors de l'élaboration ou de la modification du règlement d'atelier. L'article 25 de la loi du 31 octobre 1919 ayant pour objet le règlement légal du louage de services des employés privés contenait une disposition analogue de même que l'article 21 du statut des agents des chemins de fer. L'article 3 de l'arrêté grand-ducal du 30 octobre 1958 concer-

---

(12) Pemmers/Elvinger, *op. cit.*, n° 95.

nant l'institution de délégations ouvrières dans les entreprises industrielles, commerciales et artisanales et l'article 25 de la loi du 27 juin 1937 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919 ont reproduit les dispositions ci-dessus tout en étendant les attributions des délégations à la surveillance des règlements. L'article 22 de l'arrêté grand-ducal du 30 octobre 1958 précité spécifie que «les membres des délégations restent soumis au règlement d'atelier de l'entreprise».

Enfin, l'article 312 du code des assurances sociales menace de peines correctionnelles les entrepreneurs et employés qui, sciemment, auraient exclu, par règlement de travail, l'application du code au détriment des assurés.

50. Le plus souvent le contrat de travail opère l'intégration du travailleur dans une entreprise, ou plus exactement, dans la collectivité humaine qui se constitue au sein de l'établissement.

A ce titre, le travailleur sera habilité à l'exercice du droit, non plus contractuel, mais institutionnel, de participer à la représentation des travailleurs à l'entreprise.

D'autre part l'intégration dans l'entreprise déterminera les modalités du lien contractuel de subordination et notamment de l'exercice du pouvoir directorial et disciplinaire.

51. La législation luxembourgeoise de sécurité sociale assujettit au régime des salariés «les ouvriers, aides, compagnons, domestiques et apprentis», les employés et, pour certaines branches, les fonctionnaires.

La loi du 31 juillet 1901 sur l'assurance obligatoire des ouvriers contre les maladies qui marque le début de l'assurance sociale au Luxembourg pose le principe que l'assurance existe de plein droit dès que l'intéressé s'adonne à une occupation visée par la loi et qu'elle cesse dès que l'assuré renonce à une telle occupation. La loi du 29 août 1951 ayant pour objet la réforme de l'assurance-pension des employés privés précise que sont soumises à l'assurance toutes personnes qui exercent une occupation de la nature de celle qu'elle détermine, et ce sous quelque dénomination et à quelque titre que ce soit.

Les dispositions citées mettent en évidence que l'assujettissement aux régimes de sécurité sociale des salariés n'est pas lié à la relation civile de travail, mais à des éléments de fait, à savoir l'occupation d'une personne ayant la condition sociale de salarié pour le compte d'un employeur.

Sans doute l'exercice d'une occupation comme travailleur dépendant a-t-elle lieu normalement sur la base d'un contrat de travail ou d'apprentissage. L'assujettissement ne dépend toutefois pas en règle générale de la validité civile ou de la preuve de la relation de travail. D'autre part l'existence d'une telle relation de travail ne suffit pas à elle-même à fonder l'assujettissement. Il faut en outre, en dehors de l'exercice effectif de l'occupation, que cette occupation fonde la condition sociale de l'assujetti. Ainsi le code des assurances sociales exige pour l'obligation d'assurance-maladie que l'occupation rémunérée constitue la profession principale, tout en excluant les personnes qui n'exercent une occupation salariée qu'occasionnellement ou accessoirement, ainsi que les personnes occupées à des services domestiques qui ne travaillent pas plus de 16 heures par semaine. Ainsi encore, conformément à la loi sur l'assurance-pension des employés privés, l'activité à assujettir doit être exercée en ordre principal et non seulement accessoire. C'est encore en vertu du même principe que l'octroi des allocations familiales sur la base du régime des salariés a été subordonné par la pratique et la jurisprudence (C. a. ass. soc. 27. 9. 49, XV 65) à la condition sociale de salarié, et qu'ont été exclus du bénéfice de ce régime tous ceux pour qui l'activité salariée ne constitue qu'une activité occasionnelle ou accessoire.

52. Les effets du contrat de travail en matière de responsabilité civile appellent particulièrement l'attention.

Tout d'abord l'article 1384 du code civil déclare responsables les maîtres et les commettants du dommage causé par leurs domestiques et préposés, c'est-à-dire par toutes les personnes avec lesquelles ils sont liés par un contrat de louage de services, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Le même article rend responsables les artisans du dommage causé par leurs apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité réfléchie des maîtres et commettants est fondée sur la présomption d'une faute commise dans le choix ou la surveillance de leurs domestiques et préposés (Cour 23. 3. 1900, V 321; Cass. 8. 2. 24, XI 180). Cette présomption est irréfragable. Alors que les artisans peuvent se dégager de la responsabilité qui leur incombe du chef de leurs apprentis en prouvant qu'ils n'ont pu empêcher le fait dommageable, la responsabilité des maîtres et commettants est encourue sans qu'il y ait lieu de rechercher s'ils étaient à même ou non d'empêcher le fait dommageable posé par leurs domestiques ou préposés (Cour 26. 5. 16, IX 559).

La responsabilité réfléchie des maîtres et commettants s'applique non seulement au dommage causé par leurs domestiques et préposés dans l'exercice normal de leurs fonctions, mais encore à ceux qui résultent de l'abus de ces fonctions (Cour 29. 7. 36, XIV 67) ou, suivant une formule générale, ont été causés à l'occasion de ces fonctions (Cour 23. 3. 1900). Le motif qui a guidé le préposé dans son acte dommageable est irrelevant au point de vue de la responsabilité du maître (Cass. 8. 2. 24, XI 180).

La responsabilité de l'employeur ne dégage pas celle du préposé à l'égard du tiers lésé. La responsabilité réfléchie des maîtres et commettants est établie dans l'intérêt des tiers lésés auxquels il reste loisible de se pourvoir contre l'auteur même du dommage. Les auteurs et la jurisprudence ne se sont pas encore prononcés sur l'application éventuelle de la notion de risque d'entreprise en ce qui concerne la relation entre employeurs et préposés dans le cas d'un dommage causé par ce dernier à des tiers, mais il a été jugé que s'il était établi que le préposé était simplement l'instrument de l'employeur exécutant sans initiative personnelle les ordres précis qui lui ont été donnés, la responsabilité définitive incombait à l'employeur (Tribunal 15. 2. 1900, VII 172).

La responsabilité réfléchie des maîtres et commettants exclut celle des père et mère (Cour 4. 5. 39, XII 109).

53. Conformément à l'article 115 du code des assurances sociales, les victimes d'accidents du travail ne peuvent recourir de ce chef contre leurs employeurs ni, dans le cas d'un travail connexe, contre tout autre employeur affilié à l'Association d'assurance contre les accidents. Cette exonération s'étend aux représentants, employés et ouvriers des entreprises en cause.

L'exonération prévue ne s'applique pas aux travailleurs ayant causé un accident dont aurait été victime l'employeur.

54. La jurisprudence admet l'employeur, légalement tenu de verser le traitement à un employé pendant une période temporaire d'incapacité de travail due à la faute d'un tiers, à se faire rembourser par ce tiers les sommes versées, alors qu'ayant payé le traitement sans contrepartie il a subi par la faute du tiers un préjudice direct (Tribunal 26. 2. 58, XII 292).

La loi du 20 avril 1962 portant réforme du statut des employés privés a ajouté un alinéa nouveau à l'article 8 de ce statut portant

que, si l'employé peut réclamer à un tiers, en vertu d'une disposition légale, la réparation du dommage résultant pour lui d'une maladie ou d'un accident, ce droit, pour autant qu'il concerne l'indemnisation pour perte de gain, passera à l'employeur jusqu'à concurrence du traitement et des indemnités que celui-ci est tenu de payer conformément au statut <sup>(13)</sup>.

55. Conformément à l'article 283 du code de procédure civile, les serviteurs et domestiques au service d'une partie litigante peuvent être reprochés comme témoins par l'autre.

### § 2. DES OBLIGATIONS DU TRAVAILLEUR

56. Le travailleur doit à l'employeur la prestation de travail sur laquelle porte son engagement, suivant les modalités expressément ou tacitement prévues au contrat. Conformément à l'article 1237 du code civil, la prestation doit être fournie personnellement par le travailleur sauf qu'un tiers peut être agréé par l'employeur. Par application de l'article 1134 portant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, le travailleur doit s'appliquer loyalement à l'accomplissement de sa tâche.

57. Le lien de subordination implique l'observation de la discipline dans l'entreprise. Plus particulièrement le travailleur doit observer les horaires de travail et ne peut quitter les lieux sans le consentement de l'employeur ou de ceux qui le représentent <sup>(14)</sup>.

Toutefois, le travailleur ne peut être astreint à des prestations de travail différentes de celles que les parties avaient en vue lors de l'engagement <sup>(15)</sup>. Jugé qu'un employeur ne peut imposer à une vendeuse de laver le magasin (Trib. arb. 2. 3. 28).

Pareillement le travailleur n'est pas tenu de fournir une prestation de travail plus étendue que celle visée par le contrat et autorisée par la loi ou les conventions collectives. Il ne saurait notamment être appelé, en dehors des dérogations prévues, à fournir des heures supplémentaires ou à travailler le dimanche ou un jour férié. Par contre, la fixation des jours de congé appartient à l'employeur qui, conformément à l'article 3 de la loi du 27 juillet 1950 portant réglementation

(13) Cf. supra n° 69.

(14) Pemmerts/Elvinger, *op. cit.*, n° 101.

(15) Pemmerts/Elvinger, *op. cit.*, n° 97.

du congé payé des salariés, y procédera après consultation des intéressés.

58. L'incapacité de travail que peuvent entraîner la maladie et l'accident constitue une dispense naturelle de service.

Des raisons d'ordre personnel ou familial donnent lieu en outre à des dispenses de services spécifiées par les conventions collectives et les statuts des employés privés et des agents des chemins de fer.

D'autres dispenses de services sont prévues par la loi pour l'accomplissement de certains droits, devoirs ou mandats sociaux ou publics. A titre de correctif, il est vrai, l'article 10 du statut des employés privés et l'article 12 du statut des chemins de fer disposent que, pour le cas où le temps à consacrer à l'accomplissement de certains mandats paraîtrait excessif, le tribunal arbitral pour les contestations entre les employés privés et leurs employeurs décidera, sur la demande de l'employeur, s'il y a lieu à réduction de la rémunération ou bien à cessation de l'emploi.

D'après l'article 16 de l'arrêté grand-ducal du 13 octobre 1958 concernant l'institution de délégations ouvrières industrielles, commerciales et artisanales, les présidents et les secrétaires des délégations sont à décharger de leur travail pour la durée nécessaire à l'accomplissement de leurs fonctions; dans les entreprises occupant plus de mille ouvriers ils sont déchargés de tout travail dans l'entreprise.

59. L'obligation de veiller à la sécurité et à l'hygiène dans l'entreprise n'incombe pas seulement à l'employeur et à ses représentants, mais encore aux travailleurs.

Les règlements d'administration publique du 28 août 1924 concernant la santé et la sécurité du personnel occupé dans les ateliers, les entreprises industrielles et commerciales et aux travaux de construction, d'aménagement, de réparation ou de terrassement contiennent des prescriptions spéciales à l'adresse du personnel. De même l'arrêté grand-ducal du 30 mars 1932 concernant l'application de différentes conventions adoptées par la Conférence internationale du travail au cours de ces dix dernières sessions prévoit des mesures imposées spécialement aux ouvriers pour l'emploi de la céruse dans la peinture. L'arrêté grand-ducal du 26 avril 1930 concernant l'exploitation des mines, minières et carrières dispose dans son article 203 que tout ouvrier qui, par insubordination ou désobéissance aurait contre-

venu aux règlements établis par la direction de l'entreprise pour la sûreté des personnes et des choses, peut être poursuivi pénalement.

Enfin, le code des assurances sociales autorise l'Association d'assurance contre les accidents à édicter des règlements sur les précautions à observer par les travailleurs à l'effet d'éviter des accidents. Conformément aux règlements ainsi intervenus, chaque travailleur est tenu de collaborer à la prévention des accidents, de se conformer aux prescriptions préventives et de veiller à sa propre sécurité et à celle de ses compagnons en observant consciencieusement les instructions relatives à la prévention des accidents et des maladies professionnelles. Chaque travailleur est tenu de signaler sans délai les déficiences qu'il aurait remarquées dans les installations de service, sinon d'y remédier.

Les travailleurs sont encore tenus d'utiliser les moyens de protection personnelle mis à leur disposition. Les moyens personnels de transport dont ils font usage pour se rendre au travail et en revenir doivent être entretenus dans de bonnes conditions de fonctionnement.

60. L'intégration dans un groupe de travailleurs qu'implique le plus souvent l'exécution du contrat de travail comporte pour chaque travailleur membre du groupe l'obligation de se conformer aux conventions sociales et bonnes moeurs à l'égard des autres travailleurs membres du groupe. Les violations graves de cette obligation sont souvent prévues par les conventions collectives comme motifs de licenciement immédiat.

L'obligation d'assistance à toute personne en danger de mort consacrée par le code pénal peut jouer tout particulièrement dans l'exécution en commun de travaux dangereux. D'autre part, l'Association d'assurance contre les accidents est habilitée par la loi et ses statuts à allouer des primes pour le sauvetage des blessés et pour la prévention des accidents.

61. Le devoir de loyauté attaché par application de l'article 1134 du code civil à la relation de travail est dans certaines hypothèses sanctionné par des dispositions légales expresses.

L'article 12 ancien du statut des employés privés avait interdit à l'employé de commerce d'exercer, sans l'assentiment du patron, un négoce quelconque, même séparé de celui du patron, et de traiter des affaires dans la branche commerciale de ce dernier, soit pour son propre compte, soit pour le compte d'un tiers.

L'article 12 nouveau issu de la dernière loi de réforme se limite à interdire à l'employé de traiter des affaires dans la branche de celui-ci, soit pour son propre compte, soit pour le compte d'un tiers, mais il est bien entendu qu'il serait loisible à l'employé de s'interdire conventionnellement de traiter des affaires pour son propre compte dans quelque branche que ce soit.

L'article 16 du statut des agents des chemins de fer leur interdit, sauf autorisation spéciale de l'employeur, de tenir un commerce, soit par eux-mêmes, soit par une personne interposée ou habitant avec eux ou de se servir de leur titre ou des facilités particulières que leur confère leur fonction pour participer à une opération ayant un caractère commercial. Sauf autorisation de la direction, ils ne peuvent être, à aucun titre, administrateurs ou agents d'une entreprise commerciale quelconque étant ou pouvant se trouver en relations avec le réseau. Ils ne pourront jamais devenir ni entrepreneurs ou fournisseurs du réseau, ni être employés par ces derniers. Cette interdiction ne s'applique pas aux coopératives du personnel des chemins de fer.

Dans un autre ordre d'idées, l'article 11 de la loi du 27 juillet 1950 portant réglementation du congé annuel payé des salaires leur interdit, sous peine d'être privés du salaire maintenu en leur faveur, d'exercer un travail rémunéré pendant la durée du congé.

62. L'article 309 du code pénal menace de peines correctionnelles celui qui aurait méchamment ou frauduleusement communiqué des secrets de la fabrique dans laquelle il est ou a été employé. Cette disposition ne vise toutefois pas la divulgation d'un secret commercial qui, par conséquent, reste sur le plan civil.

L'article 464 du code pénal porte aggravation de la peine en cas de vol, si le voleur est «un domestique ou un homme de service à gages», même s'il a commis le vol envers des personnes qu'il ne servait pas, mais qui se trouvaient soit dans la maison du maître, soit dans celle où il l'accompagnait, ou si c'est un ouvrier, compagnon ou apprenti, dans la maison, l'atelier ou le magasin de son maître, ou un individu travaillant habituellement dans l'habitation où il a volé. Le délit existe même si l'auteur avait la détention matérielle des objets soustraits ou si l'objet soustrait se présentait simplement sous forme de papiers d'information (Cass. 12. 7. 28). L'énumération des personnes visées par l'article 464 s'applique à toutes les personnes liées par un contrat de travail et comprend les employés et chefs de service (Cour 11. 2. 28).



63. Conformément à l'article 11 du statut des employés privés, l'employé ne peut être obligé par contrat ou ordre de service de participer aux frais d'institutions ayant pour but l'amélioration du sort des employés et de leur famille qu'à la condition que le patron ne touche aucun profit commercial de l'institution, qu'il contribue d'une façon sensible aux frais, que le capital de l'institution constitué par les cotisations des employés soit garanti et réservé à ceux-ci, même en cas de faillite du patron, et que la délégation d'employés ou toute autre représentation de ceux-ci librement choisie prenne avec le patron une part égale à l'administration de l'institution.

La question visée par la disposition précitée peut se poser non seulement pour des institutions sociales, mais encore pour des institutions culturelles ou sportives. La réponse en ce qui concerne celles-ci paraît devoir être négative, même si les conditions prévues par la disposition citée étaient réunies. Il en serait de même dans tous les cas lorsqu'il s'agit de travailleurs non régis par le statut des employés.

### § 3. DES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

64. L'obligation primordiale de l'employeur a trait à la rémunération qui, d'ailleurs, peut se présenter sous des formes et dénominations diverses.

Normalement la rémunération a pour objet un paiement en numéraire. On parlera de «salaires, appointements et traitements» auxquels s'ajoutent très souvent des suppléments, primes, indemnités et avantages accessoires.

Rien n'empêche qu'une partie, voire la totalité de la rémunération, soit stipulée en nature. Le gouvernement fixe annuellement la valeur en espèces du logement et de la nourriture attribués à titre de rémunération en nature en vue de l'application des législations sur les impôts et sur la sécurité sociale.

La rémunération en espèces peut être fixée soit au temps — heures, journées, semaines, mois — soit aux pièces ou à la tâche.

Les salaires aux pièces ou à la tâche peuvent être fixés en fonction de la prestation fournie par le travailleur pris individuellement ou par un groupe de travailleurs. Pour certaines catégories de travailleurs, tels que représentants de commerce, agents d'assurance, la rémunération est fixée en fonction des opérations réalisées.

Dans certaines professions la rémunération consiste exclusivement ou partiellement en pourboires payés par la clientèle. Dans la

conception luxembourgeoise, le contrat des travailleurs dont la rémunération consiste en pourboires constitue un contrat de travail proprement dit.

65. Les primes en usage les plus importantes sont les primes de productivité et les primes d'assiduité. Elles constituent un salaire complémentaire et tombent à tous les points de vue sous les dispositions légales régissant les salaires.

Les allocations qualifiées d'indemnités ont tantôt le caractère d'un salaire complémentaire, comme les indemnités pour travail de nuit prévues par voie de convention collective, tantôt celui d'indemnités au sens propre destinées à tenir indemne le travailleur d'une dépense ou d'un préjudice résultant de son travail. Dans cette dernière hypothèse elles sont soustraites à l'assiette des impôts et de la sécurité sociale.

Des suppléments de salaires sont imposés par la loi et les règlements pour les heures de travail excédant la durée légalement permise et pour celles exécutées les jours fériés. Pour des catégories importantes de travailleurs, les suppléments légaux sont augmentés par convention collective. Des suppléments sont en outre prévus par voie de convention collective pour le travail dominical.

66. Les gratifications annuelles dont bénéficie un nombre croissant de travailleurs constituent actuellement la forme usuelle de la participation des travailleurs aux bénéfices de l'entreprise. Mais à l'encontre de la participation aux bénéfices proprement dite, la gratification est généralement prévue à titre simplement bénévole. Jugé que ni l'usage local ni son octroi successif ne confèrent aux travailleurs un droit à la gratification (Tribunal 5. 11. 13, X 226; Cour 13. 1. 22; (Trib. arb. 2. 6. 33). Il en est autrement en cas de stipulation expresse de la gratification (Trib. arb. 17. 2. 33) à moins que le caractère facultatif n'en ait été formellement réservé.

67. Un avantage supplémentaire assez répandu dans le secteur public et presque généralement accordé aux gens de maison consiste dans la prise en charge par l'employeur des parts des cotisations de sécurité sociale incombant légalement aux travailleurs. En droit cet avantage est considéré comme sursalaire.

Il en est de même des allocations de logement et des allocations familiales accordées par les employeurs. Il est bien entendu que cette

observation ne vaut plus pour les allocations familiales légales encore que dans les grandes entreprises elles soient versées par les bureaux de paie.

68. Normalement la rémunération constitue la contrepartie du travail fourni. Aussi, le plus souvent, est-elle payable *postnumerando*, sauf pour les employés du secteur public et les agents des chemins de fer.

Conformément à l'article 4 de la loi du 12 juillet 1895 réglant le paiement des salaires des ouvriers, le salaire doit être payé à l'ouvrier au moins de deux fois par mois à seize jours d'intervalle au plus. La même loi dispose que pour les ouvrages à façon, à la pièce ou par entreprise le règlement partiel ou définitif doit être effectué au moins une fois par mois. En vertu du statut des employés privés, le traitement de ceux-ci doit être payé mensuellement et ce le dernier jour du mois pour lequel il est dû.

69. Le principe, pratiquement absolu dans le passé, que la rémunération est due en contrepartie d'une prestation de services effective comporte des dérogations de plus en plus étendues résultant, d'une part, des dispositions légales ou réglementaires concernant les congés payés et jours fériés — à l'exception des dimanches — d'autre part, des dispositions des conventions collectives concernant les dispenses de travail pour des motifs d'ordre social, familial ou personnel.

Les dérogations les plus importantes se dégagent toutefois des statuts des employés et des agents des chemins de fer. Jugé que le traitement est dû à l'employé privé tant que dure la relation de service, même en cas d'arrêt de l'entreprise (Cour 4. 2. 27) ou de l'absence de l'employé pour cause de maladie (Cour 9. 11. 28). L'étendue et les modalités du droit de l'employé au traitement en cas de maladie ou d'accident sont réglées par l'article 8 du statut des employés. Conformément à l'article 49 du statut des agents de chemins de fer, «tout agent commissionné a pour la durée de ces fonctions un droit acquis au traitement».

70. La protection des salaires, en raison de leur caractère alimentaire, n'avait pas tardé de faire l'objet de l'intervention de l'État avant la fin du siècle dernier. Des lois en date des 12 et 19 juillet 1895, l'une réglant le paiement des salaires, l'autre concernant leur saisissabilité et leur cessibilité, ont garanti le versement effectif de la rémunération

ou d'une part au moins entre les mains du travailleur. Le statut des employés privés prévoit des dispositions analogues pour l'ensemble des employés privés, quel que soit le montant de leur revenu professionnel.

La question de savoir si les dispositions légales concernant la protection des salaires s'appliquent aux indemnités, notamment à celles allouées pour l'utilisation d'un outil personnel, peut être controversée, mais une réponse négative paraîtra contraire à l'esprit de la loi.

71. L'intervention la plus remarquable de l'État en matière de salaires consiste sans doute dans la fixation de salaires minima, inaugurée par l'arrêté-loi du 4 décembre 1944 pris conformément à des accords provisoires intervenus entre les organisations patronales et ouvrières. Il est vrai que les arrêtés modificatifs postérieurs en la matière ont été pris indépendamment d'un tel accord.

72. Le caractère alimentaire de la rémunération a donné lieu à un mouvement assez généralisé d'ajustement des salaires et traitements au coût de la vie représenté par un indice pondéré des prix de détail officiel. Cet ajustement est prévu par les plus importantes conventions collectives, par le statut des agents des chemins de fer et par le statut des employés au service d'employeurs publics.

Les conventions collectives prévoient en général un tempérament à l'automaticité de l'ajustement en permettant à chaque partie de demander des négociations sur l'augmentation ou la diminution des salaires en cas de difficultés résultant de la situation économique.

Enfin, un arrêté en date du 31 décembre 1956 dispose qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1957 le taux minimum légal des salaires et appointements est adapté automatiquement au nombre-indice du coût de la vie suivant les modalités applicables aux fonctionnaires et employés de l'État.

73. La question de savoir si l'employeur est tenu d'occuper effectivement le travailleur n'a pas fait, au Luxembourg, l'objet d'un examen doctrinal, sauf en ce qui concerne le lock-out, ni de décisions judiciaires. Il convient d'ailleurs de la poser distinctement sur le plan collectif et sur le plan individuel.

Sur le plan collectif, on remarquera que les entreprises luxembourgeoises ont le plus souvent maintenu leur marche jusqu'à la limite de leur capacité financière, et qu'en cas d'arrêt de la production elles

ont occupé leur personnel ouvrier dans la mesure du possible à des travaux d'entretien, de réparation ou d'extension des installations. L'introduction par les employeurs de journées de chômage partiel, par suite notamment d'un manque de commandes, est subordonnée par les principales conventions collectives à la consultation préalable des délégations ouvrières et des parties intervenant aux dites conventions.

Sur le plan individuel, il convient sans doute d'admettre l'obligation de l'employeur d'occuper effectivement le travailleur. La mise en inactivité arbitraire même avec conservation du salaire doit être considérée comme une violation de l'obligation d'exécution loyale du contrat.

74. Normalement il incombe à l'employeur de fournir aux travailleurs l'outillage nécessaire à l'exécution du travail. Très souvent les conventions collectives prévoient cette obligation d'une façon expresse en ajoutant que si le travailleur utilise, d'accord avec l'employeur, des outils lui appartenant en propre, ce dernier lui doit une indemnité à régler entre parties.

Très souvent l'employeur fournit des possibilités de dépôt des vêtements et véhicules du travailleur. Il a été jugé qu'il est responsable en cas de perte ou de vol de ces objets (Justice de paix lux. 11. 7. 28).

75. L'obligation de l'employeur de veiller à la santé et à la sécurité des travailleurs sur les lieux de travail est spécifiée par un réseau étendu de dispositions légales et réglementaires. La loi du 26 août 1924 concernant la santé et la sécurité du personnel occupé dans les ateliers, les entreprises commerciales et industrielles ou aux travaux de construction, d'aménagement, de réparation ou de terrassement prévoit qu'il pourra être procédé par la voie de règlements d'administration publique à l'établissement des mesures propres à assurer la santé et la sécurité du personnel, employés et ouvriers, occupé dans les entreprises ou aux travaux visés. Deux arrêtés grand-ducaux portant la même date ont fait droit à ces prévisions.

Les conditions de sécurité dans les mines et carrières font l'objet d'un arrêté grand-ducal en date du 26 avril 1930, celles relatives à l'exploitation des chemins de fer d'un arrêté grand-ducal du 23 juin 1952, l'un et l'autre de ces arrêtés se substituant à des dispositions prises au cours du siècle écoulé.

De même que les prescriptions des arrêtés précités, les prescriptions d'un arrêté royal grand-ducal du 20 avril 1881, pris sur la base d'une loi du même jour, relatif au transport, au commerce et au dépôt de la poudre à tirer et des autres substances explosives, visent à la fois la sécurité du public et du personnel.

L'emploi, d'ailleurs de plus en plus rare, de la céruse dans la peinture est réglementé par les dispositions particulières de l'arrêté grand-ducal du 30 mars 1932 relatives à l'exécution de la convention internationale régissant la matière, ratifiée par le Luxembourg

Le Luxembourg a ratifié de même la convention internationale concernant le transport des colis par bateau.

Il est à remarquer que cette énumération n'est pas exhaustive.

76. En dehors des mesures réglementaires, la santé et sécurité des travailleurs peut faire l'objet de mesures purement administratives.

Conformément à l'arrêté royal grand-ducal sur le régime de certains établissements réputés dangereux, insalubres ou incommodes, les autorisations requises pour l'installation ou le transfert de ces établissements sont subordonnées aux réserves et conditions qui sont jugées nécessaires dans l'intérêt des ouvriers attachés à l'établissement. A l'égard des mêmes établissements la loi du 28 août 1924 précitée dispose que le gouvernement est autorisé à ajouter des prescriptions spéciales aux mesures générales édictées par règlements d'administration publique.

L'Association d'assurance contre les accidents est habilitée à édicter des règlements sur les mesures à prendre en vue de prévenir les accidents et de protéger la vie et la santé des ouvriers.

Pour l'élaboration de ces règlements, le comité directeur de l'Association ou la commission qu'il pourra charger de cette mission doivent être constitués paritairement des délégués des employeurs et des travailleurs. Le comité directeur de l'Association est habilité à prendre des mesures spéciales de protection des travailleurs toutes les fois qu'il jugera convenir.

77. On peut rattacher à l'obligation de l'employeur de veiller à la préservation de la santé du travailleur la réglementation concernant le repos des travailleurs. Cette connexité a été mise en relief par la loi du 21 mai 1948 qui a introduit dans l'article 11 de la Constitution la disposition que la loi organise la protection de la santé et le repos des travailleurs.

La protection du repos des travailleurs a pris son point de départ dans la loi du 21 août 1913 concernant le repos hebdomadaire des employés et ouvriers pour l'exécution de laquelle ont été pris les arrêtés des 21 août 1914, 24 octobre 1939 et 19 avril 1940.

Cette réglementation a été poursuivie par l'introduction de jours fériés légaux conformément à l'arrêté grand-ducal du 8 août 1947 complété par une loi du 24 novembre 1955.

La journée de 8 heures fut réalisée par un arrêté grand-ducal du 14 décembre 1918. L'application de la convention de Washington ratifiée par le Luxembourg fait l'objet de dispositions spéciales de l'arrêté grand-ducal du 30 mars 1932.

La limitation des heures de travail fait l'objet, en outre des statuts des employés et des gens de chemins de fer, d'un arrêté du 16 octobre 1939 et d'un arrêté du 25 juillet 1959 visant spécialement le personnel occupé au transport sur route.

Un arrêté grand-ducal du 17 octobre 1938 prévoit la réduction progressive de la durée du travail hebdomadaire à 40 heures par semaine.

Une telle réduction fait l'objet de la convention collective dans la sidérurgie.

78. Il va sans dire que l'obligation de l'employeur de veiller à la sécurité ouvrière ne se limite pas aux dispositions légales et réglementaires spéciales en la matière. Avant l'introduction de l'assurance obligatoire contre les accidents et l'établissement du réseau réglementaire prédécrit, il a fait l'objet d'une jurisprudence étendue consacrant l'obligation de l'employeur de mettre à la disposition du travailleur l'appareillage de sécurité nécessaire (Cour 18. 11. 27, II 547), et de le préserver contre sa propre imprudence s'il le faut, notamment en surveillant l'emploi de l'appareillage de sécurité et généralement de l'observation des dispositions (Cour 8. 2. 1901, V 401). Il fut jugé encore que l'obligation de l'employeur ne s'appliquait pas seulement aux heures de travail proprement dites, mais encore aux suspensions de travail, notamment pendant les repas, tant que les travailleurs ne quittaient pas l'établissement (Tribunal 29. 4. 16, IV 189).

79. Une administration spécialisée, l'Inspection du travail, surveille l'application des mesures concernant la santé et la sécurité des travail-

leurs à l'intérieur des entreprises. Le même devoir incombe aux délégués ouvriers à la sécurité.

80. Les obligations des employeurs en matière de sécurité sociale sont d'une importance tout à fait particulière. Ils sont tenus de déclarer aux organismes d'assurance les assurés qu'ils occupent, les salaires promérités, ainsi que tout changement de la nature d'occupation exerçant une influence sur l'assurance, de même que la cessation d'occupation. Ils doivent fournir aux organismes d'assurance les attestations prescrites pour l'obtention des prestations. Enfin ils doivent faire la déclaration de tout accident de travail ou de trajet ainsi que de toute maladie professionnelle survenus aux travailleurs qu'ils occupent.

#### § 4. DE L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS

81. En raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, chaque partie peut se fonder sur l'inexécution du contrat par l'autre pour en suspendre l'exécution à son tour.

Cette règle dite de *exceptio non adimpleti contractus* s'applique principalement à la relation prestation de travail - salaire. En dehors des cas de plus en plus nombreux de conservation du salaire en cas d'absence justifiée (16), l'employeur sera fondé à ne pas payer le salaire dû pour les heures ou une portion de travail non fournies.

D'autre part, toutefois, les retenues pouvant être opérées sur le salaire dû par l'employeur pour le travail effectué, en cas de fautes commises par l'ouvrier, sont strictement limitées par la loi du 12 juillet 1895 sur le paiement des salaires des ouvriers.

De son côté, le travailleur est fondé à suspendre la prestation de travail en cas de non-paiement du salaire lorsque le paiement doit avoir lieu *praenumerando* ou, en cas de paiement *postnumerando*, lorsque le patron est en défaut de payer le salaire pour les prestations effectuées.

De même, le travailleur serait en droit de refuser l'exécution du contrat, sans que pour cela il doive le résilier, lorsque le patron est en carence d'exécution quant à ses autres obligations telles que celles concernant la sécurité du travail. Le refus justifié de la prestation de travail en tel cas ne dispenserait certainement pas l'employeur, de payer le salaire, ne fût-ce qu'à titre d'indemnité.

---

(16) Cf. *supra* n° 58.



Dans aucun cas, toutefois, l'employeur ne saurait prendre prétexte de manquements au contrat de la part du travailleur pour suspendre l'exécution de ses obligations relatives à la sécurité et l'hygiène du travail ou à la sécurité sociale du travailleur.

L'incidence des absences sur le droit au congé annuel et aux jours fériés légaux est réglée par les textes mêmes qui le régissent. Conformément à l'article 4 de la loi du 27 juillet 1925 portant réglementation du congé annuel payé des salariés, pour avoir droit au congé, le salarié doit avoir effectué au moins 90 % (85 % dans les mines et carrières souterraines) des journées de travail de la période servant au calcul du congé. En vertu de l'article 5 de la même loi, le salarié perd son droit au congé lorsque le contrat de travail est résilié à ses torts exclusifs.

Conformément à l'article 6 de l'arrêté grand-ducal du 8 août 1947 portant réglementation des jours fériés légaux, ne peut pas prétendre au bénéfice du salaire afférent à un jour férié légal le travailleur qui par sa faute n'a pas travaillé la veille ou le lendemain de ce jour férié ou qui, même pour des motifs d'absence valables, se sera absenté sans excuse valable pendant plus de trois jours au cours de la période de vingt-cinq jours ouvrables précédant le jour férié.

82. Les manquements des parties au contrat peuvent faire l'objet de clauses pénales. Aux termes de l'article 1226 du code civil la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution. Aux termes de l'article 1229 du même code la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Les amendes d'ordre, fréquemment prévues par les règlements d'atelier, ont le caractère de telles clauses pénales. Conformément à l'article 6 de la loi du 12 juillet 1895 sur le paiement des salaires des ouvriers, elles peuvent donner lieu valablement à des retenues sur le salaire lorsque les règlements d'ordre intérieur qui les prévoient ont été régulièrement affichés dans l'établissement.

Il suit de l'article 1182 du code civil que l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

L'obligation du travailleur de fournir la prestation de travail stipulée, celle de l'employeur d'occuper effectivement le travailleur,

sont certainement de la nature de celles visées par cette disposition. Elles sont, en conséquence, soustraites à une condamnation pouvant faire l'objet d'une exécution directe. Dans la pratique, elles ne donnent guère lieu non plus à des condamnations à astreinte. On peut d'ailleurs douter de la légalité de pareilles condamnations au regard de l'article 1142 précité.

La doctrine et la jurisprudence relatives à l'étendue de la responsabilité des parties en cas de faute commise dans l'exécution du contrat de travail avait principalement trait d'abord à la responsabilité individuelle des travailleurs en cas d'accident du travail, à laquelle s'est substituée depuis lors l'assurance obligatoire contre les accidents et, plus récemment, à la résiliation intempestive du contrat, notamment en ce qui concerne les employés privés. Aucune doctrine ou jurisprudence constante n'ont été dégagées en ce qui concerne d'autres hypothèses.

En tout cas l'étendue de la responsabilité des parties en cas de manquement à leurs obligations contractuelles ne saurait dépasser celle fixée par l'article 1150 du code civil suivant lesquelles le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est pas par son dol que l'obligation n'est pas exécutée. D'autre part, le principe de l'équité consacrée par l'article 1135 du même code paraît devoir exclure une responsabilité ouvrière, notamment en cas de malfaçon non voulue d'ouvrage ou de dommage causé involontairement aux installations dont la proportion dépasserait la mesure fournie par la rémunération.

Aussi les conventions collectives ne visent-elles la responsabilité de l'ouvrier qu'en ce qui concerne les outils et instruments de mesure qui lui ont été remis. De plus si l'article 6 de la loi du 12 juillet 1895 sur le paiement des salaires des ouvriers autorise une retenue sur le salaire du chef de remboursement des dommages et intérêts dus par la faute de l'ouvrier, il limite, en même temps, cette retenue au dixième du salaire.

La même limite s'applique aux retenues sur les salaires du chef d'amendes encourues en vertu du règlement d'ordre intérieur.

Par ailleurs, en raison du caractère forfaitaire attribué aux clauses pénales par le code civil, de telles amendes d'ordre épuisent tous dommages et intérêts du chef des manquements sanctionnés.

83. Normalement, la partie ayant souffert d'un manquement grave de la part de l'autre recourt à la résiliation immédiate du contrat<sup>(17)</sup>, qu'il ait été conclu à durée indéterminée ou à durée déterminée. Le plus souvent, la résiliation a lieu extrajudiciairement. Rien n'empêche cependant la résiliation par voie de justice, notamment si la partie lésée entend réclamer des dommages et intérêts. La résolution judiciaire peut présenter en outre l'avantage de protéger la partie qui entend mettre fin au contrat contre des dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat.

### Section VI

## LA CESSATION DE LA RELATION DE TRAVAIL

### § 1. DE L'ARRIVÉE DU TERME

84. Le contrat conclu pour une durée déterminée prend normalement fin à l'expiration du terme contractuel. La continuation tacite des services après la date convenue est considérée comme formant un nouveau contrat à durée indéterminée. Ces règles qui ont une portée générale sont consacrées formellement par l'article 15 du statut des employés privés. Si aucun préavis n'est requis en pareil cas, il n'en reste pas moins indiqué que les parties se consultent préalablement au sujet de leurs relations ultérieures.

L'article 5 du statut des employés privés tient compte de cette préoccupation en disposant que, si quinze jours avant l'expiration du délai prévu aucune des deux parties n'a averti l'autre de la résiliation de l'engagement provisoire conclu à titre d'épreuve, cet engagement est considéré comme définitif.

A l'expiration du terme contractuel il convient d'assimiler l'accomplissement de la tâche stipulée lorsque l'engagement avait eu lieu pour un travail limité dans le temps.

### § 2. DU COMMUN ACCORD DES PARTIES

85. La doctrine<sup>(18)</sup> admet que les parties peuvent d'un commun accord mettre à tout moment fin au contrat. Il reste qu'un tel accord pourrait servir à priver le travailleur du délai de congé qui lui serait

(17) Cf. *infra* n° 86.

(18) Pемmers/Elvinger, *op. cit.*, n° 345.

dû en vertu des conventions collectives ou du statut légal des employés privés. Aussi l'accord est-il justiciable de la censure des tribunaux en ce qui concerne les conditions dans lesquelles il est intervenu.

### § 3. DE LA RÉSILIATION UNILATÉRALE

86. Conformément au principe général posé par l'article 1184 du code civil, «la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfait point à son engagement».

Mais contrairement à l'article 1184 du code civil qui pose que «la résolution doit être demandée en justice», l'article 16 du statut des employés privés prévoit que le contrat peut être résilié «immédiatement», c'est-à-dire sans qu'il y ait lieu de recourir à la justice pour des motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'une ou de l'autre des parties. La règle consacrée par l'article 16 précité ne s'applique pas seulement aux employés privés, mais suivant une pratique constante, contraire, il est vrai, à une jurisprudence ancienne réservant aux tribunaux le droit de résolution du contrat de louage de services à durée déterminée (Tribunal 23. 2. 04, VI 526; 4. 5. 05, VII 52) à la relation de travail en général, sauf les dispositions particulières en matière disciplinaire introduites par le statut des agents de chemin de fer. Elle est prévue par les conventions collectives qui énumèrent, quelquefois limitativement, les fautes pouvant donner lieu à renvoi immédiat.

L'article 16 du statut des employés privés s'applique aux motifs graves résultant tant de la faute que du simple fait de l'une des parties. Le législateur a estimé, en effet, qu'il existe des cas graves «où la collaboration devient impossible et où la rupture immédiate s'impose soit dans un intérêt privé considérable soit dans l'intérêt public» (Doc. parl. 1918 - 1919, t. R a, p. 486) <sup>(19)</sup>.

Il va de soi, ainsi que le font remarquer les auteurs <sup>(20)</sup>, que le fait devant servir de base à la résiliation ne doit pas être imputable à celui qui en fait état.

87. L'employeur aussi bien que le travailleur peuvent mettre fin au contrat à durée indéterminée, en le dénonçant dans un délai de préavis

(19) Pémers/Elvinger, *op. cit.*, n° 388.

(20) Pémers/Elvinger, *op. cit.*, n° 389.

fixé par l'usage, par les conventions collectives ou, comme c'est le cas pour les employés, par la loi.

Les délais de préavis résultant des usages et des conventions collectives varient entre six et vingt-quatre jours — deux semaines dans la sidérurgie. Les conventions collectives applicables à la sidérurgie et aux mines étendent d'une façon appréciable les délais en cas de licenciement collectif et les échelonnent suivant l'ancienneté.

Conformément à l'article 21 du statut des employés privés, la résiliation ne pourra avoir lieu que moyennant un préavis notifié par écrit dans le délai de deux, quatre ou six mois suivant l'ancienneté. A l'égard de l'employeur, ces délais sont réduits de la moitié. Tous les délais prescrits ne commencent à courir que du quinzième ou du dernier jour du mois.

Le statut des agents de chemin de fer réserve la résiliation sous la forme d'une démission aux agents qui sont tenus des délais de préavis prescrits aux employés privés.

Il reste admis que la résiliation sur préavis peut procéder de la simple volonté de changement de l'une des parties. Toutefois la convention collective dans la sidérurgie énumère les motifs qui devraient pouvoir donner lieu au congédiement par préavis.

88. Généralement, l'arrêté grand-ducal du 30 octobre 1958 concernant l'institution des délégations ouvrières dans les entreprises industrielles, commerciales et artisanales prévoit dans son article 20 qu'en cas de renvoi sans préavis de l'ouvrier les motifs du renvoi sont à notifier à la délégation compétente, et qu'en cas de licenciement collectif d'ouvriers la délégation compétente doit être informée au préalable et en temps utile.

Conformément aux conventions collectives applicables à la sidérurgie et aux mines de fer, aucun ouvrier ne peut être congédié sans que le bureau de la délégation ouvrière ait été entendu. Le congédiement sans préavis ne peut, en outre, être prononcé que par la direction de l'usine ou de la mine.

L'arrêté grand-ducal du 30 juin 1945 portant création d'un Office national du travail dispose en son article 72 que le patron qui congédie un membre du personnel sera tenu d'en informer par écrit l'office en question immédiatement après le préavis de congé en indiquant les motifs du congédiement et la date de la cessation des services.

Il y est prévu de même que le licenciement simultané de plus de dix salariés dans une entreprise ou partie indépendante d'une en-

treprise ne sortira ses effets qu'à l'expiration de la quatrième semaine suivant celle de l'information à l'Office national du travail.

89. Il suit de l'article 22 de l'arrêté grand-ducal du 30 octobre 1958 sur les délégations ouvrières que pendant la durée de leur mandat les membres effectifs et suppléants des différentes délégations ne peuvent être licenciés sans le consentement de la délégation dont ils font partie, sauf qu'en cas de faute grave le chef d'entreprise a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate en attendant la décision définitive.

Rappelons enfin que si l'employé est empêché par une maladie ou un accident de remplir ses engagements les droits de résiliation ou de dénonciation conférés au patron sont suspendus conformément à l'article 8 du statut des employés privés pour la fraction du mois au cours duquel l'empêchement s'est produit et pendant les trois mois qui suivent.

#### § 4. DU DÉCÈS D'UNE PARTIE

90. Le décès du travailleur est expressément énoncé par l'article 17 du statut des employés privés comme une cause de résiliation immédiate du contrat. Il s'agit d'un principe général applicable à toutes les relations de travail sans distinction.

91. La loi est muette en ce qui concerne le décès de l'employeur. On en conclura que dans la pensée du législateur le décès de l'employeur ne met pas nécessairement fin au contrat. Il s'agira d'une question d'espèce à apprécier suivant les circonstances. En cas de continuation de l'exploitation par les successeurs ou, s'il s'agit d'un contrat de services des domestiques, du ménage, on décidera normalement en faveur de la continuation de la relation de travail.

#### § 5. DE LA CESSATION DES AFFAIRES

92. Il va sans dire que la cessation volontaire des affaires oblige l'employeur à observer les délais de préavis, soit individuels, soit collectifs.

D'autre part, l'article 17 du statut des employés privés prévoit la résiliation immédiate en cas de cessation des affaires par suite de mort ou d'incapacité physique du patron ainsi qu'en cas de faillite, en réservant les cas où les successeurs de l'employeur ou le curateur de la faillite feraient appel aux services de l'employé.

## § 6. DE LA CESSION DE L'ENTREPRISE

93. Le plus souvent l'employeur qui cède son entreprise à un tiers aura pris soin de stipuler le maintien en place du personnel. Traitant de la question de savoir si une telle stipulation est opposable au personnel, les auteurs<sup>(21)</sup> distinguent suivant que le travailleur a passé contrat en considération de la personne de l'employeur ou non. Dans la première hypothèse, le travailleur est fondé non seulement à se prévaloir de la dissolution immédiate du contrat, mais encore à réclamer l'indemnité de préavis. Dans le cas contraire, ils admettent que l'engagement continue avec le cessionnaire.

## § 7. DES OBLIGATIONS DES PARTIES EN CAS DE CESSATION DU CONTRAT

94. L'article 1184 du code civil permet à chaque partie qui souffre d'un manquement grave de l'autre de demander des dommages et intérêts en dehors de la résiliation du contrat. L'article 16 du statut des employés privés autorise de même non seulement la résiliation immédiate pour motif grave procédant du fait ou de la faute de l'une des parties, mais encore l'octroi de dommages et intérêts à charge de la partie qui a donné lieu à résiliation. D'autre part, une jurisprudence déjà ancienne a déclaré valable la stipulation d'un règlement d'atelier qui prévoit en cas d'un manquement déterminé du travailleur à ses obligations la cessation du contrat avec perte du salaire redû nonobstant les dispositions de la loi du 12 juillet 1895 sur le paiement des salaires ouvriers (Tribunal 27.10.97, IV 448).

L'article 22 du statut des employés privés énonce une règle généralement applicable à tous les contrats de services, lorsqu'il dispose que l'employeur qui a mis fin au contrat, sans motif grave procédant du fait ou de la faute du travailleur ou sans avoir, en cas de contrat à durée indéterminée, satisfait aux prescriptions relatives au préavis, sera tenu de payer à l'employé une indemnité. Celle-ci sera, lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, égale au salaire correspondant au délai-congé non observé. L'employé, qui, dans la même hypothèse, abandonne son emploi, sera tenu de dommages et intérêts envers le patron qui pourra, pour l'exécution de cette obligation, retenir les appointements dus à l'employé.

Le même article contient une disposition propre au statut des employés privés obligeant le patron qui aurait mis fin au contrat sans motif grave à payer après quinze années de service une indemnité sup-

(21) Pемmers/Elvinger, *op. cit.*, n° 348.

plémentaire d'ancienneté échelonnée suivant le nombre des années de service à moins que l'employé ne puisse faire valoir des droits à une pension, l'octroi d'une pension de vieillesse anticipée ne faisant toutefois pas obstacle au droit à l'indemnité d'ancienneté.

95. L'article 22 du statut des employés privés autorise l'employé, pendant le délai de préavis, à demander le congé qui lui est nécessaire pour la recherche d'un nouvel emploi, sans que ce congé puisse dépasser dans l'ensemble six jours ouvrables, le tout avec pleine conservation de l'intégralité de son traitement.

D'autre part, conformément à l'article 23 du statut des employés privés, le patron est obligé, trois mois avant l'expiration du contrat à terme fixe et immédiatement après la dénonciation du délai à durée indéterminée, de délivrer à l'employé une attestation par écrit constatant exactement la nature, le caractère et la durée des services fournis par l'employé.

96. Conformément à l'article 13 du statut des employés privés, toute convention entre patron et employé aux termes de laquelle ce dernier, pour le temps qui suit l'expiration du contrat d'emploi, est contraint de limiter son activité commerciale (clause de non-concurrence) est illégale et prohibée, lorsque l'employé, au moment de la conclusion de la convention, est mineur ou que son traitement ne dépasse pas, à l'expiration de son engagement, 150 000 francs par an au nombre indice 100 du coût de la vie. Dans le cas d'un traitement plus élevé, une telle convention n'aura d'effet que si la limitation apportée à l'activité de l'employé concerne le genre d'affaires du patron et ne dépasse pas une période d'une année ou si la limitation en question, eu égard à son objet, au temps et à la localité, et en proportion de l'intérêt commercial qu'a le patron à son observation, ne rend pas trop difficile en équité pour l'employé la recherche de moyens d'existence. La clause de non-concurrence, stipulée conformément aux dispositions légales, n'est pas applicable, lorsque le patron aura mis fin au contrat sans y avoir été autorisé pour motif grave ou sans avoir satisfait aux prescriptions relatives au préavis.

Aucune disposition analogue n'existe en ce qui concerne les travailleurs autres que les employés privés. Il est sans doute permis d'admettre comme directives pour l'appréciation de la licéité d'une clause de non-concurrence qui les concernerait les règles posées par la disposition précitée.



*Section VII***DES CONTESTATIONS ET DE LA PREUVE****§ 1. DE LA JURIDICTION ARBITRALE**

97. L'introduction d'une juridiction paritaire en matière sociale remonte à la loi du 5 avril 1902 concernant l'assurance obligatoire des ouvriers contre les accidents qui, après avoir désigné le juge de paix du ressort de l'entreprise comme compétent pour juger en qualité de juge arbitral les contestations relatives aux indemnités, avait décidé qu'il serait assisté d'un délégué patron et d'un délégué ouvrier ayant voix délibérative. Le principe de la juridiction arbitrale a été étendu dans la suite à toutes les branches de la sécurité sociale.

La loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de services des employés privés a appliqué le principe paritaire aux contestations relatives aux engagements entre patron et employé en instituant des tribunaux arbitraux composés d'un juge de paix comme président et de deux assesseurs, l'un étant choisi parmi les employeurs, l'autre parmi les employés. L'appel des décisions des tribunaux arbitraux est dévolu à la Cour supérieure de justice régulièrement composée. Il en est de même de la cassation.

Conformément à la loi du 7 décembre 1842 sur la compétence des juges de paix en matière civile, ceux-ci devraient connaître des contestations relatives aux engagements respectifs des gens de travail au jour et à la semaine, au mois et à l'année et de ceux qui les emploient, des maîtres et domestiques ou gens de service à gages, des maîtres et leurs ouvriers ou apprentis.

L'arrêté grand-ducal du 31 décembre 1938 a dérogé à la disposition précitée en instituant des conseils de prud'hommes composés d'un juge de paix, d'un délégué patron et d'un délégué ouvrier, chargés de guider, par voie de conciliation ou, à défaut, de conciliation par jugement, des contestations relatives au travail s'élevant soit entre ouvriers et employeurs, soit entre patrons et apprentis, pour lesquels la loi du 5 janvier 1929 sur l'apprentissage avait entre temps déclaré compétents les tribunaux arbitraux des employés privés. Ici encore la juridiction arbitrale n'a pas été étendue au degré d'appel et de cassation.

98. Bien que l'institution des juridictions arbitrales ait facilité l'accès des justiciables au prétoire, le volume des affaires prud'homales est

resté insignifiant. Ceci est dû pour une part au moins à la mission de conciliation exercée par les délégations ouvrières et l'Inspection du travail. Les rôles des tribunaux pour les contestations entre les employés et leurs employeurs furent par contre assez chargés, notamment par les contestations relatives à la qualité d'employé privé et les avantages y attachés par la loi.

## § 2. DES MODES DE PREUVE

99. L'institution de la juridiction arbitrale n'a rien changé aux règles concernant la preuve telles qu'elles résultent du code civil et du code de commerce.

Les contestations ont d'ailleurs rarement porté sur le fait de l'occupation, mais plutôt sur la qualification et le déroulement des relations entre parties. En fait la nécessité d'une preuve écrite apparaît comme assez théorique. Dès que le contrat a reçu un commencement d'exécution, son existence sera difficilement contestable, notamment si l'employeur a rempli les formalités prescrites à l'égard de l'Office national du travail et les caisses de maladie. Par ailleurs les faits justifiant le renvoi immédiat échappent le plus souvent à la possibilité d'une preuve écrite et feront l'objet des autres modes probatoires prévus par la loi. Par contre, le paiement du salaire doit, en principe, s'il dépasse le montant prévu par l'article 1341 du code civil, être prouvé par écrit, depuis qu'une loi du 1<sup>er</sup> avril 1885 a abrogé l'article 1781 du code civil suivant lequel le maître était cru, sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue, et pour les acomptes donnés pour l'année courante.

Conformément à la doctrine <sup>(22)</sup>, une quittance pour solde signée par le travailleur ne porte pas nécessairement sur toutes les obligations de l'employeur, mais seulement sur celles que les parties avaient en vue au moment où la quittance avait été signée.

---

(22) Pémers/Elvinger, *op. cit.*, n° 169.

## CHAPITRE II

LE RÔLE DU CONTRAT INDIVIDUEL  
COMME SOURCE JURIDIQUE DES RAPPORTS DE TRAVAIL*Section I*LE DÉCLIN DE LA VOLONTÉ INDIVIDUELLE DES PARTIES  
COMME SOURCE DES RELATIONS DE TRAVAIL

## § 1. L'INTERVENTION DES POUVOIRS PUBLICS

100. Dans le discours qu'il a prononcé à l'occasion du cent cinquantième<sup>(23)</sup> anniversaire du code civil, M. le procureur général d'État F. Welter a conclu, après examen de la législation luxembourgeoise du travail, que depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle qui a vu éclore cette législation, et plus spécialement depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, les textes se sont bousculés et ont balayé les régimes de liberté contractuelle.

Il y a loin, il est vrai, des quelques articles du code civil et du code de commerce, qui voici cent ans étaient seuls à régir les rapports du travail, aux réseaux touffus d'actes législatifs et réglementaires qui constituent le droit du travail actuel.

Certes, ces textes ne s'insèrent pas tous dans le domaine contractuel proprement dit. Ainsi, les lois et règlements concernant la sécurité et l'hygiène des lieux de travail constituent primordialement des lois de police ressortissant au devoir de l'État de veiller à l'intégrité de la personne humaine. En ce sens, ils n'empiètent pas organiquement sur le domaine contractuel.

La législation concernant le travail des femmes et des enfants, bien que limitant la liberté des parties, relève des mêmes motifs. Si elle restreint la liberté contractuelle, personne n'a songé à contester la légitimité de cette limitation.

Une limitation plus sensible du domaine de l'autonomie des volontés est celle résultant de la réglementation des conditions contractuelles mêmes, telle que celle relative à la durée du travail, au repos du travailleur, ainsi qu'au taux minimum et au paiement des rémunérations.

---

(23) Discours de M. le procureur général d'État F. Welter à l'audience solennelle de la rentrée de la Cour supérieure de justice, 23. 9 53, XVI n° 47.

La réglementation la plus serrée des conditions de travail d'ordre contractuel est certainement celle opérée par le statut des employés privés, d'une part, ainsi que les statuts des agents des chemins de fer, d'autre part.

Enfin, une intervention indirecte peut être exercée par les pouvoirs publics par l'insertion de clauses relatives aux conditions de travail dans les cahiers des charges dans les soumissions publiques.

L'intervention de l'État est très souvent accentuée par des dispositions pénales auxquelles, normalement, répugne le domaine contractuel privé.

## § 2. L'INTERVENTION PROFESSIONNELLE

101. La profession intervient dans le domaine du travail par l'instrument de la convention collective. On peut dire qu'au Luxembourg la convention collective couvre à l'heure actuelle la totalité des ouvriers de la grande industrie et du secteur public et, pour une grande partie, les ouvriers de la petite et moyenne industrie et des établissements artisanaux. Aussi, dans sa mercuriale du 23 septembre 1954, M. le procureur général d'État F. Welter<sup>(24)</sup> a-t-il attiré l'attention sur le développement du contrat de travail collectif et sur la limitation de l'autonomie de la volonté des membres des professions qui en résultent.

L'arrêté grand-ducal du 6 octobre 1945, ayant pour objet l'institution des attributions et le fonctionnement de l'Office national de conciliation, dispose dans son article 21 que les règlements intervenus par l'accord des groupes compétents devant l'Office national de conciliation ou par l'adoption d'une décision arbitrale régleront les clauses et conditions de travail dans les entreprises qui y adhéreront. De plus, d'après l'article 22 du même arrêté, les accords collectifs établis ou entérinés par l'Office national de conciliation pour une profession déterminée pourront être déclarés d'obligation générale pour l'ensemble des professions pour laquelle ils auront été conclus.

On ne restera pas sans remarquer que la convention collective n'est guère entrée dans la pratique pour les employés privés. Le fait est que la réglementation circonstanciée qui résulte du statut légal de ces travailleurs n'aura pas fait apparaître l'application de cette méthode comme aussi urgente que pour les travailleurs manuels.

---

(24) *Ibidem*, n° 55.

*Section II**DE L'INÉGALITÉ DES PARTIES*

102. Des deux articles du code civil relatifs au louage de services l'un, l'article 1781, disposant que le maître était cru en son affirmation en ce qui concerne les gages, était nettement discriminatoire à l'égard du travailleur. Il a été abrogé par la loi du 1<sup>er</sup> avril 1885.

Par contre, la législation de protection des travailleurs crée une inégalité formelle entre les parties en cause, en faveur des travailleurs. Ainsi cette législation contient de nombreuses obligations auxquelles sont tenus les employeurs sans contrepartie formelle à charge des travailleurs; quelques-unes d'ailleurs sont assorties de sanctions pénales.

D'autre part, les dispositions législatives et les conventions collectives réglant le contenu des contrats individuels constituent des minima auxquels les parties peuvent déroger en faveur, mais non pas en défaveur, des travailleurs.

En outre, le statut des employés privés et les statuts des chemins de fer et des employés temporaires des services publics contiennent des clauses d'inégalité significatives. Ainsi le statut des employés privés réduit les délais de préavis imposés aux employés à la moitié de ceux imposés aux employeurs. De leur côté les statuts des agents des chemins de fer et des employés temporaires des services publics n'admettent pas la résiliation sans motif grave par la seule volonté de l'employeur tout en laissant à l'employé la faculté de se dégager par préavis.

Une évolution restrictive de la faculté de licenciement se trouve ébauchée dans les conventions collectives de la sidérurgie et des minières qui tendent à limiter unilatéralement les causes de renvoi par préavis du travailleur.

**CONCLUSIONS**

103. Sans doute la loi et les conventions collectives déterminent-elles aujourd'hui dans une large mesure le contenu des contrats de travail individuels. On ne sera cependant pas sans remarquer que l'intervention des pouvoirs publics et de la profession ne se limite pas à la matière sociale, mais représente un phénomène général sur le plan économique.

Dans la formation du contrat de travail même, cette intervention est plus apparente que réelle. Cette constatation se couvre par une remarque faite par M. André Elvinger dans le rapport général sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil, qu'il a présenté à l'Association Capitant lors de la réunion de celle-ci à Luxembourg en 1961: «Le législateur, dans tous les pays, constate-t-il, se désintéresse de la formation du contrat et intervient directement dans le résultat de l'acte.»

La restriction la plus importante d'ailleurs dans le domaine de la formation du contrat de travail, celle résultant du système d'autorisations applicable à l'embauchage des travailleurs étrangers, est en régression en même temps que son analogue économique, le régime des contingentements et licences, pour céder le pas à la règle de la libre circulation des travailleurs.

De même que le phénomène de la réglementation des conditions contractuelles ne se limite pas au contrat de travail, l'inégalité de droit des parties contractantes, bien que particulièrement voyante en ce domaine, se constate dans les nombreuses branches où elle vient d'être examinée par l'Association Capitant. Suivant les conclusions du rapporteur général, «le droit moderne des obligations est tout empreint de la préoccupation d'égalité concrète à laquelle il n'hésite pas à sacrifier l'égalité formelle». En maintes parties, le présent rapport en fournit la confirmation.

*Juillet 1962*

LE CONTRAT DE TRAVAIL  
EN DROIT NÉERLANDAIS

par

MARIUS G. LEVENBACH

*Professeur à l'université d'Amsterdam*

## ABRÉVIATIONS

A. R. B.	— Décisions administratives et judiciaires.
B. B.	— Décisions prises dans des affaires fiscales.
B. B. A.	— Arrêté extraordinaire sur les relations de travail.
B. N. B.	— Décisions en matière de droit fiscal néerlandais.
B. W.	— Code civil.
C. A. O.	— Convention collective de travail.
C. R.	— Conseil central d'appel.
G. A. B.	— Office régional de l'emploi.
Hof.	— Cour.
H. R.	— Haute Cour des Pays-Bas (Cour de cassation).
K. B.	— Arrêté Royal.
Ktg.	— Tribunal de canton.
Mbl.	— Recueil mensuel des arrêts du Conseil central d'appel.
N. J.	— Jurisprudence néerlandaise.
N. J. B.	— „Nederlands Juristenblad“.
Pres.	— Jugement en référé du président du tribunal.
Prft.	— Thèse.
Rb.	— Tribunal d'arrondissement.
R. B. A.	— Jugements relatifs à la loi sur le contrat de travail, „Tijdschrift voor Arbeidsrecht“.
R. O.	— Loi portant organisation de la juridiction.
Rspr. S. V.	— Juridiction en matière de sécurité sociale.
Rv.	— Code de procédure civile.
R. v. B.	— Conseil d'appel.
S. M. A.	— Sociaal Maandblad Arbeid
Stbl.	— Journal officiel.
W.	— „Weekblad van het recht“.
W. v. K.	— Code de commerce.



## TABLE DES MATIÈRES

<i>Introduction</i> . . . . .	587
§ 1. <i>Le contrat de travail au XIX<sup>e</sup> siècle</i> . . . . .	587
§ 2. <i>La loi sur le contrat de travail de 1907 et sa réforme en 1953</i> . . . . .	589
§ 3. <i>Incidences de la réglementation légale du contrat de travail sur le droit du travail</i> . . . . .	593
 <b>CHAPITRE I — LE MÉCANISME JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL</b> . . . . .	 596
Section I. - <i>La notion de contrat de travail</i> . . . . .	596
§ 1. <i>Les contrats portant sur la prestation d'un travail aux termes du code civil</i> . . . . .	596
§ 2. <i>Premier élément du contrat de travail: la prestation d'un travail</i> . . . . .	598
§ 3. <i>Deuxième élément du contrat de travail: le salaire</i> . . . . .	600
§ 4. <i>Troisième élément du contrat de travail: la subordination</i> . . . . .	606
§ 5. <i>L'élément „pendant un certain temps“ figurant dans la définition légale</i> . . . . .	614
§ 6. <i>Combinaison du contrat de travail avec d'autres contrats et délimitation du premier par rapport aux autres</i> . . . . .	615
§ 7. <i>Universalité de la réglementation légale et différenciations</i> . . . . .	623
Section II. - <i>La conclusion du contrat de travail</i> . . . . .	639
§ 1. <i>Consentement et capacité</i> . . . . .	639
§ 2. <i>Les conditions de forme</i> . . . . .	645
§ 3. <i>La preuve</i> . . . . .	648
Section III - <i>Les effets du contrat de travail</i> . . . . .	649
§ 1. <i>Introduction</i> . . . . .	649
§ 2. <i>Les obligations du travailleur</i> . . . . .	651
§ 3. <i>Les obligations de l'employeur</i> . . . . .	659
§ 4. <i>Interdépendance des obligations réciproques des deux parties</i> . . . . .	666
Section IV - <i>L'expiration du contrat de travail</i> . . . . .	673
§ 1. <i>Évolution de la réglementation légale</i> . . . . .	673
§ 2. <i>La clause de non-concurrence</i> . . . . .	678

CHAPITRE II — LE RÔLE DU CONTRAT DE TRAVAIL COMME SOURCE JURIDIQUE DES RAPPORTS DE TRAVAIL . . . . .	682
Section I - Le déclin du principe de l'autonomie de la volonté des parties comme source du droit de travail . . . . .	682
<i>Sous-section A - Intervention législative et réglementaire . . . . .</i>	682
§ 1. <i>Restriction de droit privé de l'autonomie de la volonté</i> . . . . .	682
§ 2. <i>Intervention de droit public touchant la conclusion du                 contrat de travail . . . . .</i>	683
§ 3. <i>Intervention de droit public touchant le contenu du                 contrat de travail . . . . .</i>	686
§ 4. <i>Intervention de droit public touchant la cessation du                 contrat de travail . . . . .</i>	690
§ 4. <i>Intervention de droit public touchant la sécurité sociale</i> . . . . .	691
<i>Sous-section B - Réglementation collective par la vie éco-                 nomique . . . . .</i>	692
§ 1. <i>La branche d'activité comme source juridique . . . . .</i>	692
§ 2. <i>L'entreprise comme source juridique . . . . .</i>	698
Section II - Déclin du rôle de la notion de contrat de travail dans le droit du travail . . . . .	700
§ 1. <i>Champ d'application de la protection légale des tra-                 vailleurs au sens strict . . . . .</i>	700
§ 2. <i>Champ d'application des assurances obligatoires des                 travailleurs . . . . .</i>	704
§ 3. <i>Champ d'application de l'arrêté extraordinaire sur les                 relations de travail . . . . .</i>	711
§ 4. <i>Champ d'application de quelques autres lois du travail</i> . . . . .	714
Section III - Contrat de travail, relation de travail, entreprise . . . . .	716
§ 1. <i>Contrat de travail et relation de travail . . . . .</i>	716
§ 2. <i>La communauté de travail . . . . .</i>	723
Conclusion . . . . .	727

## INTRODUCTION

### § 1. LE CONTRAT DE TRAVAIL AU XIX<sup>e</sup> SIÈCLE

1. À l'époque de la république des Provinces-Unies, une multitude de réglementations locales, différant sensiblement les unes des autres, s'appliquaient au personnel domestique<sup>(1)</sup>. Les statuts de droit semi-public des corporations contenaient notamment des dispositions relatives au travail des compagnons; mais celles-ci variaient elles aussi de façon sensible selon le lieu et la corporation considérée. On ignore presque tout des réglementations qui intéressaient les travailleurs de diverses autres branches d'activité, à savoir les métiers libres, les manufactures et le commerce. En tout état de cause, les règles de droit appliquées sous l'ancien régime au louage de services n'ont guère laissé de traces dans le droit civil qui s'est formé par la suite. À l'époque de la révolution française, ces réglementations juridiques particularistes ont toutes disparues. Après l'annexion à la France, intervenue en 1811, le code civil français fut également en vigueur dans notre pays.

Après la restauration de l'indépendance, en 1813, ce code fut maintenu à titre provisoire. Mais sans désespérer, on institua une commission chargée de rédiger des codes nationaux pour le Royaume, qui groupait alors les Pays-Bas et la Belgique actuels. Deux projets successifs de code civil, datés l'un de 1816 et l'autre de 1820, dont le texte était dans une large mesure inspiré par J. M. Kemper, qui présidait la commission, contenaient des réglementations assez détaillées du «louage de services», dont la teneur était d'un caractère assez abstrait et s'appuyait sur le droit romain<sup>(2)</sup>. Elles n'ont jamais acquis force de loi pour des raisons n'ayant d'ailleurs aucun rapport avec la matière

---

(1) Cf. l'étude récapitulative de J. W. Bosch, *Rechtshistorische aantekeningen betreffende de overeenkomst tot het huren van dienstponeel*, dans *Themis*, 1931 et 1932.

(2) Pour le projet de 1820, voir G. F. Ornstein dans *Drie Studiën over Arbeidsrecht*, 1941, p. 21 et s.

traitée dans ces titres. En effet, la seconde chambre rejeta déjà le premier titre introductif du projet de code civil de 1820, l'exposé ayant été jugé trop dogmatique et (ce fut surtout l'avis des députés des Pays-Bas méridionaux) trop orienté vers l'ancien droit des Provinces-Unies. C'est ainsi que le projet tout entier fut écarté. Par la suite, dans l'élaboration des codes nationaux, on se tourna de nouveau plus délibérément vers les exemples français. Et si, après la séparation de la Belgique et des Pays-Bas, certaines conceptions reçues sous l'ancien régime ont été remises à l'honneur, cela n'a guère été le cas dans le domaine qui nous occupe.

C'est pourquoi le code civil néerlandais, enfin réalisé en 1838, n'édicte, en ce qui concerne le contrat de travail, que des règles de droit des plus sommaires. L'article 1583 établissait, quant aux contrats de «louage», une distinction entre le «louage des choses» et le «louage de services, d'ouvrage et d'industrie». L'article 1585 définissait ce dernier comme «un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant paiement d'un prix ou salaire convenu entre elles». Des dispositions matérielles concernant le contrat d'entreprise figuraient dans les articles 1640 et suivants. Seuls les trois articles 1637, 1638 et 1639, qui portaient le titre général «Du louage des domestiques et ouvriers», traitaient du louage de services. Les deux premiers articles reprenaient les dispositions contenues dans les articles 1780 et 1781 du code civil français; le troisième article s'inspirait de l'ancien droit applicable aux domestiques.

Notons par ailleurs qu'une catégorie particulière de travailleurs, occupant de longue date une place importante dans notre pays, à savoir celle des gens de mer, bénéficiait, elle, d'une réglementation détaillée. Celle-ci figurait toutefois dans un autre code, à savoir le code de commerce, où, de même, se mélangeaient des éléments tirés de l'ancien droit maritime néerlandais et des règles empruntées au code de commerce français, lequel contient également de nombreuses dispositions sur ce chapitre.

La raison apparente de la mise sur pied d'une réglementation aussi squelettique du contrat de travail (exception faite des gens de mer) résidait dans l'influence que le code civil français exerçait sur le code civil néerlandais. Ce phénomène était essentiellement dû au fait que l'évolution de la vie et des idées sociales était, d'une façon moins accentuée et avec un certain retard, la même qu'en France. Aux Pays-Bas comme en France, les anciens règlements locaux des corporations et les éléments du droit applicable aux domestiques (dont certains

étaient encore assez près des règles du servage) avaient dû faire place aux principes de la liberté du travail dans une collectivité de citoyens égaux en droit. Mais cela n'avait pas encore donné naissance à de nouvelles forces de formation de droit. La réalité sociale conservait toutes sortes d'éléments traditionnels des rapports de maître à valet, tant dans la domesticité que dans l'agriculture; les conceptions corporatives ont disparu moins vite dans la pratique que dans le droit écrit. On croyait pouvoir se borner à appliquer désormais le contrat d'entreprise à l'artisan et au travailleur à l'entreprise. Dans les Pays-Bas de 1838, dont l'économie était encore en majeure partie agricole et commerciale, et dont l'industrie en était encore au premier stade du capitalisme, le problème du travail salarié dans l'industrie se posait à peine. C'est ainsi qu'on croyait, en l'occurrence, que les trois articles sur les domestiques et les dispositions concernant le contrat d'entreprise constituaient une réglementation complète.

Et lorsque, dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, l'industrie moderne se développa aux Pays-Bas, et qu'il apparut clairement que les dispositions juridiques relatives aux contrats précités ne présentaient aucun intérêt pour le travail industriel, on ne se rendait nullement compte, à l'origine, qu'il y avait là une lacune. Ne trouvait-on pas dans le code civil des règles générales en matière de droit des contrats? Et l'idée de la liberté du travail dans une économie fondée sur la libre concurrence du capital et du travail de tous considérait le travailleur tout autant que le chef d'entreprise comme des individus libres, égaux en droit et en valeur, capables de prendre eux-mêmes des décisions concernant la création, le contenu et la fin de leurs relations mutuelles, si bien que les principes généraux du droit des contrats leur suffisaient (3).

## § 2. LA LOI SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL DE 1907 ET SA RÉVISION EN 1953

2. Cependant, à mesure que les années de ce XIX<sup>e</sup> siècle s'écoulaient, on se rendait compte aux Pays-Bas que depuis l'époque de l'entrée en vigueur du code civil les structures économiques et la situation sociale avaient radicalement changé, que la liberté non réglementée en matière de travail avait certains aspects fâcheux et qu'il fallait prendre des mesures dans le domaine social. Le législateur est intervenu en 1874

---

(3) Pour de plus amples détails sur la genèse du droit moderne du contrat de travail aux Pays-Bas, voir M. G. Levenbach, *Het honderdjarig Burgerlijk Wetboek en het Arbeidsrecht*, dans R.B.A., octobre 1938; cette étude se trouve également dans Levenbach, *Arbeidsrecht, een bundel opstellen*, 1951, p. 256 et s.

pour combattre le travail des enfants et, en 1889, pour protéger les salariés féminins et les jeunes de 12 à 16 ans. Mais, du fait même que ces mesures ne constituaient encore que des exceptions et que le contrat de travail individuel était toujours d'une façon générale la pierre de touche principale des droits et obligations des travailleurs, la révision des règles de droit privé applicables à ce contrat même apparut de plus en plus nécessaire. Le champ d'application des articles 1637 à 1639 du code civil, s'il n'était toujours pas nettement délimité, n'en était pas moins assez restreint. On estimait en outre que ces articles contenaient des dispositions inévitables. De plus, ils présentaient le grand inconvénient de n'édicter au fond que très peu de règles; étant donné par ailleurs que les parties contractantes ne précisaient souvent pas beaucoup de détails, les droits et obligations réciproques avaient, dans la plupart des cas, une base juridique très faible, de sorte que l'arbitraire avait beau jeu. De plus, même si les conditions de travail faisaient l'objet de dispositions explicites, le travailleur, en raison de la faiblesse de sa position économique, était bien forcé d'accepter toutes les conditions que l'employeur se plaisait à fixer; faisons observer à cet égard que, notamment sous l'effet d'une concurrence aiguë, le résultat était fréquemment très peu favorable au travailleur.

La conscience de ces lacunes a amené en 1891 le ministre de la justice en exercice à l'époque à confier au professeur H. L. Drucker la mission d'établir le projet d'une nouvelle réglementation légale du contrat de travail. Le projet fut terminé en 1894, mais diverses circonstances d'ordre politique ont eu pour conséquence de reporter à beaucoup plus tard (13 juillet 1907, Stbl. 193) la promulgation de cette loi, dite «loi sur le contrat de travail». Elle entra en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1909. Il ne s'agit pas, dans la pratique, d'une loi isolée, mais d'un texte modifiant et complétant un certain nombre de dispositions contenues dans le code civil, le code de commerce, le code de procédure civile, la loi sur l'organisation judiciaire et la loi sur les faillites. Souvent, l'expression «loi sur le contrat de travail» s'applique, en particulier (et il en sera notamment ainsi à plusieurs reprises dans le présent rapport), aux dispositions essentielles de ladite loi, à savoir celles qui remplacent les anciens articles 1637, 1638 et 1639 du code civil par 80 nouveaux articles numérotés de 1637 à 1637, z, de 1638 à 1638, aa et de 1639 à 1639, x. Ceux-ci figurent désormais à la même place dans le code civil et constituent, dans le livre III, conjointement avec les dispositions relatives au contrat d'entreprise (art. 1640-1653), un nouveau titre VII A, détaché du titre traitant du louage, et qui porte la désignation «Des contrats portant sur la prestation d'un travail».

La loi de 1907 a donné satisfaction à bien des égards, et c'est pourquoi la majorité des dispositions qu'elle édicte sont encore en vigueur aujourd'hui. C'est sur un seul point — d'importance, il est vrai — que d'autres conceptions ont prévalu peu à peu; il s'agit du droit de licenciement. Mais ces idées ne sont arrivées à maturité qu'après la seconde guerre mondiale; la loi du 17 décembre 1953, Stbl. 619, qui est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1954, a profondément remanié la section traitant des divers modes d'expiration du contrat de travail (art. 1639, e à x) (4).

3. Exposons maintenant quelques caractéristiques principales de la réglementation légale du contrat de travail de 1907.

a) Dans l'esprit du législateur, le contrat de travail n'est pas une convention présentant le «travail» ou le «travailleur» comme marchandise mise pour un certain temps à la disposition d'une autre personne, mais une convention intéressant constamment et entièrement la personne qui travaille, un contrat qui lie la «personne travaillant au service d'une autre». Certes, cette réglementation figure toujours dans la partie qui, dans le livre du code civil consacré aux obligations, traite des contrats, mais elle a été détachée du titre «Du louage». Diverses dispositions tiennent compte de la personne du travailleur et de ses intérêts, abstraction faite du travail en tant que tel.

b) Ce texte législatif atteste d'un dynamisme et d'un sens du concret supérieurs à ceux qui apparaissent dans le droit des contrats au XIX<sup>e</sup> siècle. Loin de préciser l'ensemble des normes, fondées sur des critères juridiques conformes aux considérations doctrinales traditionnelles en matière de droit, qu'il convient d'appliquer au type particulier du «contrat de travail», le législateur a examiné la situation sociale de fait, constaté les anomalies à combattre et défini les mesures appropriées à cette fin, et il a dégagé les principes qui, en la matière, pouvaient être jugés raisonnables et devaient par conséquent être inscrits dans les règles de droit. Et c'est en vertu de telles considérations con-

---

(4) Les projets, documents et délibérations qui ont abouti à la loi de 1907 figurent, classés systématiquement, dans un ouvrage en quatre volumes, publié par A. E. Bles de 1907 à 1909. Le commentaire qui, durant de nombreuses années, a exercé une influence prédominante sur l'interprétation et l'application pratique de cette loi, est dû à E. M. Meijers, 1<sup>re</sup> éd. 1908, 3<sup>e</sup> éd. 1924. Plus récemment, des commentaires détaillés ont été fournis par: P. W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, 1956, et Asser-Kamphuisen, *Handleiding burgerlijk recht*, 3<sup>e</sup> éd. vol. I; *Bijzondere overeenkomsten*, 3<sup>e</sup> éd. revue par Kamphuisen, 1960, p. 357; A. N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, vol. II A, 1957, p. 8 et s.; W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 8<sup>e</sup> éd., 1961; le numéro du 31 janvier 1959 du mensuel *Sociaal Maandblad Arbeid* donne une revue synoptique de douze études sur la loi considérée qui, à cette époque, avait 50 ans d'existence. Pour la réforme de 1953, voir M. G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, 1954.

crètes d'ordre humain et social qu'ont été élaborées des notions et rédigées des dispositions.

c) Si la liberté contractuelle et l'égalité des deux parties, qui sont à la base du droit civil des contrats en général, ont été maintenues à bien des égards comme point de départ, elles ont pourtant été sensiblement limitées. C'est que le législateur, en agissant dans le sens concret précité, attachait une grande importance au fait que, dans ses relations avec le patron, le travailleur individuel occupe le plus souvent une position sociale plus faible et que, dès lors, la réglementation légale doit le protéger.

Le législateur a eu recours à divers moyens juridiques pour réaliser cette protection.

Premièrement, il a édicté une réglementation détaillée du droit supplétif. Ainsi, des règles de droit précises s'appliquent à diverses situations qui n'ont pas fait l'objet d'un accord explicite entre les parties. Elles préviennent une incertitude dont la partie la plus forte pourrait, sans cela, abuser à son gré, et elles fixent en outre une norme légale déterminée de ce qui est convenable.

Deuxièmement, certaines dérogations aux dispositions législatives et certaines stipulations particulières ne peuvent intervenir que par voie de convention écrite ou de règlement. Cette prescription contraint les intéressés à formuler les obligations avec une précision plus grande que dans le cas d'un accord verbal et, de plus, elle fait souvent office de frein. Nous qualifions d'ordinaire ces règles de semi-impératives.

Troisièmement, et c'est peut-être le plus important, le législateur a donné à un grand nombre de ses prescriptions un caractère impératif, si bien que les dérogations néanmoins intervenues sont frappées de nullité, et peuvent même, dans certains cas, donner lieu à des peines privées. L'autonomie des parties n'avait jamais été restreinte à ce point lorsqu'il s'agissait d'un contrat nommé<sup>(5)</sup>.

Lors de la révision, en 1953, du droit de démission, on a, pour tenir compte de l'évolution sociale depuis 1907, inclus une forme intermédiaire de protection, que l'on peut appeler impérative aux trois quarts. A cette occasion, certaines dispositions ont en effet été formulées de telle façon que, sans être entièrement impératives, elles ne peuvent faire l'objet d'une dérogation par voie de convention indivi-

---

(5) Bien des années plus tard, les nouvelles réglementations du bail à ferme, de l'achat et de la vente à tempérament et du louage des biens immeubles ont été établies au moyen d'une technique analogue, et d'ailleurs dans ce même respect de la réalité sociale.



duelle (verbale ou écrite), mais uniquement par voie de convention collective de travail ou de règlements établis par ou au nom d'un organisme compétent de droit public (Il s'agit, dans ce dernier cas, des réglementations édictées par le collège des conciliateurs d'État en vertu de l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les relations du travail, ou d'ordonnances prises par un organe corporatif en vertu de la loi sur l'organisation de l'économie de 1950.)

d) Le champ d'application de la réglementation du contrat de travail étant très étendu (le chapitre I, section I, du présent rapport étudie évidemment ce point d'une façon plus approfondie), des dispositions circonstanciées s'appliquent à des situations sociales assez diverses. Afin de faire valoir le *jus in causa positum*, et de rendre la protection visée effective, il était donc souhaitable de prévoir non seulement un grand nombre de détails, mais encore une certaine souplesse. C'est pourquoi la loi utilise à plusieurs reprises des expressions qui, ayant un sens relativement peu précis, laissent une certaine marge à l'appréciation; il s'agit donc de clauses générales. De ce fait, ce texte a donné au juge une liberté plus grande que les autres réglementations relatives aux contrats. Cette liberté plus grande du juge ressort en outre du fait que, dans divers cas, il est investi d'un pouvoir lui permettant de modérer les conséquences découlant de la loi ou du contrat pris à la lettre, si, dans la pratique, ces conséquences risquent d'aboutir à une situation inique.

### § 3. PORTÉE DE LA RÉGLEMENTATION LÉGALE DU CONTRAT DE TRAVAIL AU REGARD DU DROIT DU TRAVAIL

4. Si, abstraction faite des dispositions relatives à la fin du contrat de travail, la loi de 1907 n'a subi aucune modification essentielle depuis plus de cinquante ans, et si le besoin d'une modification ne se fait d'ailleurs pas sentir à présent, cela ne tient nullement aux seules qualités exceptionnelles de ce texte législatif. Cette circonstance est également due aux changements qui, depuis la publication de cette loi, sont intervenus quant à l'importance. Vers 1900, certains estimaient qu'une réglementation légale du contrat de travail de droit privé était une mesure qui réglait effectivement la totalité des rapports juridiques à régler entre employeurs et travailleurs. Nous savons aujourd'hui qu'une telle vue est loin de tenir compte de tous les aspects du problème. La portée de la loi sur le contrat de travail a, en général, été réduite par la formation de règles de droit public et de droit collectif à l'intérieur des branches d'activité mêmes. Ce point sera étudié à la

section I du chapitre II. Il n'empêche que le contrat de travail individuel n'a cessé d'être le point de départ normal des rapports entre travailleurs et employeurs, et que le contrat de travail au sens de la loi constitue la base normale de la validité de la relation de droit civil entre les deux parties.

Il n'en va assurément pas de même pour l'ensemble des autres règles applicables en matière de droit du travail. Il existe des textes législatifs en matière de droit du travail dont l'applicabilité est subordonnée à des critères autres que la présence d'un contrat de travail de droit civil. Il y a aussi des lois dont le champ d'application est sans doute un peu différent, mais qui, pour délimiter celui-ci, utilisent comme point de départ les notions contenues dans le code civil, en leur apportant cependant des extensions et des restrictions spécifiques. Cela est notamment le cas aux Pays-Bas pour un certain nombre de lois d'assurance sociale. De ce fait, la jurisprudence relative auxdites lois a fourni bien plus de décisions de justice sur le contenu et la délimitation exacte des notions de droit civil que la jurisprudence portant sur des affaires civiles en matière de contrat de travail. C'est que, dans une procédure civile, le problème de la délimitation juridique précise du contrat de travail ne se pose que si les parties sont en litige quant aux conséquences de leur relation juridique et sont de surcroît en désaccord sur la qualification de cette relation, alors que cette qualification est déterminante pour le différend qui les oppose. Or, tout régime d'assurance obligatoire des travailleurs implique, pour les organismes de gestion de ces assurances sociales (et, en cas de divergence de vues entre ledit organisme et l'employeur ou le travailleur, pour le juge) la nécessité de déterminer dès le début, dans chaque cas isolé où un travail est effectué pour une autre personne, la nature de la relation juridique afin d'apprécier si celle-ci tombe ou non sous le coup des diverses lois, et s'il y a donc lieu ou non de verser des cotisations.

Sur le plan formel, ces deux sortes de jurisprudence appellent encore les précisions suivantes:

Les affaires concernant un contrat de travail sont du ressort du juge civil ordinaire. En 1907, on s'est efforcé de rendre la procédure pour les affaires de ce genre un peu plus simple que pour les autres, mais cette tentative n'a été qu'en partie couronnée de succès. En outre, le juge de canton a été déclaré compétent pour connaître en première instance des affaires en matière de travail, quel que soit le montant de la demande, alors que le tribunal d'arrondissement juge en appel; dans un cas seulement, le tribunal peut être appelé à juger en première

instance, la Cour de justice étant alors juge d'appel. Si tous les recours contre une décision sont épuisés, on peut se pourvoir en cassation devant la Haute Cour des Pays-Bas, qui peut annuler le jugement si elle estime que la loi a été mal appliquée ou violée.

Les litiges que suscitent les décisions des organes de gestion des assurances sociales instituées par la loi sont soumis à un juge administratif spécialisé, qui est, en première instance, le Conseil d'appel (comprenant des assesseurs non juristes) et, en deuxième instance, le Conseil d'appel central qui ne se compose que de juristes. La procédure applicable à ces litiges est caractérisée par une certaine absence de formes. Ainsi le principe de la détermination de la demande, n'est pas à observer et il n'existe aucune règle fixe pour l'administration de la preuve. Ce juge n'est pas passif, se distance un peu plus que le juge civil des qualifications indiquées par les parties et, en outre, motive d'habitude ses décisions en recourant dans une assez large mesure à la casuistique.

## CHAPITRE I

## LE MÉCANISME JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL

*Section I*

## LA NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL

§ 1. LES CONTRATS PORTANT SUR LA PRESTATION D'UN TRAVAIL,  
AUX TERMES DU CODE CIVIL

5. Le titre VII A du livre III du code civil, qui est détaché depuis 1907 du titre traitant du louage, s'intitule «Des contrats portant sur la prestation d'un travail».

Formulé d'une façon peu élégante, le premier article de ce titre, l'article 1637, distingue parmi ces contrats considérés en tant que genre les trois espèces suivantes: *le contrat de travail*, *le contrat d'entreprise* et *le contrat portant sur la prestation de quelques services*.

6. L'article 1637, *a* du code civil définit ainsi le contrat de travail «Une convention par laquelle une partie, appelée travailleur, s'engage à accomplir au service d'une autre partie, appelée employeur, une prestation pendant un certain temps, moyennant un salaire.» Les éléments de ce contrat seront analysés en détail dans les paragraphes suivants.

7. Aux termes de l'article 1637, *b* du code civil, la définition légale du contrat d'entreprise est la suivante: «Une convention par laquelle une partie, appelée entrepreneur, s'engage à faire un ouvrage déterminé au profit d'une autre partie, appelée le maître d'ouvrage, moyennant un prix déterminé». Le contrat d'entreprise oblige donc l'une des parties à réaliser un ouvrage déterminé au préalable, et l'autre partie à verser en échange une rétribution déterminée au préalable. Dans le contrat d'entreprise, le versement de cette rétribution dépend de la fourniture d'un ouvrage. Celui qui accomplit le travail court un certain risque en ce qui concerne la réussite de l'exécution de l'ouvrage promis; en général, c'est cette circonstance qui commande l'obtention par lui du prix fait. En fait, il est parfois difficile de distinguer le contrat d'entreprise de la vente de choses futures. Par ailleurs il existe des divergences de vue tant chez les auteurs que dans la jurisprudence au sujet du point de savoir si le contrat d'entreprise ne peut viser qu'à

des résultats matériels et quel est le degré nécessaire de la détermination. Le présent rapport peut également passer ces problèmes sous silence; en effet, si, suivant le point de vue défendu dans ces controverses, une convention déterminée ne constitue pas un contrat d'entreprise, elle n'est pas non plus un contrat de travail, mais appartient à la troisième espèce, et constitue donc un contrat portant sur la prestation de quelques services.

8. Ce contrat — qui, dans la pratique, est appelé plus brièvement contrat de prestation de services — n'est pas positivement défini dans le texte législatif. Cette notion couvre les contrats n'appartenant pas aux deux autres catégories. En effet, est un contrat portant sur la prestation de quelques services toute convention par laquelle une personne s'engage, moyennant une rémunération<sup>(6)</sup>, à accomplir un travail au profit d'une autre personne — c'est-à-dire toute convention du *genre* des contrats portant sur la prestation d'un travail — et qui ne saurait être considérée ni comme un contrat de travail, ni comme un contrat d'entreprise. Par conséquent, si une personne s'engage par contrat, moyennant une rémunération, à fournir à une autre personne un service sans qu'il y ait un lien de subordination (ce qui constitue la caractéristique essentielle du contrat de travail), le paiement de la rémunération ne dépendant par ailleurs pas de la fourniture d'un ouvrage déterminé (ce qui constitue la caractéristique essentielle du contrat d'entreprise), cette convention doit être considérée comme un contrat portant sur la prestation de quelques services. D'une part, font partie de cette catégorie certains contrats qui ont déjà une dénomination propre et dont les conséquences juridiques sont réglées en détail dans d'autres branches du droit (surtout dans le code de commerce); citons le contrat d'agence, les contrats de commissions et d'expédition et de transport, la relation juridique entre le public et l'administration des postes et télécommunications, etc.; dans ces cas, la qualification ne présente aucun intérêt pratique. D'autre part, cette catégorie comprend des relations non réglementées, telles que la convention liant le malade à son médecin, le client à son avocat, notaire ou expert-comptable, le maître d'ouvrage à l'architecte, l'électricien qui contrôle régulièrement les conduites dans un immeuble déterminé au

---

(6) La rédaction quelque peu inélégante de l'article 1637 a amené certains auteurs à se demander si le critère «moyennant une rémunération» était un élément essentiel de tous les contrats de ce genre. Si l'on admet qu'il en est effectivement ainsi, un contrat portant sur l'exécution d'un travail ne donnant lieu à aucune rémunération (exemple: contrat de stage) ne compterait pas parmi les trois contrats visés par ledit article et serait donc un contrat innommé. Comme il est expliqué à la fin du point 8, les conséquences d'un tel contrat ne diffèrent pas sensiblement de celles d'un contrat portant sur la prestation de quelques services.

propriétaire de celui-ci, l'élève au professeur qui lui donne des leçons privées, la convention passée avec un porteur de bagages et nombre de contrats en marge du contrat de travail qui seront étudiés plus loin. La dénomination «contrat portant sur la prestation de quelques services» ne nous apporte d'ailleurs guère d'éléments nouveaux permettant de dégager les conséquences en droit civil. Sur ce point, la loi se borne en effet à indiquer (article 1637 du code civil) que ces conventions sont régies par les dispositions et conditions stipulées qu'elles comportent et, à défaut, par l'usage. Mais des règles similaires s'appliquent déjà à tous les contrats (donc également aux contrats innommés), étant donné qu'ils sont régis par les principes généraux du droit des contrats, qui impliquent que les parties sont liées par le contenu de leur propre convention (article 1374 du code civil), et, outre par ce qui y est exprimé, par toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (article 1375 du code civil).

Ci-dessous sont étudiés séparément les divers éléments du contrat de travail, ce qui permettra d'approfondir les notions.

## § 2. PREMIER ÉLÉMENT DU CONTRAT DE TRAVAIL: LA PRESTATION DE TRAVAIL

9. La question de savoir ce qu'il faut entendre par «la prestation de travail» peut donner lieu à des commentaires très étudiés; il est d'ailleurs difficile d'en donner une définition abstraite qui soit précise. Dans la pratique du droit, cet élément de la notion de contrat de travail, dont le critère essentiel consiste donc en ce qu'il est stipulé, ne soulève presque jamais de doute. De ce fait, ce n'est que dans quelques cas isolés, d'ailleurs assez singuliers, que les tribunaux néerlandais ont eu à se prononcer sur la question de savoir s'il y avait ou non prestation de travail. Dans l'un de ces cas, le tribunal a estimé qu'une «attente» constituait également un travail (7). Dans un autre cas, il a été décidé que même le sommeil peut parfois être un travail (8).

(7) Un boutiquier ayant été accusé d'imposer à son commis une durée de travail supérieure au maximum légal, le tribunal de Leeuwarden avait admis le moyen invoqué par le défendeur selon lequel le commis passait plusieurs heures par jour à attendre les clients dans un local attenant à la boutique, et que cette attente ne pouvait être considérée comme un travail. Le 26 octobre 1931, la Haute Cour a cassé ce jugement à juste titre, et a motivé son arrêt en déclarant que, même durant cette période d'attente, le travailleur était à la disposition de son employeur et n'était pas entièrement libre de passer le temps comme il l'entendait (N. J. 1932, 413).

(8) Une vieille femme sourde et craintive avait convenu avec une jeune femme que celle-ci, moyennant une faible rétribution, viendrait dormir chaque nuit chez elle. La Cour d'appel de Bois-le-Duc a conclu en l'espèce à l'absence d'un contrat de travail, dormir n'étant pas travailler. Le Conseil central, se prononçant le 18 mai 1933, A. R. B. 1933, 386, a mis ce point de vue en doute, mais, en définitive, il n'a pas tranché le problème, étant donné que, le lien de subordination faisant défaut, il ne pourrait de toute façon s'agir que d'un contrat portant sur la prestation d'un service, et non d'un contrat de travail.

La doctrine est unanime à considérer que pour la présence de l'élément de la prestation de travail, tiré de la notion de contrat de travail, la question de savoir s'il s'agit d'un travail physique ou intellectuel (si tant est que cette distinction puisse être clairement établie) ne présente aucun intérêt. En outre, peu importe que le but ou le motif du travail soit d'ordre matériel ou idéal<sup>(9)</sup>. Le fait de savoir si la personne intéressée est subjectivement consciente d'accomplir un travail n'intervient pas davantage<sup>(10)</sup>.

10. Un contrat de travail est une convention contractée *intuitu personae*. Il est normalement dans l'intention des parties que le travailleur accomplisse lui-même le travail stipulé. C'est pourquoi, aux termes de l'article 1639, *a* du code civil, «le travailleur est tenu d'exécuter lui-même le travail, sauf autorisation de l'employeur, il ne peut se faire remplacer par un tiers».

Aussi est-il admis dans la littérature et la jurisprudence civiliste qu'un contrat en vertu duquel la personne qui s'est engagée à fournir le travail peut se faire remplacer à son gré non seulement pour des travaux concrets déterminés, mais d'une façon générale, à condition que le travail soit exécuté à la satisfaction de l'autre partie, n'est pas un contrat de travail<sup>(11)</sup>.

De même, selon la jurisprudence constante du Conseil d'appel central, il faut, pour que l'on soit en présence d'un contrat de travail, que l'engagement ait été pris d'accomplir un travail en personne<sup>(12)</sup>. Souvent, l'argument n'est utilisé que parmi plusieurs autres, ce qui tient au fait que, dans bien des cas, l'engagement d'exécuter le travail en personne ne fait l'objet d'aucun accord explicite dont la preuve directe puisse être administrée. Mais, dans tous les cas où d'autres éléments ne démontrent pas nettement la présence d'un contrat de travail, le Conseil central conclut que la seule circonstance que le contractant a réellement exécuté le travail en personne n'est pas une preuve suffisante de l'existence d'une obligation à cet effet, ni, partant, d'un contrat

(9) Dans un certain nombre d'arrêts rendus au cours des années 1914 à 1918 (figurant dans A. Burger, *De ouderdomsrenten van art. 369 en 370 der Invaliditeitswet*, sans année, p. 30), le Conseil central déclare que les «prieurs à gages» et veilleuses des collèges funéraires israéliens n'effectuent pas un travail, parce qu'ils aident à l'accomplissement de prescriptions religieuses. Une autre thèse par la suite a été adoptée; voir ci-après n° 20 sous c).

(10) Le 31 octobre 1910, W. 9076, la Haute Cour rejetait le moyen de défense selon lequel un enfant de 4 ans, qui s'était produit dans la représentation d'un opéra *Madame Butterfly*, n'avait pas effectué un travail interdit étant donné qu'il avait simplement été promené sur le plateau et n'avait donc en fait fourni aucun effort.

(11) Voir H.R. 13 décembre 1957, N.J. 1958, 35.

(12) Voir les jugements suivants rendus à diverses époques: C.R. 3 juin 1916, A.R.B. 1918, 318; C.R. 7 octobre 1920, A.R.B. 1920, 322; C.R. 1<sup>er</sup> février 1955, A.R.B. 1955, 568; C.R. 6 août 1959, Rspr. S.V. 1959, 209.

de travail. Le doute quant à l'obligation survient assez souvent en ce qui concerne les porteurs de journaux et autres colporteurs, les marchands de glaces, les femmes de charge travaillant dans des immeubles de bureaux, etc. A la lumière de cette interprétation, de nouvelles dispositions légales explicites ont fait entrer certains de ces cas dans le cadre des lois d'assurance sociale, à condition que le travail soit réellement effectué en personne (13).

Si le contrat de travail implique l'obligation d'exécuter normalement le travail en personne, il implique aussi que la partie effectuant le travail ne peut être qu'une personne physique (14).

Certes, une personne morale peut être partie à un contrat de travail en tant qu'employeur, mais non en tant que travailleur.

En dépit du caractère personnel de l'obligation d'exécuter le travail, deux personnes agissant de concert peuvent, en vue de certains travaux, passer avec un employeur un contrat de travail qui leur laisse une certaine liberté en ce qui concerne la délimitation mutuelle des travaux qui se complètent, par exemple un couple engagé comme gérants de succursale ou comme concierges. Le problème de savoir s'il s'agit en l'espèce d'un seul contrat de travail comportant deux parties du côté travailleur, ou bien de deux contrats indissolublement liés, donne naissance à des conceptions juridiques différentes, qui dans la pratique, arrivent aux mêmes résultats (15). Les contrats d'équipe comportent de nombreuses variantes que le présent rapport doit laisser de côté. Bien que ce détail n'intéresse pas la notion de contrat de travail, je tiens à observer, pour être complet, qu'une collectivité peut également être partie à un contrat de travail comme employeur; c'est le cas par exemple du contrat de travail liant le personnel d'une société civile (16).

### § 3. DEUXIÈME ÉLÉMENT DU CONTRAT DE TRAVAIL: LE SALAIRE

11. La réciprocité demeure l'un des éléments inhérents au contrat, quoique, dans l'application des règles de droit régissant le contrat de

(13) Voir plus loin, point 98.

(14) Voir Ktg. Rotterdam 9 octobre 1912, R.B.A. IV, 32; Rb. La Haye 19 janvier 1932, N.J. 1932, 1073.

(15) Voir Ktg. Amsterdam 4 octobre 1949, N.J. 1950, 98; ce jugement a été confirmé au moyen d'une autre motivation par le Rb. Amsterdam 13 juin 1950, Arbeid 1951, p. 83; voir aussi C.R. 3 avril 1958 Rspr. S.V. 1958, 1.

(16) Une situation totalement différente, comportant une seule prestation de travail effectuée pour le compte de deux employeurs, mais alors en vertu de deux contrats de travail, peut résulter du fait qu'aux termes du code de commerce on ne peut accomplir un service à bord d'un navire qu'en vertu d'un contrat d'engagement maritime conclu avec l'armateur. Les opérateurs radio de bord, qui sont au service d'une société de télégraphie, ont de ce fait un emploi double. Le 27 avril 1955, N.J. 1955, 412, la Haute Cour a admis que l'aide d'un blanchisseur à bord d'un navire a lui aussi un emploi double.



travail, l'idée d'échange ne soit plus retenue comme le seul principe à considérer. Le contrat de travail est un contrat synallagmatique, qui stipule l'exécution d'un travail moyennant un salaire.

Le code civil ne définit pas le salaire. L'article 1637, *p* du code civil, lequel vise notamment à protéger le travailleur contre l'ancien «truck system», donne cependant une énumération des formes de salaire licite, celles-ci pouvant donc à coup sûr représenter un salaire (à savoir, pour les travailleurs n'habitant pas sous le toit de l'employeur, prestation en espèces, nourriture à consommer sur place, vêtements fournis par l'entreprise, certains produits fabriqués par l'entreprise, un logement de fonction, certains services, cours d'enseignement). Mais l'article 1637, *r* y ajoute aussitôt une réglementation portant sur le mode de conversion de la rémunération en salaire en espèces, dans la mesure où elle a été fixée sous une forme autre que celles qui sont licites aux termes de l'article 1637, *p*. Il s'ensuit que le salaire est une notion plus large que le salaire licite. Les définitions abstraites que les auteurs donnent du salaire présentent certaines divergences que l'on peut négliger en l'occurrence, car la plupart des auteurs sont en revanche largement d'accord sur la délimitation concrète.

D'ailleurs, la question de savoir s'il convient de qualifier de salaire certains revenus du travailleur n'est en fait jamais décisive pour la présence ou l'absence d'un contrat de travail — sauf dans certains cas qui seront étudiés plus loin. C'est que le problème des revenus douteux se pose principalement dans les cas où le contrat stipule également des revenus dont la qualité de salaire est incontestable, de sorte qu'il s'agit en tout état de cause d'un contrat de travail. Aussi les cas douteux retiennent-ils plutôt l'attention dans l'application de dispositions (non seulement en droit civil, mais encore et surtout en matière de sécurité sociale et d'impôt sur le salaire) en vertu desquelles le niveau du salaire doit être déterminé ou bien joue un certain rôle.

12. Ainsi qu'il résulte, d'après une conception généralement admise, du terme «moyennant» figurant dans l'article 1637, *a*, le salaire en tant qu'élément du contrat de travail est versé en contrepartie du travail demandé par le cocontractant (l'employeur). Le salaire étant donc une rémunération *versée par l'employeur*, les rétributions des tiers ne constituent pas un salaire au sens de cet article. Les pourboires, que, selon les usages sociaux, mais sans obligation en droit, les clients de l'employeur donnent fréquemment aux garçons de café, portiers, préposés au vestiaire, chauffeurs de taxi, ouvreuses de théâtre, etc... ne sont donc pas considérés comme un salaire en droit civil. Dès lors,

un contrat stipulant que le travailleur intéressé devra, en contrepartie du travail effectué, se contenter des pourboires versés par des tiers, n'est pas un contrat de travail<sup>(17)</sup>. Comme on a cependant de bonnes raisons d'ordre social pour étendre en général le bénéfice des assurances sociales obligatoires aux travailleurs de cette catégorie, on a successivement inséré dans toutes les lois de sécurité sociale entrant en ligne de compte des dispositions qui, au regard desdites lois, qualifient également de salaire les pourboires versés par des tiers<sup>(18)</sup>.

13. Le salaire est une contrepartie *stipulée* par le cocontractant; il s'agit donc d'une obligation contractuelle de l'employeur. Un supplément (gratification, étrennes) que l'employeur accorde selon son bon plaisir n'est par un salaire en droit civil. Pour que l'on soit en présence d'un contrat de travail, le salaire à verser n'a toutefois pas besoin d'être précisé à condition que soit établi un droit à contrepartie; l'article 1637, q dispose qu'en pareil cas le travailleur a droit au salaire qui, selon l'usage local, correspond au genre de travail qu'il accomplit, ou bien, à défaut d'un tel usage, à un salaire d'un niveau équitable.

14. Le salaire est la *contrepartie* du travail stipulée par le cocontractant. Dans certaines situations, la personne au profit de laquelle le travail est effectué s'est engagée à verser quelque chose qui ressemble à un salaire, alors qu'en fait cette prestation n'est pas la contrepartie d'un travail stipulé; une telle convention n'est pas un contrat de travail, mais seulement un contrat portant sur la prestation de quelques services. Il convient à ce propos d'examiner deux catégories de situations qui jouent ou ont joué un rôle non négligeable dans la jurisprudence, à savoir: a) les relations découlant des mesures visant à procurer du travail aux chômeurs et b) les relations d'apprentissage.

*Ad a.* Dès l'une des premières affaires où il fallait, pour l'application d'une loi d'assurance sociale, examiner une relation découlant d'une mesure visant à procurer du travail aux chômeurs à la lumière de la notion d'emploi salarié, le Conseil central a déclaré en 1921<sup>(18bis)</sup> qu'en l'espèce il n'avait pas été conclu de contrat de travail, étant donné que la relation considérée ne donnait pas lieu au versement d'un «salaire en échange d'un travail», mais d'une «allocation, dont l'obtention était subordonnée à l'exécution d'un travail». Dans les cas de ce genre,

(17) Cette conception est courante aux Pays-Bas; récemment, elle a encore été expressément formulée par la Haute Cour le 18 décembre 1953, N.J. 1954, 242.

(18) Voir détails sur l'évolution de ce point: M. G. Levenbach, *Aan de zelfkant der Arbeidsgovereenkomst: foeten*, dans R.B.A. XXIV, p. 9 et 33 (1938).  
(18bis) C.R. 22 décembre 1921, Mbl. VII, p. 71.

soumis aux conseils d'appel au cours des années suivantes, ceux-ci, se basant sur cette déclaration, ont conclu tantôt à la présence tantôt à l'absence d'un contrat de travail. Cela tenait aux conditions très disparates dans lesquelles étaient mises en oeuvre les mesures visant à procurer du travail aux chômeurs, le plus souvent avec l'aide financière du pouvoir central, conditions que je ne décrirai pas parce qu'elles appartiennent désormais au passé. Le mobile des organisateurs des travaux était déterminant. Si le but principal était ces travaux mêmes, qui, grâce à une subvention des pouvoirs publics, allaient pouvoir être exécutés par des travailleurs faiblement rétribués, on considérait qu'il y avait un salaire et partant un contrat de travail; si le but principal était d'aider les chômeurs, on admettait que l'élément salaire en échange de travail faisait défaut. Le raisonnement était en principe logique, mais dans la pratique, la délimitation était peu précise. En outre, les conséquences sociales, notamment au regard des assurances sociales, étaient fâcheuses. C'est pourquoi des dispositions complémentaires ont, depuis 1929, été insérées dans les textes législatifs, dispositions qui étendent expressément le bénéfice de diverses assurances sociales aux personnes mises au travail dans le cadre d'une mesure visant à procurer du travail aux chômeurs (ou d'une mesure visant à l'extension de l'emploi)<sup>(19)</sup>. Dans les formes d'après-guerre de mise au travail de chômeurs valides normaux, le problème ne se pose plus, notamment parce que l'on organise désormais à leur intention une occupation complémentaire à laquelle s'appliquent dans la mesure du possible les conditions de travail de la vie économique normale<sup>(20)</sup>. Mais le Conseil estime que les dispositions précitées, relatives aux mesures visant à procurer du travail aux chômeurs, ne sont pas toujours applicables à la mise au travail d'handicapés physiques dans des ateliers en tant que mesure d'assistance sociale, et il s'en tient dans ce cas à son ancienne thèse selon laquelle la rémunération ne constitue un salaire en échange d'un travail que si le travail fourni est convenable, sinon il faut la considérer comme une simple allocation<sup>(21)</sup>.

*Ad b.* Il existe diverses variantes des relations d'apprentissage, qui diffèrent en fait et qu'il convient donc d'apprécier différemment en droit.

(19) Voir détails sur l'évolution de ce point: M. G. Levenbach, *Aan de zelfkant der Arbeidsvereenkomst: werkverschaffing, loon, loondienst*, dans R.B.A. XXII, p. 65, 73, 89 (décembre 1936 - mars 1937).

(20) Voir *De bescherming van de werknemer in geval van werkloosheid*, publication de la Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, 1961, Rapport sur le droit néerlandais, point 91.

(21) Présence d'un contrat de travail: C.R. 15 juillet 1953, A.R.B. 1954, 45; absence d'un contrat de travail: C.R. 3 novembre 1949, A.R.B. 1950, 38; C.R. 4 octobre 1951, A.R.B. 1952, 386; voir aussi C.R. 25 février 1960, Rspr. S.V. 1960, n° 76.

La loi sur l'enseignement professionnel du 4 octobre 1919, Stbl. 593, donne notamment des dispositions applicables à l'apprentissage. Elle précise expressément que les dispositions du titre VII A du livre III du code civil ne s'appliquent pas à un contrat d'apprentissage conclu avec un employeur en conformité des prescriptions de ladite loi. Nous reviendrons à ce contrat d'apprentissage <sup>(22)</sup>. Il n'empêche que, sur le plan des idées, la relation juridique avec l'apprenti peut constituer en même temps un contrat de travail; d'ailleurs, il arrive bien souvent de nos jours que l'employeur conclut en outre expressément un contrat de travail avec l'apprenti. Dans ce cas, les dispositions de droit civil relatives au contrat de travail autres que celles des articles 1637 à 1639, *x* du code civil (par exemple les dispositions concernant la compétence judiciaire) de même que les dispositions des conventions collectives de travail et des lois d'assurance sociale se rattachant au critère du contrat de travail sont néanmoins applicables <sup>(23)</sup>.

Il existe cependant de nombreux cycles de formation dans les entreprises (parmi lesquels les cours de formation pour adultes) qui échappent à la réglementation édictée par la loi sur l'enseignement professionnel. La pratique et la jurisprudence partent maintenant du critère (notamment pour l'application des lois d'assurance sociale précitées) selon lequel, pour savoir s'il existe un contrat de travail, il faut examiner si la prestation fournie par le patron peut être considérée comme un salaire, cela étant uniquement le cas si la prestation est la contrepartie d'un travail productif dont il profite réellement (la valeur de ce travail n'a, bien entendu, nullement besoin de correspondre à celle du travail fourni par un travailleur qualifié).

En contrepartie de ce travail productif, l'apprenti peut recevoir soit un enseignement plus une rémunération en argent, soit seulement un enseignement (car celui-ci peut constituer un salaire en nature). Il se peut même que, loin de verser une rémunération, le patron soit rétribué pour son enseignement, et qu'il existe néanmoins un contrat de travail, à savoir si le patron qui dispense l'enseignement se contente de cette rétribution bien qu'elle ne corresponde qu'à une fraction de la valeur de l'enseignement, parce qu'il profite dans une large mesure du travail de l'apprenti. On estime cependant qu'il n'y a pas de contrat de

(22) Voir plus loin point 33.

(23) La présence ou l'absence d'un contrat de travail avec un apprenti est surtout décisive pour l'application de la loi sur l'assurance-invalidité, de la loi sur l'assurance-maladie, de la loi sur les allocations familiales et de la loi sur l'assurance-chômage. Les lois sur l'assurance-accidents contiennent des dispositions expresses en vertu desquelles les stagiaires, apprentis et autres personnes de ce genre, qui, étant encore en formation, ne perçoivent aucun salaire, tombent sous le coup de ces lois, de sorte qu'en l'occurrence la question de savoir s'il existe effectivement un contrat de travail ne présente aucun intérêt.

travail lorsque la formation et le travail ne sauraient être considérés comme des contreparties réciproques, le patron ne tirant pratiquement aucun profit, ou guère, du travail et donnant une instruction professionnelle soit pour recevoir une rétribution, soit à titre gratuit, par bienveillance à l'égard de l'apprenti, ou en raison de l'intérêt qu'il a à compléter son personnel à l'avenir, ou bien, d'une façon générale, à accroître le nombre des ouvriers qualifiés dans sa profession. Il est possible que le patron, tout en dispensant l'instruction, alloue en outre à l'apprenti un peu d'argent de poche, à titre d'encouragement, sans que l'élément salaire soit pour autant estimé présent<sup>(24)</sup>. Enfin, on conclut également à l'absence d'un contrat de travail lorsque l'apprenti ne reçoit aucune instruction à proprement parler, ni aucune rémunération en argent, mais a uniquement la possibilité d'acquérir quelques notions professionnelles, sa présence n'étant guère profitable au patron.

15. Enfin, le salaire est une *contrepartie du travail* stipulée par le cocontractant. Les versements que l'employeur effectue au titre du travail non pas en tant que contrepartie du travail fourni, mais à titre d'indemnité pour des frais exposés par le travailleur (tels que: frais de voyage et de moyens de transports appartenant à l'intéressé, frais de séjour, prime d'habillement) ne constituent pas un salaire en droit civil<sup>(24bis)</sup>; dans la mesure où leur montant dépasse nettement les frais réellement nécessaires, ils sont en revanche considérés comme un salaire, notamment pour le calcul des cotisations aux assurances sociales et pour celui de l'impôt sur les salaires.

16. Par ailleurs, est un salaire *toute contrepartie* stipulée du travail fourni par le cocontractant (à l'exception, bien entendu, d'une pension promise à laquelle s'appliquent d'autres règles qu'aux salaires versés périodiquement en paiement du travail). Les diverses dénominations utilisées dans la vie courante (salaire, appointements, honoraires, traitement, indemnité) n'ont aucune signification en droit. On distingue le salaire en argent et le salaire en nature, les deux types affectant des formes très variées. Le salaire en argent comprend: le salaire au temps, le salaire aux pièces, les primes et suppléments stipulés, mais aussi les commissions dues sur la base de critères déterminés, les tantièmes, les participations aux bénéfices, etc. La distinction de toutes ces formes présente du reste un intérêt en ce qui concerne l'applicabilité et l'appli-

---

(24) Voir Ktg. La Haye 7 décembre 1955, N.J. 1956, 618.

(24bis) Voir notamment Rb. Alkmaar 23 mars 1950, N.J. 1951, 277.

cation des diverses dispositions relatives aux salaires plutôt que pour la question de savoir si l'élément salaire existe, et s'il a donc été conclu un contrat de travail. Il y a cependant lieu de souligner ici que, la commission stipulée étant un salaire, une convention aux termes de laquelle la contrepartie stipulée consiste uniquement en une commission (cas qui intéresse par exemple certains voyageurs de commerce) est un contrat de travail, à condition, bien entendu, que les autres éléments du contrat de travail soient réunis. Même les conventions qui, en fait de rémunération prévoient uniquement une participation aux bénéfices — ce qui paraît notamment être le cas pour une certaine catégorie de pêcheurs en participation — peuvent être des contrats de travail<sup>(25)</sup>. Mais si l'intéressé est également tenu de participer à une perte éventuelle, le contrat ne lui garantit pas un salaire, élément essentiel du contrat de travail<sup>(26)</sup>. La rémunération en nature peut, elle aussi, affecter différentes formes, dont les principales ont déjà été énumérées au deuxième alinéa du n° 11. Il est à noter que même si la rémunération est uniquement versée en nature, la convention peut être un contrat de travail. Il en est notamment ainsi lorsque la contrepartie salaire ne consiste qu'en un enseignement<sup>(27)</sup>. Quant aux quelques consommations gratuites auxquelles ont droit les personnes travaillant dans l'hôtellerie, les restaurants et les cafés, et dont les revenus principaux consistent en pourboires versés par des tiers, tantôt la jurisprudence leur reconnaît la qualité de salaire, tantôt (à tort selon moi) elle leur dénie cette qualité, cela en raison de leur faible importance<sup>(28)</sup>.

#### § 4. TROISIÈME ÉLÉMENT DU CONTRAT DE TRAVAIL: LA SUBORDINATION

17. C'est surtout le fait que le travail doit être accompli «au service» du cocontractant qui, dans le cadre propre des contrats portant sur la prestation d'un travail, visés par l'article 1637 du code civil, caractérise le contrat de travail, et permet aussi de le distinguer des autres conventions non visées par ledit article.

D'une part, l'exécution d'un travail au service d'une autre personne implique que celle-ci a un droit de regard sur l'accomplissement

(25) Voir H.R. 21 avril 1954, B.N.B. 1954, 184.

(26) Voir C.R. 28 septembre 1922, A.R.B. 1922, 376. Je ne suis pas d'accord avec le Ktg. Alphen 31 octobre 1945, N.J. 1946, 362, jugeant au contraire qu'il existait bien un contrat de travail, mais que la clause de la participation aux pertes était nulle, et qu'en cas de perte il y avait lieu de fixer un salaire équitable suivant les dispositions de l'article 1637 q.

(27) Voir retro, point 14, sous b.

(28) Voir en ce sens, récemment, Ktg. Haarlem 4 août 1950, N.J. 1951, 107.

du travail et qu'elle est habilitée à exercer une certaine autorité au regard de la prestation de travail. D'autre part, elle implique que la personne exécutant le travail se trouve, à cet égard, dans un état de subordination et est tenue à l'obéissance. C'est uniquement lorsqu'il existe quant au travail un «pouvoir d'autorité» et la notion de polarité opposée, à savoir «subordination», qu'il peut être question d'un «travail au service» d'une autre personne et donc d'un contrat de travail<sup>(29)</sup>.

En poussant l'analyse des notions précitées d'autorité et de subordination vis-à-vis de l'exécution du travail, nous constatons que le contrat de travail est une relation entre diverses personnes, dans laquelle les obligations ne consistent pas en des prestations préalablement fixées en tous points et avec précision, mais présentent toujours aussi un certain degré d'imprécision provisoire, laquelle ne se concrétise en fait que par la suite. L'employeur a le pouvoir de préciser ultérieurement le contenu concret de l'obligation de travailler. Et comme on ne saurait considérer une prestation de travail en faisant abstraction de la personne qui l'accomplit, le contrat de travail confère à l'employeur une autorité sur la personne du travailleur, et celui-ci lui est subordonné. C'est ce qui explique pourquoi le contrat de travail est plus qu'une convention sur des actes relatifs au patrimoine, et pourquoi sa réglementation juridique doit garantir le respect de la dignité humaine et des valeurs individuelles du travailleur lors de l'exercice de cette autorité. C'est là l'idée première et essentielle qui est à la base du développement du droit moderne du travail.

L'analyse précitée permet aussi de trancher plus aisément la question de savoir si, en droit positif, on est dans certains cas marginaux en présence d'un contrat de travail ou non. La subordination du travailleur, l'exercice d'une autorité par l'employeur signifient que l'employeur a un droit de regard sur l'exécution du travail par le travailleur, en d'autres termes qu'il est habilité à préciser les actes à accomplir, à les définir avec plus de rigueur, à les fixer plus en détail. Si la personne pour laquelle le travail est exécuté ne possède pas ce pouvoir unilatéral de donner ultérieurement des directives plus précises au sujet du travail à accomplir, la convention passée n'est pas un contrat de travail, même, ou peut-être précisément, lorsque cette convention stipule de nombreux détails ou des instructions fixes<sup>(30)</sup>. Tel est donc

---

(29) C'est là l'opinion unanime des auteurs et de la jurisprudence tant civile qu'administrative. Elle a déjà été expressément formulée notamment par H.R. 9 juin 1916, N.J. 1916, 724 et C.R. 15 mai 1917, A.R.B. 1917, 303.

(30) Voir H.R. 30 mars 1955, N.J. 1955, 341.

le cas lorsque, dans les limites de ce qui a été convenu, c'est justement la personne exécutant le travail qui, si cela est nécessaire, a la faculté de préciser en toute indépendance son activité<sup>(31)</sup>; on est alors en présence d'un contrat d'entreprise ou d'un contrat portant sur une prestation de service (sur la prestation de quelques services). Il se peut aussi que l'indication de précisions en ce qui concerne le travail à exécuter, au cas où ces précisions sont nécessaires, doit, suivant la convention, être opérée d'un commun accord par les deux parties placées sur un pied d'égalité. Dans ce cas, il n'y a pas subordination d'une partie à l'autre, mais les deux parties se trouvent sur le même plan, et la convention conclue entre elles est par exemple une relation d'association.

Il est par ailleurs à noter que, pour savoir s'il y a un lien de subordination, l'observation obligatoire des directives concernant le travail à exécuter est décisive. Certes, le travailleur salarié est lui aussi tenu de respecter des instructions relatives à l'ordre intérieur du ménage ou de l'établissement où le travail est accompli, mais cette obligation n'est pas une caractéristique de son contrat, étant donné qu'elle peut également exister dans d'autres relations juridiques (un entrepreneur de charpente effectuant une réparation dans une usine n'a pas davantage que les travailleurs occupés dans cette usine le droit d'utiliser un monte-charge dont l'accès est interdit aux personnes). Cette obligation n'établit donc pas encore à elle seule la subordination, qui est un critère indispensable du contrat de travail. La surveillance en tant que telle peut également exister dans un autre contrat (lors de la construction d'une maison par l'entrepreneur, il est d'usage que le mandant fasse exercer une surveillance; cela lui permet de formuler des critiques, mais non de donner des ordres).

18. La plupart des contrats de travail conclus dans la vie sociale de tous les jours accusent clairement le caractère de la subordination, et celle-ci ne fait pas de doute. Un travailleur a par exemple été embauché par une usine ou accepté un emploi de bureau, il travaille régulièrement chez un cultivateur ou comme chauffeur dans une entreprise de transport; il va sans dire que, dans tous ces cas, l'employeur dirige le travail et donne des ordres, auxquels le travailleur se conforme. Celui-ci est lié dans le temps et par sa tâche. Il y a nettement exercice d'une autorité et un lien de subordination, bien que l'employeur ne soit normalement pas un tyran, ni le travailleur un robot.

---

(31) Voir H.R. 7 avril 1927, N.J. 1927, 1215.



Mais l'autorité peut être plus ou moins étendue, la subordination plus ou moins marquée. La notion de subordination est très élastique. Ce qui est toutefois essentiel, c'est l'établissement d'un lien juridique comportant une certaine possibilité d'exercer une autorité, et une certaine obligation d'obéir; point n'est besoin cependant que ces deux éléments soient illimités<sup>(32)</sup>.

Faisons remarquer à ce propos qu'il s'agit du lien juridique de subordination, et non de l'exercice effectif d'une autorité. La gouvernante à l'esprit dominateur, attachée au service d'un vieux monsieur sénile, imposera en fait sa volonté à son maître, sans que celui-ci ait en réalité voix au chapitre; mais, en droit, la gouvernante demeure tenue d'obéir à ses ordres. Et, même si l'on fait abstraction des cas de ce genre, il y a d'autres exemples très nombreux où, de par la nature du travail à exécuter, le travailleur doit en fait jouir d'une grande liberté et, dans une large mesure, prendre l'initiative des décisions quant à la façon d'accomplir le travail; il en va ainsi pour le compagnon plombier travaillant seul à l'extérieur, le gérant de succursale, le chef de service dans une entreprise, le professeur attaché à un établissement d'enseignement; dans l'exercice quotidien de leur activité, ces personnes agissent pour l'essentiel comme bon leur semble. Elles exercent cependant leur activité en vertu d'un contrat de travail, et il existe un lien de subordination juridique parce que l'employeur détient toujours un certain pouvoir de préciser le travail à faire, l'endroit, les modalités ou la durée. Il existe également une relation d'autorité dans les cas où, en ce qui concerne certains aspects du travail, la loi interdit même à l'employeur d'exercer une autorité, à condition qu'il subsiste des aspects à l'endroit desquels il conserve un pouvoir à cet effet. La direction d'un armement n'a pas le droit d'intervenir dans la navigation, dont les capitaines de navire sont personnellement responsables, mais elle peut leur imposer une route déterminée; un médecin attaché à un hôpital n'a pas à recevoir d'ordres de la direction quant aux soins médicaux qu'il dispense aux malades, mais il est tenu de se conformer aux heures d'ouverture de la polyclinique fixées par la direction; l'avocat stagiaire employé dans une étude est tenu par contrat de réunir la jurisprudence relative à un problème déterminé lorsque son patron le lui demande, ainsi que d'étudier les affaires de celui-ci, mais, aux termes du serment des avocats dont la prestation est exigée par la loi, il est tenu «de ne

---

(32) Le code civil néerlandais reconnaît clairement cette élasticité dans son article 1639 b, traitant du droit au commandement de l'employeur, qui est rédigé comme suit: «Le travailleur est tenu de se conformer aux instructions concernant l'exécution de travail qui lui sont données par l'employeur ou au nom de celui-ci dans les limites des dispositions figurant dans les lois, les ordonnances, le contrat ou le règlement.»

conseiller, ni de défendre aucune affaire que, dans son for intérieur, il n'estime pas juste» (33).

Des personnes exerçant des professions dites libérales, telles que médecins, avocats, experts-comptables, architectes, etc., peuvent donc parfaitement conclure entre elles des contrats de travail, mais elles règlent le plus souvent leur collaboration sur un pied d'égalité sous la forme d'un contrat d'association. Il est parfois difficile, dans la pratique, de dégager la tendance de la convention.

19. La vie sociale de tous les jours présente d'ailleurs de nombreux cas d'exécution d'un travail moyennant une rémunération au profit d'autres personnes, dans lesquels la présence du lien de subordination est douteuse, la relation établie entre les intéressés devant être considérée tantôt comme constituant, tantôt comme ne constituant pas un contrat de travail. C'est ainsi que les infirmières, garde-couches et puéricultrices chez les particuliers; les marchands ambulants de glace et de pétrole lampant; les porteurs et revendeurs de pain, de journaux et de périodiques; les représentants de commerce, agents d'assurances et colporteurs; les travailleurs à domicile dans la confection et dans d'autres industries; les musiciens et autres artistes se produisant dans les cafés et les établissements, travaillent pour d'autres, mais le font tantôt au service de ces derniers, tantôt comme travailleurs indépendants qui sont peut-être établis à leur compte ou exercent une profession libérale. Dans ces cas, la nature du contrat est commandée par les particularités de chaque cas isolé; il suffit de quelques légères différences entre les règles liant les parties pour que des professionnels d'une même branche soient tantôt des salariés, et tantôt ne le soient pas.

En l'espèce, la dénomination donnée par les parties elles-mêmes à leur contrat n'est pas un facteur déterminant (il est vrai que, dans ce domaine, le juge civil a un peu moins de liberté que le juge administratif). Pour la qualification judiciaire, il s'agit en définitive de savoir si les droits et obligations réels, établis par le contrat, permettent de conclure à un lien de subordination. A cette fin, on compare ordinairement diverses caractéristiques de nature secondaire qui, considérées isolément, ne seraient pas décisives. Citons: la fixation préalable d'un horaire de travail, ou une assez grande liberté laissée au travailleur sur ce point; la remise à celui-ci d'une rémunération calculée en

---

(33) Pour cette dernière raison, la Cour centrale a même contesté, pendant un certain temps, qu'un avocat pût se trouver dans une situation de subordination; voir C.R. 20 janvier 1944, A.R.B. 1944, 144. Mais peu de temps après, elle a expressément abandonné cette vue incorrecte; voir C.R. 7 février 1951, A.R.B. 1951, 402.

fonction de la durée du travail ou plutôt sous forme de commission; la possibilité, pour l'intéressé, de se décharger sur le mandant du risque de non-paiement par des tiers clients ou de détérioration de la qualité des marchandises, ou bien l'obligation de courir lui-même ces risques; le versement ou non d'une indemnité en cas de maladie et la possibilité ou non pour l'intéressé de prendre des congés payés; la fourniture et le renouvellement des moyens de travail par le mandant ou par l'intéressé; la fixation, par le mandant, de quartiers, zones ou centres d'activité, ou bien, la liberté pour le travailleur d'agir à sa guise; l'obligation ou non pour lui d'effectuer dans des cas particuliers au profit du mandant des travaux autres que ceux normalement convenus. Toutes ces caractéristiques énumérées sous forme d'alternatives peuvent aussi bien être présentes qu'absentes dans une relation salariale. Mais l'expérience a appris que les caractéristiques mentionnées chaque fois en premier vont plutôt dans le sens d'un contrat de travail et que les autres s'en écartent (33bis).

Il est encore à noter que les lois sur l'assurance sociale contiennent des dispositions spéciales, stipulant expressément que ces lois sont applicables à certains cas de prestation de travail mentionnés sous le présent point, dans lesquels le lien de subordination fait défaut ou bien est incertain. Nous y reviendrons dans la suite (33ter).

20. Certains cas particuliers appellent encore quelques observations.

a) *Les représentants*

Ils peuvent être salariés ou indépendants. La loi du 5 novembre 1936, Stbl. 207, a introduit dans le code de commerce un certain nombre d'articles consacrés aux agents commerciaux et aux voyageurs de commerce. Ils établissent une distinction entre ces deux professions en précisant qu'un agent commercial est une personne pour laquelle la représentation constitue une «activité pour son propre compte», le voyageur de commerce étant une personne qui exerce la même activité «au service d'un autre» (34). Cette dernière notion est ici identique à celle de l'article 1637, a du code civil. Pourtant, grâce à la réglementation légale plus détaillée de ces contrats et à leurs définitions légales, la jurisprudence, depuis cette date, incline plus qu'auparavant à estimer que la convention liant les représentants est un contrat de travail (salarial).

---

(33bis) Lorsque les données objectives s'équilibrent parfaitement, l'intention des parties est peut-être à nouveau décisive; voir C.R. 12 mai 1961, Rspr. S.V., 1961, 114.

(33ter) Voir plus loin, point 98.

(34) Voir également au sujet de cette loi, infra n° 34, sous b.

b) *Directeurs de personnes morales*

En 1907, le législateur considérait que les directeurs de sociétés anonymes étaient des salariés en vertu d'un contrat de travail; il ressort de diverses dispositions de la réglementation applicable aux sociétés anonymes, figurant dans le code de commerce (art. 36 et s.), entièrement remanié par la loi du 2 juillet 1928, Stbl. 216, qu'à cette époque le législateur partageait cet avis. A quelques exceptions près, les auteurs ont également considéré cette opinion comme juste <sup>(35)</sup> <sup>(36)</sup>. La jurisprudence civile s'est de son côté conformée à cette conception. La jurisprudence du Conseil central en matière d'assurance sociale se rallie à ce principe et considère que le directeur d'une société anonyme est un travailleur au sens de l'article 1636, a du code civil; mais, depuis 1932 <sup>(37)</sup>, elle y a constamment fait une exception en refusant cette qualité à un directeur qui, possédant lui-même (le cas échéant, conjointement avec de proches parents) la majorité des actions, et étant dès lors en mesure d'exercer une influence prédominante sur la société anonyme, n'est pas soumis à l'autorité d'une autre personne, si bien que l'élément de subordination fait défaut <sup>(38)</sup>. La Haute Cour, statuant dans des affaires fiscales, a rejeté cette exception comme étant erronée, parce qu'elle méconnaît la signification de la personnalité juridique distincte de la société anonyme <sup>(9)</sup>.

En ce qui concerne les membres des conseils de surveillance rémunérés de sociétés anonymes, la conception selon laquelle les règles du contrat de travail ne sont pas applicables à davantage de partisans que l'avis contraire; cependant, ceci est surtout un problème théorique du droit positif des sociétés anonymes, de sorte qu'il n'est point besoin de l'approfondir dans la présente étude.

Les dirigeants rétribués d'associations ont suscité des divergences de vues analogues à celles qui existent au sujet des directeurs de

(35) Voir un aperçu dans Van der Heijden-Van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze Vennootschap naar Nederlands recht*, 6<sup>e</sup> éd., 1955, n<sup>o</sup> 244. C'est F. J. W. Löwensteyn qui, dans sa thèse intitulée *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging in de naamloze vennootschap*. Prft. Amsterdam 1959, se fondant sur les pouvoirs administratifs exclusifs des directeurs, que la Haute Cour, dans son arrêt du 21 janvier 1955, H.R. 21 janvier 1955, N.J. 1959, 43, avait admis sous un rapport tout à fait différent (à savoir le pouvoir de racheter les actions de la société, pouvoir que l'assemblée générale des actionnaires n'a pas le droit d'informer), soutient que le lien de subordination caractérisant un contrat de travail fait donc défaut.

(36) Une réserve est toujours formulée pour le cas d'une société anonyme chargée de la direction d'une autre société anonyme; en effet, une personne morale ne peut être un travailleur au sens de la loi; voir retro note 10.

(37) C.R. 26 mai 1932, A.R.B., 1932, 674.

(38) Sur cette jurisprudence, notamment F. J. M. Cerutti in E. H. Nuver, *Uitspraken inzake de sociale verzekeringen*, 1958, p. 202 et s.

(39) Voir H.R. 7 février 1940, N.J. 1940, 180; H.R. 4 novembre 1942, A.R.B. 1943, 343; H.R. 8 décembre 1943, B.B. 7745.

sociétés anonymes. Dans les milieux syndicaux des travailleurs prédomine l'opinion, justifiée à mon sens, selon laquelle la situation juridique de ces dirigeants est celle qui résulte d'un contrat de travail.

c) *Travail effectué pour des communautés confessionnelles et religieuses*

Il a déjà été indiqué plus haut <sup>(40)</sup> qu'à l'origine le Conseil central a dénié à tort le caractère d'un travail aux activités exercées en vue de satisfaire aux exigences d'un culte. Par la suite, pour prouver l'absence d'un contrat liant les ministres protestants et les évangélistes, on a plutôt mis l'accent sur le fait que leurs activités dont la nature est principalement religieuse, ne sauraient faire l'objet d'un contrat de travail, parce que l'exercice des activités de ce genre est impossible si l'intéressé se trouve dans un état de subordination. Ce point de vue est devenu la jurisprudence constante du Conseil central <sup>(41)</sup>. Dans les rares cas ayant fait l'objet d'une décision juridictionnelle, le juge civil, partant d'une analyse plus réaliste du contenu des obligations, a estimé que l'élément de subordination n'existe pas vis-à-vis du ministre d'une communauté confessionnelle protestante <sup>(42)</sup>. En revanche, il a décidé qu'un chantre, en même temps catéchiste et boucher rituel d'une communauté israélite était un salarié <sup>(43)</sup>, alors que l'avis du Conseil central est sans doute un peu plus incertain <sup>(44)</sup>. Au sujet des marguilliers et des sacristains, le Conseil central a produit une jurisprudence assez riche, dans laquelle un contrat de travail est estimé tantôt présent tantôt absent, selon les diverses modalités du règlement concret de leurs obligations; la Haute Cour admet elle aussi l'existence possible des deux situations <sup>(45)</sup>. On est généralement d'avis que les prêtres catholiques ne sont pas des salariés, mais pour des raisons autres que l'absence de l'élément de subordination; l'autorité exercée par leur supérieur ecclésiastique est fondée sur l'entrée en cléricature et non sur un contrat visant à la prestation d'un travail, et implique aussi plus qu'une subordination dans leur travail; ils ne reçoivent aucun salaire en contrepartie, mais sont entretenus par la communauté à laquelle ils appartiennent. Cette dernière considération joue également un rôle

(40) Voir point 9, note 9.

(41) Voir par exemple C.R. 14 septembre 1954, A.R.B. 1955, 76; la matière est étudiée en détail, avec indication d'autres jugements, par Cerutti et Nuver, *op. cit.*, p. 210 et s.

(42) Voir Rb. Dordrecht 26 janvier 1916, N.J. 1916, 342; Rb. Winschoten 18 novembre 1925, N.J. 1925, 1288.

(43) Rb. Dordrecht 24 février 1926, N.J. 1926, 843; ce jugement a été confirmé par la Cour de La Haye le 3 juin 1927, W. 11714.

(44) En revanche, un préposé rituel dans une boucherie, qui n'exerçait aucune autre activité culturelle, a été considéré comme ayant passé un contrat de travail; voir C.R. 26 février 1935, A.R.B. 1935, p. 356.

(45) Voir H.R. 30 mars 1955, N.J. 1955, 341.

pour les autres personnes qui entrent dans une communauté religieuse et, de ce fait, reçoivent leur subsistance, sont soumises à une autorité, et accomplissent, d'ordre de cette autorité, un travail qui peut également être fourni en dehors du cadre religieux: enseignement, soins aux malades, oeuvres sociales, voire production de biens, etc. C'est ainsi que les religieux cloîtrés, les religieuses et les frères, les diaconesses (et aussi, selon le Conseil central, les infirmières stagiaires attachées à un hôpital de diaconesses, mais non les infirmières dites en avant-stage) n'exercent pas leur activité en vertu d'un contrat de travail. À l'Armée du Salut existe la même situation de travail et de subordination découlant de l'entrée dans la communauté<sup>(46)</sup>. La subordination au sein de la communauté religieuse peut amener la congrégation à mettre l'intéressé à la disposition d'un tiers (par exemple, un établissement d'enseignement ou un hôpital), qui le fait travailler selon ses instructions; dans ce cas, le tiers exerce sur le travail une autorité au nom de la congrégation et il n'y a pas de contrat de travail<sup>(47)</sup>. Mais dans d'autres cas, il arrive que la congrégation charge l'intéressé de passer lui-même avec un tel établissement une convention relative au travail; dans ce cas, l'autorité a sa source dans ledit contrat, qui est dès lors un contrat de travail nonobstant le fait que le salaire de l'intéressé est remis à la congrégation, et que le supérieur est habilité à mettre fin à la convention<sup>(48)</sup>.

**§ 5. L'ÉLÉMENT «PENDANT UN CERTAIN TEMPS»  
FIGURANT DANS LA DÉFINITION LÉGALE**

21. La définition du contrat de travail, telle qu'elle figure dans l'article 1637, *a* du code civil, précise en outre que le travailleur s'engage à accomplir le travail «pendant un certain temps». Le législateur de 1907 estimait que cette caractéristique devait être incluse dans la définition pour faire nettement ressortir la différence qui existe entre, d'une part, le contrat de travail et, d'autre part, le contrat portant sur la prestation de quelques services, cette dernière étant considérée plutôt comme l'accomplissement d'un acte isolé, l'autre étant au contraire une relation durable. Dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la loi, la jurisprudence a parfois invoqué cette expression pour reconnaître ou dénier à des conventions concrètes la qualité de contrat de travail; par la suite, elle a cessé de le faire.

(46) Voir R. v. B. Amsterdam 30 septembre 1920 A.R.B. 1921, 71.

(47) Exemple récent: C.R. 27 janvier 1960, Rspr. S.V. 1960, 47.

(48) Exemples récents: C.R. 22 mai 1958, Rspr. S.V. 1958, 52; C.R. 3 novembre 1960, Rspr. S.V. 1960, 236.

C'est qu'il est vite apparu, d'une part, qu'un contrat portant sur quelques services comporte parfois une activité de longue durée, (convention passée entre un maître d'ouvrage et un architecte, par exemple), et, d'autre part, qu'un contrat de travail peut fort bien exister même si le travail est accompli de façon discontinue (cas d'un travailleur qui, un jour par semaine, remplace un autre qui a son jour de congé), et également lorsque la durée en elle-même est très courte (contrat de travail couvrant une seule journée, voire quelques heures seulement). Il s'ensuit que l'expression «pendant un certain temps» ne présente aucun intérêt pour la distinction, et qu'il vaut donc mieux considérer qu'elle ne figure pas dans la définition. Par la suite, cette conception a été adoptée unanimement dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Il n'empêche toutefois qu'une certaine continuité est inhérente à la plupart des contrats de travail et que, de ce fait, la durée du travail est de nature à fournir une indication dans certains cas où la présence d'un lien de subordination et, partant, d'un contrat de travail, est douteuse. Le fait que le travail ne demande qu'un temps très court peut porter à croire qu'il n'est pas nécessaire de prévoir des règles plus concrètes à ce sujet, et que, pour cette raison, aucun lien de subordination n'a été stipulé, alors que, s'agissant d'un travail qui implique pendant une longue période une tâche journalière complète, la nécessité de directives précises est plus probable, et qu'un lien de subordination a donc été stipulé. Aussi le Conseil central utilise-t-il parfois, dans certaines relations de fait, cet élément de continuité en tant que critère secondaire <sup>(49)</sup>.

#### § 6. COMBINAISON DU CONTRAT DE TRAVAIL ET D'AUTRES CONVENTIONS ET DÉLIMITATION DU PREMIER PAR RAPPORT AUX AUTRES

22. Les critères positifs du contrat de travail ont été analysés dans les paragraphes précédents. Les dispositions de la loi sur le contrat de travail sont applicables quand ces critères sont présents.

Or, l'une de ces dispositions est contenue dans l'article 1637, e du code civil, dont le premier alinéa est ainsi libellé: «Si une convention contient les éléments caractéristiques d'un contrat de travail et ceux d'une convention d'un autre type, les dispositions relatives au contrat de travail sont applicables tout autant que celles relatives à l'autre type de convention, dont elle contient les éléments caractéristiques;

---

(49) Voir par exemple C.R. 27 octobre 1953, A.R.B. 1954, 40.

en cas d'incompatibilité entre ces diverses dispositions, celles du contrat de travail sont d'application.»

Cet article reconnaît donc, dans sa première partie, que les définitions des divers contrats nommés ne les séparent pas toujours les uns des autres à l'intérieur d'un système fermé, et qu'il se peut donc que certains contrats concrets répondent aux deux définitions. À l'égard d'un tel contrat mixte, qui renferme en tout état de cause les éléments caractérisant le contrat de travail, la loi admet la théorie du cumul ou de la combinaison, et fait prévaloir, en cas d'incompatibilité, les dispositions relatives au contrat de travail (qui visent en effet à assurer une large protection). Dès lors, le problème de la délimitation du contrat de travail par rapport à d'autres conventions présente aux Pays-Bas un intérêt plus théorique que pratique. En droit néerlandais, une convention n'est pas obligatoirement soit un contrat de travail, soit un autre contrat nommé, mais elle peut être les deux à la fois. Si les éléments du contrat de travail sont présents, les dispositions relatives à celui-ci sont de toute façon applicables, même si l'on peut prouver la présence de tous les éléments d'un autre contrat. C'est pourquoi l'ordre de succession approprié en droit néerlandais impose d'abord l'étude de quelques exemples de combinaisons, suivie de l'analyse de quelques nettes distinctions.

A toutes fins utiles, faisons encore remarquer qu'en l'espèce, ce n'est pas la qualification donnée par les partis à leurs conventions, mais l'appréciation des droits et obligations effectivement stipulés qui est déterminante pour la question de savoir si la convention considérée est un contrat de travail, ou, tout au moins, s'il est aussi un tel contrat, quoique, si l'intention des partis de stipuler ou non une obligation déterminée est douteuse, leur propre classification puisse contribuer à constater ladite intention. Ce point de vue est adopté tant par la juridiction ordinaire que par la juridiction administrative, celle-ci pouvant toutefois plus aisément que celle-là démanteler les fictions des partis, grâce aux différences qui existent entre les deux formes de juridiction en matière de procédure et d'administration de la preuve<sup>(50)</sup>.

---

(50) Voir Rb. Bois-le-Duc 2 février 1923, R.B.A. XI, 57 (sur un «représentant»); C.R. 19 juin 1933, A.R.B. 193, 566, R. v. B. Amsterdam 5 avril 1934, A.R.B. 1934, 429; C.R. 14 octobre 1937, A.R.B. 1937, 1080 (il s'agit, dans ces trois affaires, de chauffeurs de taxis qui louaient des voitures appartenant à une entreprise de taxis moyennant un pourcentage déterminé du montant des courses, mais qui travaillaient sous la surveillance et la direction de l'entreprise et qui, en dépit de l'existence des contrats de louage, étaient sensés occupés en vertu d'un contrat de travail); C.R. 17 mars 1953, A.R.B. 1953, 657 (dans ce arrêt, la Cour a admis l'existence d'un contrat de travail pour des équeuteuses qui achetaient les cerises avant l'équeutage et les revendaient ensuite).



*Combinaison en cas de mandat*

23. De l'avis général, la définition que l'article 1829 du Code civil donne du mandat et les dispositions des articles suivants qui règlent cette convention, ne sont pas très claires, parce qu'elles omettent d'établir une distinction suffisante entre la «mission» (relation entre mandant et mandataire) et le «pouvoir» (pouvoir de représentation du mandataire vis-à-vis des tiers). En dépit des incertitudes qui en découlent, on a généralement admis que la mission, à qualifier mandat, de faire des actes juridiques, peut certainement exister en dehors de tout contrat de travail, mais peut également être incluse ou donnée dans le cadre d'un contrat de travail. Et en ce qui concerne le pouvoir de représentation, on estime également que s'il peut exister en l'absence de tout contrat de travail, il peut également se présenter dans toutes sortes de contrats de travail. Citons les fondés de pouvoir, encaisseurs, voyageurs de commerce, vendeurs de magasin, etc., tout autant que les domestiques faisant des achats pour le compte de leur employeur. S'il y a à la fois mandat et contrat de travail, les dispositions du premier alinéa de l'article 1637, e sont d'application; c'est ainsi que prévaut, par exemple, la réglementation spéciale de la compétence juridictionnelle en matière de contrats de travail. Bien que suivant l'article 1851 le mandant demeure habilité à révoquer le mandat même (tant la mission que le pouvoir), on doit, pour la cessation de la relation contractuelle globale, respecter les normes du droit du contrat de travail. Le mandataire peut exercer le droit de rétention, que lui reconnaît l'article 1844, sur les objets appartenant au mandant, détenus par lui jusqu'au règlement du montant intégral de ses créances découlant du mandat (qui n'est pas nécessairement égal à la somme totale qui lui revient en vertu du contrat de travail) <sup>(51)</sup>.

*Combinaison en cas de jouissance d'un logement*

24. La jouissance d'un logement peut non seulement faire l'objet d'un bail, elle peut aussi constituer, en tant que salaire en nature, un des éléments d'un contrat de travail. Il arrive qu'un employeur, propriétaire d'une maison, loue un logement à un travailleur qu'il occupe, cela tout à fait indépendamment du contrat de travail. Des problèmes juridiques se posent toutefois lorsque le contrat de travail oblige l'employeur à mettre un logement à la disposition du travailleur, à la condition que cette jouissance (ou le bail) cesse avec le contrat de travail. Dans ce cas se trouvent réunis les éléments caractérisant le contrat de

---

(51) Voir la Cour de Bois-le-Duc, 10 mars 1931, N.J. 1931, 1445.

travail tout autant que le bail à loyer, et la cessation des deux contrats coïncide suivant les règles qui régissent l'expiration du contrat de travail. Or, la crise du logement sévissant aux Pays-Bas a amené le législateur à protéger les locataires par des mesures (se juxtaposant aux dispositions du code civil relatives au louage) qui sont désormais groupées dans la loi sur les baux à loyer du 13 octobre 1950, Stbl. 452. Les dispositions de l'article 18 de ladite loi stipulent qu'à l'expiration du bail, l'ancien locataire (à moins qu'il ait expressément résilié le bail ou consenti à la cessation de celui-ci) est en droit de conserver la jouissance du bien immeuble (naturellement il est alors tenu aussi de verser une contrepartie). C'est uniquement dans certains cas précisés dans la loi que le propriétaire peut exiger l'évacuation des lieux par le locataire ou l'ancien locataire, cas dans lesquels on pèse concrètement les intérêts réciproques (parmi lesquels la possibilité pour le locataire d'obtenir un autre logement et le besoin urgent pour le propriétaire de disposer de l'immeuble pour son usage personnel). Au cours des débats parlementaires, on a affirmé que ces dispositions protectrices ne s'appliquaient pas à un «logement de fonction», celui-ci ne pouvant faire l'objet d'un bail. Cette thèse a donné naissance à des points de vue divergents dans la juridiction de degré inférieur et dans la littérature. Certains, défendant une large conception de la notion de logement de fonction, ont soutenu (en méconnaissant, selon moi, les dispositions du premier alinéa de l'article 1637, c) que si le contrat est formulé de manière à établir un lien indissoluble entre le contrat de travail et la jouissance de logement, il n'y a pas de bail, et que, dès lors, les dispositions protectrices en matière de location ne sont pas applicables (tel serait notamment le cas si l'employeur avait acheté ou fait construire des logements pour pouvoir attirer des travailleurs, et si le travailleur s'était notamment engagé au service de cet employeur pour obtenir un logement). D'autres, ayant de la notion de logement de fonction une conception plus restreinte, estiment que le logement considéré n'a cette qualité et ne bénéficie de la réglementation protectrice que dans le cas où l'occupant, en vue d'une exécution convenable de sa tâche, doit nécessairement habiter ce logement; citons le logement d'un ouvrier agricole dans l'enclos d'une ferme, la loge de concierge ou de portier, et le logement dépendant d'une boutique, habité par un gérant de succursale<sup>(52)</sup>. Récemment, la Haute Cour a donné un exposé à mon sens exact du problème dans un arrêt important<sup>(53)</sup>, considérant:

(52) Sur la notion d'appartement de fonction, voir notamment les études récentes de C. H. Beekhuis, *Dienstwoningen* dans *Rechtsgeleert Magazijn Themis*, 1958, p. 371 et s.; H. L. Bakels, *De Dienstwoning*, dans *N.J.B.* 1960, p. 865 et s.

(53) H.R. 17 mars 1961, N.J. 1961, 237.

«qu'une convention présentant les caractères d'un contrat de travail mais impliquant en outre l'obligation pour l'employeur de procurer au travailleur la jouissance d'un logement est en général une convention mixte, dont la nature est à la fois celle d'un contrat de travail et celle d'un bail à loyer, dans laquelle il importe peu que la contrepartie fournie par le travailleur en échange de la jouissance du logement soit exprimée en une somme d'argent ou bien soit constituée directement par la prestation de travail, étant donné que le prix du loyer visé à l'article 1584 du code civil n'est pas nécessairement une somme d'argent, mais peut consister totalement ou partiellement en d'autres prestations;

qu'une appréciation différente ne s'impose que si l'employeur attribue au travailleur un logement déterminé en vue de la nature du travail à exécuter par celui-ci, et si l'occupation de ce logement compte donc parmi les obligations découlant pour le travailleur de son contrat de travail; qu'en effet, l'octroi par l'employeur de la jouissance du logement considéré et l'acceptation de cette jouissance par le travailleur ne présente pas, dans ce cas, les caractères du bail à loyer;

qu'aux termes de l'article 1637, c une convention qui est à la fois un contrat de travail et un bail à loyer est soumise à la fois aux dispositions légales relatives au contrat de travail et à celles concernant le bail à loyer, et qu'il n'existe aucune raison de juger différemment en ce qui concerne les dispositions de la loi sur les baux à loyer, dans la mesure où ces dispositions ne sont pas incompatibles avec les dispositions relatives au contrat de travail, ce qui n'est pas le cas pour la réglementation protégeant les locataires...

... que les occupants des logements (visés dans le deuxième considérant précité) ... ne peuvent donc être admis à bénéficier de la réglementation protégeant les locataires, mais que dans tous autres cas où le contrat de travail expire en même temps que le bail à loyer qui y est lié, les dispositions de l'article 18 de la loi sur les baux à loyer sont applicables et que, par conséquent, le juge saisi par le bailleur-employeur d'une action en évacuation des lieux est tenu d'examiner si ce dernier a un besoin tellement urgent du bien immeuble pour son propre usage — consistant en l'espèce à mettre le bien, conformément à la destination qu'il lui a donnée, à la disposition d'un autre travailleur — que, compte tenu en toute équité des intérêts et besoins définis par la loi, on

ne saurait exiger de lui qu'il continue de laisser à son ancien locataire-salarié la jouissance de ce bien.»

*Combinaison avec le louage ou le prêt à usage de moyens de travail ou de biens à l'usage personnel du travailleur (autres que logement)*

25. Lorsque les biens remis au travailleur à son usage pour la durée du contrat de travail donnent lieu à une imputation sur son salaire (autorisée uniquement dans les cas prévus à l'article 1637, p du Code civil), on est par le fait en présence de la combinaison d'un contrat de travail et d'un bail; si les biens lui sont fournis gratuitement à son usage, on est en présence de la combinaison d'un contrat de travail avec un prêt à usage. Ces cas ne soulèvent aucune difficulté juridique.

*Contrat de travail et contrat de société*

26. Dans un contrat de société (article 1655 et s. du code civil), notamment dans sa forme particulière de société en nom collectif (article 16 et s. du code de commerce) deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun en vue de partager le profit qui en résulte. L'apport peut consister en un apport d'industrie. Il y a donc collaboration. Mais, bien que le contrat puisse prévoir une répartition inégale des pouvoirs en matière de gestion et de disposition, de même que des activités effectives, ces différences possibles de position n'impliquent pas l'exercice d'une autorité par un associé sur l'autre, celui-ci étant dès lors tenu de se conformer dans son activité aux ordres du premier. Ces contrats sont des contrats de coopération établis sur une base d'égalité et non de subordination. Par suite de cette différence, un contrat d'association ne peut se combiner avec un contrat de travail; il est vrai que, dans les situations de fait, la qualification est parfois difficile.

Le fait qu'un travailleur participe, en vertu du contrat, aux bénéfices ou aux profits de l'entreprise ne suffit pas à transformer son contrat en un contrat de société; une telle participation aux bénéfices est parfaitement compatible avec un contrat de travail. Mais si, en vertu du contrat, l'intéressé participe également aux pertes éventuelles, on conclut à l'absence d'un contrat de travail, parce que l'élément de salaire fait défaut<sup>(54)</sup>.

La possibilité pour les travailleurs d'exercer, par l'intermédiaire d'une représentation, une certaine influence sur la marche des affaires

---

(54) Voir retro, point 16.

d'une entreprise ne les transforme pas pour autant en participants au sens de compagnons ou d'associés; en effet, cette circonstance ne les met pas personnellement sur un pied d'égalité absolue avec l'employeur, mais ils lui demeurent subordonnés.

### *Contrat de travail et contrat d'entreprise*

27. Un contrat de travail moyen et un contrat d'entreprise moyen sont très disparates sur le plan social. Mais, dans certains cas, on ne peut guère les distinguer à cet égard. La question de savoir, si, du point de vue juridique, ces deux contrats s'excluent de façon obligatoire et totale, ou bien s'ils peuvent parfois se combiner conserve donc son intérêt.

Sous le point 7 figure la définition légale du contrat d'entreprise, au sujet de laquelle il a été observé que le critère principal réside dans le fait que la rétribution versée en échange de l'ouvrage est subordonnée à la réalisation de celui-ci. Dans le contrat de travail, le critère essentiel est celui du lien de subordination. Les autres éléments essentiels, à savoir le travail et la rétribution, sont communs aux deux contrats.

Certains auteurs néerlandais (dont je partage les vues) estiment que les critères essentiels des deux contrats, qui sont différents les uns des autres, ne s'excluent pas nécessairement, que les contrats ne sont donc pas toujours complémentaires et que, dès lors, la combinaison des deux contrats n'est en principe pas impossible. Citons à titre d'exemples: un ouvrier agricole s'engage à arracher des betteraves sur une étendue d'un hectare sous la surveillance du fermier, moyennant une somme fixée au préalable, ou un ouvrier peintre effectue sous la direction d'un patron la peinture d'un logement moyennant une somme déterminée; dans ces cas, tous les éléments des deux contrats se trouvent réunis. Il y a aussi le cas de l'ouvrier industriel rétribué à la semaine et qui s'engage successivement à fournir toute une série d'ouvrages.

Selon d'autres auteurs, dès lors que le donneur d'ouvrage se borne à stipuler dans le contrat d'entreprise la fourniture d'un ouvrage déterminé, l'exercice d'une autorité est exclue, de sorte que s'il y a exercice d'une autorité, on n'est pas en présence d'un contrat d'entreprise.

Dans cette controverse, il y a notamment lieu de tenir compte des dispositions du deuxième alinéa de l'article 1637, c du code civil, dont voici la teneur:

«Si un contrat d'entreprise a été suivi, fût-ce à certains intervalles, de plusieurs conventions analogues, ou si, au moment de conclure un contrat d'entreprise, les parties entendent manifestement conclure plusieurs contrats de ce genre, de façon que les divers contrats d'entreprise passés peuvent globalement être considérés comme un contrat de travail, les dispositions relatives au contrat de travail sont applicables tant à l'ensemble de ces contrats qu'à chacun d'eux pris isolément, à l'exception des dispositions prévues à la section VI du présent titre (contrat d'entreprise - M.G.L.). Si toutefois, en pareil cas, le premier contrat a été conclu à titre d'essai, celui-ci est sensé conserver sa nature de contrat d'entreprise, et les dispositions de la section VI lui sont applicables.»

Les auteurs selon lesquels la combinaison est possible font valoir que ledit article présuppose précisément la possibilité d'une combinaison, et qu'il n'aurait donc aucun sens si la thèse contraire était exacte. L'article maintient alors l'applicabilité des dispositions du premier alinéa de l'article 1637, c, étudiées sous le point 22 (cumul des dispositions relatives aux deux types de contrat et, en cas d'incompatibilité, prééminence de celles qui régissent le contrat de travail), si la combinaison se rapporte à l'exécution, sous la direction d'un autre, d'un seul ouvrage important (exemples de l'arrachage des betteraves et de la peinture), alors que les seules dispositions relatives au contrat de travail sont applicables à l'accomplissement, au service d'un autre, d'un travail en série moyennant un salaire aux pièces en dépit du fait que les conventions passées pour chacune des opérations isolément pourraient être considérées comme des contrats d'entreprise, cela à l'exception de la première opération si celle-ci est accomplie à titre d'essai.

Ceux qui soutiennent la thèse selon laquelle le contrat de travail et le contrat d'entreprise s'excluent obligatoirement, admettent que les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1637, c sont en fait superflues, mais estiment qu'elles permettent au juge de percer la véritable nature de certains prétendus contrats d'entreprise lorsqu'il existe en réalité un lien de subordination. L'argument selon lequel ces dispositions visent uniquement à faire obstacle aux infractions peut dans une certaine mesure s'appuyer sur l'exposé des motifs. Mais la Haute Cour subordonne l'applicabilité des dispositions du deuxième alinéa de l'article 1639, c à l'administration effective de la preuve du lien de subordination <sup>(55)</sup>.

---

(55) H.R. 24 juin 1955, N.J. 1955, 647.

*Contrat de travail et contrat portant sur la prestation de quelques services*

28. Il ressort de la définition du contrat portant sur la prestation de quelques services, analysée au § 1, point 8, qu'un tel contrat ne peut jamais se combiner avec un contrat de travail. En effet, la définition légale du contrat de prestations de service est surtout négative, le législateur ayant classé dans les contrats de ce type tous ceux qu'il n'a pas pu ranger dans les autres, c'est-à-dire ceux qui, étant des contrats portant sur la prestation d'un travail moyennant une rémunération, ne sont ni des contrats de travail ni des contrats d'entreprise.

§ 7. UNIVERSALITÉ DE LA RÉGLEMENTATION LÉGALE ET DIFFÉRENCIATIONS

29. La loi de 1907 a introduit, pour le contrat de travail, une réglementation de portée générale. Sauf quelques dérogations qui seront étudiées ci-dessous, les dispositions s'appliquent à toutes les personnes qui, moyennant un salaire, travaillent au service d'autres, peu importe le nom ou le titre donnés ordinairement aux cocontractants ou à l'emploi, et peu importe la nature de la fonction remplie dans la vie sociale.

Il est vrai qu'au cours des débats parlementaires, il fut suggéré d'établir une distinction entre la grosse et la petite industrie, ou entre le travail intellectuel et manuel, ou encore de créer une réglementation spéciale à l'intention de l'agriculture, des domestiques et de quelques autres secteurs. On parla d'une «uniformité mortelle», et un député se demanda «comment on a pu en arriver dans ce projet de loi à considérer comme appartenant à une même catégorie de travailleurs les dockers et les bonnes d'enfants, les directeurs d'importantes sociétés anonymes et les portiers d'usine, les instituteurs et les cuisinières, les mineurs et les ballerines, les journalistes et les nourrices, etc.»<sup>(56)</sup>.

Le gouvernement a défendu avec fermeté la portée générale du projet et n'a d'ailleurs eu aucune difficulté à faire triompher son point de vue. La principale considération ayant conduit à une réglementation de portée générale était l'avantage pratique qui s'y rattachait. «Si l'on entend mettre sur pied une réglementation ne s'appliquant qu'à une catégorie déterminée de travailleurs, ou diverses réglementations applicables aux différentes catégories de travailleurs, il faut procéder à des délimitations. Certes, cela est très facile en théorie. Dans la vie cou-

---

(56) Regout à la Première Chambre, séance du 27 juin 1907, cité par Bles, *op. cit.*, I, p. 159.

rante, il est question de domestiques, valets de ferme, ouvriers de métier, ouvriers d'usine, contremaîtres, employés de bureau, clerks, comptables, fonctionnaires, artistes, gouvernantes, vendeuses de magasin, etc. Mais, compte tenu des différences sur le plan des conséquences juridiques, il est autrement difficile de définir ces catégories avec une telle précision, de les déterminer avec une rigueur telle que la pratique et la juridiction puissent s'y référer en toute confiance» (57).

L'existence de plusieurs réglementations risquerait de provoquer une multitude de procès visant à faire trancher la question de savoir quelle est la réglementation applicable aux différents cas d'espèce, sans que cet inconvénient soit compensé par des avantages sociaux; en effet, la loi ne constitue qu'un minimum. En outre, quelles sont les catégories devant bénéficier de réglementations différentes et où cette différenciation doit-elle s'arrêter?

À ces arguments juridiques d'ordre pratique viennent s'ajouter d'abord l'argument d'ordre dogmatique selon lequel la différenciation des objets du travail ne modifierait pas la nature du contrat, puis l'argument éthique en vertu duquel on voulait éviter de donner prise à l'idée d'une législation de classe.

Ces deux derniers arguments ne présentent qu'un intérêt historique, mais les arguments d'ordre pratique demeurent valables, si bien que, de nos jours encore, les juristes néerlandais considèrent comme un grand avantage le fait que nos réglementations légales ont une portée générale.

Les situations de fait en matière de travail accusent évidemment des différences sensibles. Celles-ci ne doivent toutefois pas s'incrimer dans les principes fondamentaux du contrat civil, qui ne représentent de toute façon qu'un minimum, mais elles peuvent être spécifiées dans les contrats individuels concrets passés sur la base du texte légal (qui prévoit du reste pas mal de dispositions non absolument impératives), et dans des conventions collectives. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit sur une grande échelle dans la vie juridique néerlandaise.

30. La loi de 1907 a donc édicté une réglementation de portée générale, mais ce principe n'a pas été rigoureusement observé. L'uniformité légale de portée générale comporte quelques restrictions.

Premièrement, par la volonté expresse du législateur, les dispositions du titre VII A du livre III du code civil ne sont en général pas

---

(57) Exposé des motifs, voir Bles, *op. cit.*, p. 137 et s.



applicables à certaines catégories. En revanche, dans la mesure où la convention conclue est tout de même, par définition, un contrat de travail, les autres dispositions du droit civil en matière de contrat de travail (notamment celles de l'article 1195, 3°, du code civil, relatives au caractère privilégié de la créance de salaire, des articles 2005 et 2006 du code civil, relatives à la prescription de la créance de salaire, de l'article 39, 3° de la loi sur l'organisation judiciaire, relatives à la compétence judiciaire, et des articles 125, *a* et suivants du code de procédure civile, relatives à la procédure simplifiée) sont applicables le cas échéant. Font partie de ces catégories les agents publics, les cheminots et les apprentis avec lesquels a été passé un contrat conformément aux dispositions de la loi sur l'enseignement professionnel.

Il existe en outre quelques types de contrats de travail qui, tout en relevant d'une manière générale de la loi sur le contrat de travail, font en outre l'objet d'un certain nombre plus ou moins grand de dispositions particulières, s'écartant de la réglementation générale, qui figurent dans le code de commerce. Ce sont le contrat de travail maritime, les contrats liant les voyageurs de commerce, ainsi que ceux intéressant les directeurs et les membres des conseils de surveillance des sociétés anonymes.

Enfin, pour l'application de certaines règles, on distingue, dans le cadre des articles 1637 et 1639, *x*, les travailleurs mineurs d'âge et majeurs, les travailleurs habitant sous le toit de leur employeur et ceux qui n'habitent pas chez lui, et les travailleurs dont le salaire est inférieur ou supérieur à un plafond déterminé.

Ces diverses sortes de différenciations sont étudiées séparément sous les points suivants.

#### *Agents des services publics* (85)

31. À l'époque de l'entrée en vigueur de la loi sur le contrat de travail, la doctrine était très divisée sur la nature juridique des relations qui existent entre les diverses administrations (État, province, commune, *wateringue* [district d'administration des digues et des eaux], etc.) et leur personnel de composition très disparate (administrateurs qui représentent l'autorité et décident de la conduite à suivre, leurs auxiliaires, employés et commis, travailleurs manuels occupés dans les entreprises et services, instituteurs, etc., etc.). Il n'y avait guère de règle-

---

(58) Sur ce sujet, voir les publications récentes ci-après: *Rapport van de Staatscommissie van Advies inzake de Status van de Ambtenaren*, 1958; H. J. M. Jeukens, *Burgerlijke openbare dienst*, thèse, Leyde, 1959.

ments de droit positif, et ceux qui existaient étaient loin d'être uniformes; mais on envisageait l'élaboration d'une loi spéciale relative à la situation juridique de ces personnes. On ne voulait pas que la loi sur le contrat de travail préjugeât cette dernière. C'est pourquoi l'article 1637, z du code civil précise que les dispositions «de ce titre» (c'est-à-dire les règles juridiques matérielles relatives au contrat de travail, contenues dans les articles 1637 et 1639, x) ne sont pas applicables aux personnes travaillant au service des divers organismes de droit public, sauf stipulation contraire intervenue avant l'entrée en fonctions, soit du fait ou au nom des parties, soit en vertu d'une loi ou d'un arrêté.

La controverse sur la nature juridique de la relation de travail des agents publics et sur les distinctions à établir éventuellement s'est poursuivie pendant un certain temps. La loi générale portant statut juridique s'est encore fait attendre de nombreuses années. Dans les années vingt, la Haute Cour a exposé dans une série d'arrêts la conception, devenue prédominante, selon laquelle la relation qui existe entre une administration et un fonctionnaire est une relation de droit public et n'est donc aucunement fondée sur un contrat synallagmatique obligatoire au sens du code civil, en sorte que, ne fût-ce que pour cette raison, les dispositions introduites par la loi sur le contrat de travail ne sauraient être applicables<sup>(59)</sup>. Une incertitude subsistait encore quant à la portée de la notion de fonctionnaire. Finalement, la loi sur les fonctionnaires du 12 décembre 1929, Stbl. 530, a édicté une réglementation générale.

Cette loi règle la relation entre le fonctionnaire et l'organisme de droit public en la considérant comme une relation de droit public, à laquelle les règles de droit privé ne sont pas applicables. La qualité de fonctionnaire ou de non-fonctionnaire au sens de cette loi est déterminée au moyen d'un critère formel, et non suivant la nature de la fonction (ainsi les personnes qui, dans la vie courante, seraient appelées «ouvriers» ou «employés», peuvent être des fonctionnaires au sens juridique et, conformément à l'intention du législateur, le sont d'ailleurs le plus souvent, tandis que des agents administratifs «authentiques» peuvent ne pas être des fonctionnaires au sens de la loi). En effet, l'article 1 de la loi sur les fonctionnaires dit: 1°) Est fonctionnaire au sens de la présente loi toute personne engagée dans l'administration publique et appelée à exercer une activité dans ce pays. 2°) Font partie de l'administration publique tous les services et établissements gérés

(59) H.R. 29 janvier 1926, N.J. 1926, 231; H.R. 25 juin 1926, N.J. 1926, 1231; H.R. 25 mars 1927, N.J. 1927, 385.

par l'État et les organismes publics. 3°) Ne sont pas fonctionnaires au sens de la présente loi les personnes avec lesquelles a été conclu un contrat de travail de droit civil.

Du point de vue juridique, les agents publics sont donc soit des «fonctionnaires», soit des «contractuels», selon les modalités formelles de leur entrée en fonctions. En engageant une personne, l'organisme public a apparemment le libre choix entre deux possibilités: l'engager «en qualité de fonctionnaire» ou bien «conclure avec elle un contrat de travail de droit civil». Les règlements d'application de la loi sur les fonctionnaires, élaborés ultérieurement, restreignent toutefois le pouvoir d'engager des personnes «sur la base d'un contrat de travail». L'arrêté du 3 août 1931 relatif aux contrats de travail, Stbl. 354, fondé sur l'article 134 de la loi sur les fonctionnaires, stipule que l'État n'est autorisé à engager des personnes sur la base d'un contrat de travail de droit civil que dans les mines d'État et, en ordre principal, pour toutes sortes de fonctions et emplois temporaires, provisoires, accessoires ou appelés à disparaître; les définitions sont d'ailleurs assez élastiques et, peu après la libération, les contractuels étaient même plus nombreux que les fonctionnaires.

Mais, aux termes de l'article 1637, *z* du code civil, lorsqu'une personne travaille dans une administration sur la base d'un contrat de travail de droit privé, les articles 1637 et 1639, *x* du code civil ne sont applicables que s'ils ont été préalablement déclarés d'application. Cependant (comme pour d'autres contrats), ces déclarations de volonté peuvent résulter d'un accord tacite et être déduites des comportements des parties<sup>(60)</sup>. Si les dispositions du code civil n'ont pas été déclarées d'application, elles ne sont pas applicables. Lorsque, dans ce cas, rien n'a par ailleurs été réglé ou convenu (il en est parfois ainsi pour des personnes travaillant au service d'organismes de niveau inférieur), les conséquences juridiques doivent être tirées du droit général des contrats (les dispositions du titre VII A pouvant tout au plus, pour des raisons d'équité, être appliquées par analogie). Mais, le plus souvent, des règles explicites sont prévues. Et celles-ci peuvent certainement s'écarter de celles qui figurent dans les articles 1637 à 1639, *x* du code civil; de plus — à l'inverse du cas où l'employeur n'est pas un organisme public — on peut déroger aux dispositions impératives de cette série d'articles<sup>(61)</sup>.

(60) Voir H.R. 8 décembre 1932, N.J. 1933, 287; il s'agissait d'un mineur se trouvant au service des mines d'État, avec lequel rien n'avait été expressément convenu à ce sujet, mais qui était supposé avoir passé un contrat suivant le code civil, exactement comme les autres mineurs.

(61) Voir H.R. 9 avril 1931, N.J. 1931, 1494 concernant une femme de charge occupée par la commune d'Amsterdam.

Quant aux contractuels travaillant au service de l'État (à l'exception du personnel des mines d'État, auquel le code civil s'applique désormais normalement), l'arrêté précité de 1931, relatif aux contrats de travail, édicte des règles (celles-ci, lors de l'entrée en service, devenant donc par adhésion le contenu du contrat de travail) qui déclarent d'application un petit nombre des articles du titre VII A; par ailleurs, un rapprochement sensible s'est progressivement opéré avec les règles matérielles applicables aux fonctionnaires de l'État, telles qu'elles figurent notamment dans le règlement général des fonctionnaires d'État du 12 juin 1931, Stbl. 248 (modifié à plusieurs reprises), qui s'appuie sur l'article 125 de la loi sur les fonctionnaires.

Il est encore à noter que l'applicabilité des lois de sécurité sociale aux agents publics est subordonnée à divers critères ne correspondant pas à ceux qui sont exposés ci-dessus.

### *Cheminots* (62)

32. Après la grève des chemins de fer intervenue au début de 1903, et en vertu de l'arrêté royal du 7 avril 1903, Stbl. 96, il a été inséré dans le règlement général de service des chemins de fer, fondé sur la loi de 1875 relative aux chemins de fer, une disposition selon laquelle les conditions de travail des cheminots devaient être précisées dans un règlement des conditions du service soumis à l'approbation du ministre dont relèvent les chemins de fer (actuellement le ministre des transports et du Waterstaat). De plus, l'article II des dispositions transitoires de la loi de 1907 sur le contrat de travail stipule que, jusqu'à la mise en vigueur d'autres dispositions légales, quant aux points faisant l'objet d'un règlement des conditions du service, les dispositions dudit règlement s'appliquent en se substituant à celles des articles 1637 à 1639, x du code civil. Une réglementation légale plus précise n'a jamais été arrêtée.

Le règlement des conditions du service règle, pour autant qu'ils intéressent les chemins de fer, les points visés aux dispositions des articles correspondants du code civil, mais d'autres points sont peu à peu venus s'y ajouter. Surtout depuis l'institution, en 1926, d'un comité d'entreprise, dont les membres sont désignés par les organisations syndicales des cheminots, et que la direction est tenue de consulter au sujet du règlement des conditions du service, celui-ci a perdu son caractère de règlement imposé unilatéralement par la direction comme cela se faisait au XIX<sup>e</sup> siècle (aussi, pour des raisons de protection,

---

(62) Voir Molenaar, *Arbeidsrecht* II A, 1957, p. 679 et s.

est-il soumis depuis 1903 à l'approbation ministérielle), et présente une certaine analogie avec une convention collective de travail.

La jurisprudence infère du texte de l'article II précité des dispositions transitoires que le règlement des conditions du service ne précise pas les conditions auxquelles la compagnie des chemins de fer est disposée à conclure le contrat de travail, et qui, par suite du consentement du travailleur, deviennent le contenu du contrat, mais qu'il joue vis-à-vis du contrat de travail conclu le même rôle normatif que les dispositions correspondantes du code civil à l'égard des contrats de travail en général (63). On en conclut alors qu'une modification apportée par la direction au règlement des conditions du service (après consultation du comité d'entreprise et sous réserve de l'approbation ministérielle) est valable vis-à-vis du travailleur individuel, même à défaut du consentement personnel de ce dernier (64). Cette opinion est toutefois contestée par certains auteurs (65).

Sous l'angle du droit purement individualiste des contrats, cette contestation paraît assez fondée; dans une optique réaliste et moderne, on peut maintenant considérer ce règlement des conditions du service comme une réglementation collective entourée de garanties sociales convenables, analogue à une convention collective; il convient dès lors que l'effet produit à l'égard des contrats de travail individuels soit impératif.

### *Contrat d'apprentissage*

33. Il a déjà été indiqué sous le point 14 que les articles 1637 à 1639 z du code civil ne s'appliquent pas à un contrat d'apprentissage au sens de la loi de 1919 sur l'enseignement professionnel.

Lors de la publication de cette loi, qui pose des règles générales régissant la formation professionnelle à subventionner par les pouvoirs publics, les établissements d'enseignement technique étaient réputés jouer un rôle essentiel sur le plan social. L'apprentissage dans le cadre des entreprises était plutôt considéré comme une formation complémentaire, indispensable dans les cas et localités où il n'y avait pas d'enseignement scolaire. Dans ce dernier cas, on entendait également favoriser cette formation en prévoyant des possibilités de subvention. Dès avant la seconde guerre mondiale, mais surtout depuis celle-ci,

(63) Voir H.R. 25 mars 1927, N.J. 1927, 412.

(64) Voir Rb. Utrecht 21 septembre 1928, N.J. 1940, 133, confirmé par la Cour d'Amsterdam le 4 avril 1940, N.J. 1940, 970.

(65) Voir la note de E. M. Meijers sous l'arrêt mentionné dans la note 63; Kamphuisen, *op. cit.*, p. 79.

l'apprentissage dans les entreprises a connu un grand développement, tant sous forme de continuation de la formation professionnelle donnée dans les écoles qu'en combinaison avec l'enseignement que les écoles professionnelles de l'industrie dispensent, tantôt sous forme de cours du jour, un jour par semaine, tantôt sous forme de cours du soir. Le système d'apprentissage réglementé par la loi sur l'enseignement professionnel joue un grand rôle dans de nombreuses branches d'activité. Il comporte l'organisation, par les soins de centres nationaux d'enseignement, créés spécialement à cet effet dans la branche d'activité, et d'organismes régionaux coopérant avec les pouvoirs publics, du programme de la formation, des examens et de la délivrance des diplômes, et contrôle de la formation. Un contrat d'apprentissage au sens de la loi (dont la durée est toujours de plusieurs années) est conclu sous les auspices du centre de formation entre le représentant légal (parent ou tuteur) de l'apprenti et le patron, ce dernier s'engageant à donner la formation pratique dans son entreprise. C'est le centre de formation qui encaisse éventuellement l'argent dû par l'apprenti pour l'enseignement et qui verse une indemnité au patron. Comme il a déjà été indiqué, la loi exclut expressément, dans le sixième alinéa de son article 39, l'applicabilité des articles 1637 à 1639, x. La loi sur l'enseignement professionnel énonce par ailleurs des règles relatives à la fixation d'un certain nombre de droits et obligations du patron et de l'apprenti, ainsi qu'à l'expiration du contrat d'apprentissage; certaines de ces règles sont identiques à celles du code civil, alors que d'autres s'en écartent.

C'est que, dans l'esprit du législateur, le contrat d'apprentissage était une convention autre qu'un contrat de travail<sup>(66)</sup>. Cependant, l'évolution ultérieure s'est orientée dans un sens différent de celui qu'imaginait le législateur. Les organisations des employeurs et des travailleurs, qui ont été amenées à prendre conjointement en charge le centre de formation dans la branche d'activité, insèrent souvent dans la convention collective passée entre elles des dispositions qui intéressent les apprentis<sup>(67)</sup>, ou rattachent toute la réglementation de l'apprentissage en annexe à la convention collective. En outre, il arrive de plus en plus fréquemment que le jeune pour lequel est conclu un contrat d'apprentissage en conformité de la loi sur l'enseignement professionnel, était déjà titulaire d'un emploi en vertu d'un contrat de

(66) Un jugement similaire a été rendu par Ktg. Nijmegen 9 août 1957, N.J. 1958, 188.

(67) Il convient toutefois de rappeler qu'aux termes de la loi de 1927 une convention collective peut couvrir non seulement des contrats de travail mais aussi des contrats portant sur la prestation de quelques services.

travail, ou qu'un contrat de travail est expressément conclu avec lui en même temps qu'un contrat d'apprentissage. Par ailleurs, même en l'absence d'un contrat de travail, l'apprenti fournit ordinairement pendant la formation pratique (tout au moins lorsque celle-ci est déjà un peu avancée) un travail productif au profit du patron sous la direction de celui-ci, qui le rétribue aussi en conséquence, de sorte que tous les éléments d'un contrat de travail sont tout de même présents.

La plupart du temps, le contrat d'apprentissage se combine donc dans la pratique avec un contrat de travail. Étant donné que la loi sur l'enseignement professionnel est *postérieure* à la loi sur le contrat de travail, l'article 39, alinéa 6, de la première de ces deux lois prévaut sur l'article 1637, c du code civil traitant des cumuls, et les articles 1637 à 1639, z ne sont donc pas applicables. Mais les autres dispositions de notre législation, où la notion de contrat de travail joue un rôle décisif, et partant celles de la loi sur les conventions collectives de travail, de l'arrêté extraordinaire sur les relations de travail<sup>(68)</sup> et, notamment, celles de diverses lois de l'assurance sociale demeurent applicables, comme il a déjà été indiqué sous le point 14, b<sup>(69)</sup>.

*Contrats de travail auxquels s'appliquent des dispositions complémentaires contenues dans le code de commerce*

a) *Gens de mer*

34. Comme il a déjà été indiqué sous le point 1, une réglementation spéciale des contrats d'engagement maritime avait été prévue en 1838 dans le code de commerce. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur a stipulé en 1907, dans l'article 1637, z du code civil, que les dispositions de ce titre ne s'appliquaient pas à ces contrats de travail réglementés par le code de commerce. Bien que ces règles du code de commerce de 1838 fussent bien plus détaillées que celles qui figuraient à la même époque dans les articles du code civil traitant du louage des domestiques et ouvriers, et que, de ce fait, l'incertitude juridique du contrat d'engagement maritime fût bien moins grande, ces règles fondées sur les conditions de la navigation à voile des siècles passés avaient peu à peu vieilli; elles apparaissaient sans doute très démodées à l'époque de la navigation à vapeur et, à coup sûr, au XX<sup>e</sup> siècle<sup>(70)</sup>.

(68) Sinon (à tort) le jugement cité dans la note 66.

(69) Voir sur l'apprentissage, Molenaar, *Arbeidsrecht II B*, p. 2126 et s.; G. H. J. M. Moerkerk en M. D. van Wolferen, *De opleiding volgens het leerlingstelsel*, dans *S.M.A.*, 1957, p. 672 et s.

(70) Il contenait par exemple des dispositions relatives aux droits des hommes d'équipage mutilés (article 423) ou fait esclaves (articles 432 et s.) à la suite de combats avec les pirates; il accordait en outre un droit exprès à l'insubordination lorsque le capitaine destinait ou affectait le navire à la traite des esclaves, à la piraterie ou à la course irrégulière (article 440).

Une loi portant révision de cette réglementation n'a toutefois vu le jour que le 14 juin 1930, Stbl. 240. Elle a en même temps abrogé la disposition précitée de l'article 1637, z du code civil. C'est que la nouvelle réglementation partait de l'idée qu'il n'y a en général aucune raison de ne pas étendre l'application de la réglementation générale du contrat de travail au contrat d'engagement liant le capitaine et les hommes d'équipage, sous réserve des modifications imposées par les conditions particulières dans lesquelles le travail est exécuté en mer. Ce principe est d'ailleurs explicité dans les nouvelles dispositions du code de commerce, qui précisent que les dispositions du code civil sont applicables au contrat de travail sauf dérogations prévues par le code de commerce (71). Je ne puis évidemment examiner ces dérogations dans la présente étude. La plupart ne s'appliquent qu'au travail des hommes d'équipage proprement dit, c'est-à-dire au travail fourni à bord du navire pour les besoins de la navigation. Ce travail ne peut être exécuté, à moins que les conditions suivantes aient été remplies: conclusion préalable d'un contrat de travail par écrit, qui doit régler de nombreux points énumérés dans la loi; engagement du travailleur, effectué en même temps que la conclusion du contrat de travail ou après celle-ci, par devant un fonctionnaire officiel; inscription de l'intéressé sur le rôle d'équipage du navire (72).

#### b) *Voyageurs de commerce*

La loi du 5 novembre 1936, Stbl. 207, a fait insérer dans le code de commerce un certain nombre de dispositions intéressant les agents commerciaux (art. 75, a à p) et les voyageurs de commerce (art. 75, q à t). La loi donne une définition à peu près identique de l'activité matérielle effective de ces deux catégories d'intermédiaires (à savoir, l'entremise dans la réalisation de certaines conventions entre, d'une part, les personnes que l'intéressé visite régulièrement à cet effet et, d'autre part, son commettant, ou la conclusion de telles conventions au nom et pour le compte du commettant). Ce qui distingue les deux professions, c'est que l'agent commercial agit pour son propre compte, alors que le voyageur de commerce exerce son activité au service d'une autre personne, c'est-à-dire en vertu d'un contrat de travail. La question de

(71) L'article 375, alinéa 1, du code de commerce traite du contrat d'engagement formé entre l'armateur et le capitaine, et l'article 397 de celui passé entre le capitaine et les hommes d'équipage. Il est à noter que le contrat de travail dans la pêche côtière est uniquement régi par les dispositions du code civil (article 375, aliéna 2, et article 452). Il en va de même pour la navigation intérieure (article 787); voir d'ailleurs aussi les articles 753 et 754 anciens du code de commerce, qui contenaient déjà des dispositions dans ce sens.

(72) Sur ce contrat de travail, voir notamment C. J. de Lange, *De Arbeidsvereenkomst voor de zee*, thèse, 1955; Molenaar, *Arbeidsrecht II A*, p. 236 et s.



savoir si l'intéressé travaille effectivement «au service d'un autre» doit être tranchée selon les critères normaux du code civil concernant la présence ou l'absence d'un lien de subordination (73).

En général, les dispositions du contrat de travail sont applicables au contrat du voyageur de commerce, mais le code de commerce édicte une réglementation légèrement différente et un peu plus avantageuse pour le travailleur en ce qui concerne le délai-congé et le calcul de l'indemnité à verser en cas de non-observation de ce délai. Certaines dispositions protectrices, prévues dans le contrat d'agence et relatives aux conditions dans lesquelles la commission est acquise et au ducroire, sont déclarées également applicables aux voyageurs de commerce (les dispositions générales du code civil relatives au contrat de travail ne disent rien à ce sujet).

À l'inverse, la loi stipule que certaines dispositions protectrices de la loi sur le contrat de travail s'appliquent au contrat d'agence (qui n'est donc pas un contrat de travail), ou elle contient un article d'une teneur analogue à celle de la réglementation relative au contrat de travail (il s'agit notamment de la clause interdisant la concurrence, du droit de contrôler les livres et des dispositions relatives à la fin du contrat) (74).

### c) *Directeurs de sociétés anonymes*

La nouvelle réglementation de la société anonyme introduite dans le code de commerce par la loi du 2 juillet 1928, Stbl. 216, qui partait du principe que les directeurs et membres du conseil de surveillance rémunérés concluent un contrat de travail avec la société anonyme (75), comporte cependant sur certains points des dispositions différentes de celles qui s'appliquent en général au contrat de travail.

Premièrement, l'article 47, c du code de commerce stipule que les directeurs de sociétés anonymes sont tenus de «s'acquitter convenablement de la tâche qui leur incombe»; c'est donc là une exigence objective de «travail convenable», alors que l'article 1639 du code civil, visant le travailleur en général, se borne à préciser, d'une manière plus subjective, qu'il est tenu d'«exécuter le travail au mieux de ses capacités» (76).

Deuxièmement, l'article 48, b(50, d) du code de commerce accorde au juge un droit de modération en ce qui concerne l'indemnité légale

(73) Voir retro, point 20 a.

(74) Cette matière a été étudiée dans son ensemble par Molenaar, *Arbeidsrecht II A*, p. 316 et s.; T. J. Dorhout Mees, *Kort begrip van het Nederlandse Handelsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., 1961, p. 294 et s.

(75) Voir retro, point 20 b.

(76) Voir retro, point 50.

éventuellement due à un directeur (membre du conseil de surveillance) pour cause de licenciement en violation des règles. Un tel droit de modération n'existait pas à l'époque dans le droit du contrat de travail; il a cependant été inséré en 1953 dans l'article 1639, r, assorti, il est vrai d'une limite inférieure (égale au montant du salaire de trois mois, fixé en espèces) (77).

De plus, en ce qui concerne les actions fondées sur ce contrat, introduites par les directeurs et les membres des conseils de surveillance, l'article 47, e (51, e) du code de commerce ne maintient les règles particulières de compétence judiciaire et de procédure applicables au contrat de travail que pour les montants ne dépassant pas 500 florins (depuis 1950; auparavant, la limite était de 200 florins), les règles générales normales en matière de compétence et de procédure étant déclarées d'application pour les montants plus élevés.

35. Sous les points 31 à 33 ont été passées en revue diverses catégories de personnes travaillant en régime de subordination et qui, en principe, sont entièrement soustraites à l'application des dispositions matérielles de la loi sur le contrat de travail. Sous le point 34 ont été étudiés des contrats de travail auxquels ces articles du code civil ne sont appliqués qu'en partie, parce que le code de commerce édicte des dispositions plus ou moins dérogoires, qui priment les autres. Il convient maintenant d'examiner quelques distinctions qui sont faites entre diverses catégories de travailleurs dans le cadre de la loi sur le contrat de travail même, c'est-à-dire en vue de l'application non pas de tous les articles du titre VII A, mais de quelques-uns de ces articles seulement. Ces distinctions ne contredisent par l'argument solide, invoqué en faveur du caractère général de la réglementation, selon lequel la subdivision des travailleurs en catégories, si elle paraît assez facile à effectuer dans la vie courante, serait très difficilement réalisable avec la rigueur juridique requise, et ferait naître trop de doutes fâcheux. En effet, les distinctions entre travailleurs, que le texte législatif établit sur certains points, se rattachent à des critères très externes, dont la présence ne saurait guère être contestée, ni susciter des litiges. Ces critères sont en effet les suivants: l'âge, le fait d'être logé sous le toit de l'employeur et un salaire déterminé. Ils seront étudiés ci-dessous dans cet ordre.

---

(77) En 1953, on a simplement oublié de s'assurer s'il n'y avait pas lieu d'adopter également ce minimum pour les directeurs de sociétés anonymes, en supprimant totalement, sur le plan formel, l'exception figurant dans le code du commerce qui avait presque perdu ce caractère.

a) Dans certains articles, la loi établit une distinction entre les travailleurs mineurs d'âge et majeurs (c'est-à-dire âgés de 21 ans au moins ou mariés avant cet âge).

C'est ainsi que le mineur d'âge est bien capable, en général, de conclure lui-même un contrat de travail en tant que travailleur, mais cette capacité comporte encore quelques restrictions (art. 1637, *g* et *h*) <sup>(78)</sup>.

Aux termes de l'article 1637, *s*, il peut être stipulé, sous réserve de certaines garanties, que l'employeur versera à une caisse d'épargne, en faveur d'un travailleur mineur d'âge, une partie du salaire de celui-ci. (On envisage aux Pays-Bas de mettre sur pied une disposition analogue pour les travailleurs majeurs.)

Une clause interdisant la concurrence <sup>(79)</sup> ne peut être convenue qu'avec des travailleurs majeurs (article 1637, *x*).

L'employeur est tenu d'organiser le travail de façon à permettre au travailleur mineur d'âge de suivre ses cours, selon l'usage local (article 1638, *w*, alinéa 2).

L'interdiction faite à l'employeur de congédier un travailleur alors que ses obligations militaires l'empêchent d'exécuter le travail stipulé ne s'applique au mineur d'âge que dans le cas où celui-ci a travaillé pendant une année au moins au service de l'employeur (article 1639, *h*).

Seules les années de service accomplies par le travailleur après qu'il a atteint sa majorité sont prises en considération pour le calcul de l'allongement du délai congé en fonction de l'ancienneté (art. 1639, *j*).

b) Dans certains de ses articles, la loi fait une distinction entre les travailleurs suivant qu'ils habitent ou non chez l'employeur. Est un travailleur habitant chez l'employeur celui qui, en vertu du contrat de travail, *a*, en tant que travailleur, son domicile dans la maison de l'employeur et fait partie de son ménage <sup>(80)</sup>. Un travailleur qui occupe un logement appartenant à l'employeur, un travailleur qui reçoit son salaire (ou une partie de celui-ci) sous forme de logement gratuit, un travailleur demeurant sous le toit de son employeur en qualité de pensionnaire, ou logé chez celui-ci pour la durée d'un ouvrage déterminé, ne sont pas des travailleurs habitant chez l'employeur; il n'en est ainsi que dans les cas où le contrat de travail même implique l'introduction

(78) Voir aussi section I, § 1, point 40.

(79) Voir *infra*, points 68 et suivants.

(80) H.R., 12 décembre 1913, N.J. 1914, 267.

de l'intéressé dans le ménage; c'est notamment le cas des domestiques et de certains valets de ferme.

Vis-à-vis du travailleur habitant chez lui, l'employeur a certaines obligations, qui consistent à veiller, en cas de maladie ou d'accident, à ce que l'intéressé reçoive des soins et un traitement médical convenables (article 1638, *ij*).

Il est également tenu de mettre le travailleur habitant chez lui en mesure de s'acquitter de ses devoirs religieux et de lui accorder des loisirs (article 1638, *v*).

Le travailleur habitant chez l'employeur est tenu de se conformer aux règles de la maison (article 1639, *c*).

Vis-à-vis du travailleur habitant chez l'employeur, les formes de salaire licites (article 1637, *p*) ne sont pas soumises à des restrictions, celles-ci ayant plutôt paru indiquées pour le travailleur dont la vie personnelle est indépendante de celle de l'employeur.

Et enfin, les règles concernant le moment du paiement du salaire en espèces au travailleur n'habitant pas chez l'employeur ont été établies de manière à lui garantir des paiements réguliers et pas trop espacés; quant au travailleur habitant chez l'employeur, qui est donc de toute façon logé et nourri, le moment du paiement du salaire en espèces est subordonné aux usages locaux (article 1638, *l*).

c) La protection du travailleur par des dispositions impératives est une caractéristique importante de la loi de 1907. Sur certains points on a estimé cependant que les travailleurs de rang supérieur avaient une position sociale assez forte et dépendaient moins de l'employeur, si bien qu'ils étaient capables de défendre eux-mêmes leurs intérêts; aussi, pour les travailleurs de cette catégorie, certaines dispositions n'ont-elles reçu qu'une force de droit supplétif, alors qu'elles sont impératives pour les travailleurs de rang inférieur.

Le critère adopté par la loi pour établir cette distinction est externe: c'est le montant du salaire. La limite choisie en 1907 fut un salaire de 4 florins par jour; à l'époque, cela correspondait au montant maximum soumis aux cotisations et donnant droit aux allocations au titre de notre première assurance sociale, à savoir l'assurance-accidents introduite par la loi de 1901. On peut donc dire grosso modo que tous les travailleurs manuels, y compris les ouvriers les plus qualifiés, gagnaient alors moins, de même que les chefs d'équipe, contremaître et employés subalternes, seuls les cadres et les employés moyens, ainsi que les employés supérieurs recevaient des rémunérations dépassant ce ni-

veau. Par la force des choses, les changements intervenus au cours des années dans le niveau des salaires nominaux, notamment ceux dus à la dépréciation du florin depuis 1907, ont amenuisé la protection qu'offrait le montant limite initial. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ce montant a été adapté ultérieurement (mais pas aussi fréquemment que le plafond des cotisations de sécurité sociale, et chaque fois avec un retard sensible sur le moment approprié). À l'heure actuelle, la limite est fixée à 20 florins par jour en vertu de la loi du 14 juillet 1960, Stbl. 283 <sup>(81)</sup>. Cette limite intervient dans les cas suivants.

Certaines des dispositions relatives à la clause de l'amende, qui ont en général force impérative, n'ont qu'un caractère semi-impératif à l'endroit des travailleurs dont le salaire dépasse la limite, c'est-à-dire que l'on peut y déroger par convention écrite. Mais, dans ce cas, le juge a compétence pour modérer le taux de l'amende (article 1637, u).

Une dérogation valable à la réglementation concernant l'augmentation dite légale qui est due par l'employeur si le salaire fixé en argent n'est pas payé en temps utile (une sorte de *peine privée*), ne peut être apportée que dans un contrat avec un travailleur dont le salaire dépasse la limite (article 1638, q).

La retenue de garantie (c'est-à-dire une partie du salaire retenue par le patron afin qu'il puisse récupérer le montant de l'indemnité que lui doit le travailleur si celui-ci rompt le contrat de travail en violation des règles) — que l'on ne pratique d'ailleurs presque plus de nos jours — est soumise à des restrictions de toutes sortes; c'est ainsi que, s'agissant d'un travailleur dont le salaire est inférieur à la limite, elle ne peut en aucun cas dépasser le montant du salaire de douze jours ouvrés; cette dernière disposition ne s'applique pas aux travailleurs dont le salaire dépasse la limite (article 1638, s).

Enfin, le salaire ne peut être saisi (de même que cédé ou mis en gage) que pour un cinquième jusqu'à la limite (à l'exception de la saisie alimentaire, qui n'est pas soumise à cette restriction); la fraction du salaire qui dépasse la limite peut être saisie en totalité (art. 1638, g).

36. On fait parfois une distinction entre les contrats de travail pour une durée déterminée ou indéterminée et les contrats de travail à l'essai ou non. Mais, en droit néerlandais, ces notions ne désignent pas des contrats de travail de nature juridique différente, mais uniquement diverses modalités en ce qui concerne la fin de la relation juridique née d'un contrat de travail.

---

(81) Cette limite, qui, pour les lois de l'assurance sociale, était fixée à 20 florins depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1960, a été portée à 22 florins à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1961.

D'ailleurs, lors de la révision de 1953, les expressions «pour une durée déterminée» et «pour une durée indéterminée» ont été pratiquement éliminées de la loi néerlandaise sur le contrat de travail. On distingue uniquement les cas où un contrat de travail prend fin de plein droit et ceux où la cessation est subordonnée à une résiliation. Mais, dans tous les cas, les droits et obligations découlant pour les parties de la loi sur le contrat de travail sont absolument identiques, et la différence n'apparaît que dans le mode de cessation <sup>(82)</sup>.

La loi néerlandaise ne connaît pas davantage un contrat spécial appelé «contrat de travail à l'essai», mais uniquement une «période d'essai stipulée» dans le contrat de travail (article 1639, n). Ici encore, les droits et obligations découlant du contrat de travail sont identiques à ceux d'un contrat ne prévoyant aucune clause de période d'essai. La seule différence, c'est que chacune des parties peut, à son gré, résilier, sans autre formalité, le contrat de travail tant que la période d'essai (celle-ci n'étant d'ailleurs admise que sur une très faible échelle) n'est pas terminée.

37. Le présent paragraphe a posé en principe qu'en matière de contrat de travail, le droit néerlandais se fonde sur une définition générale, et que ce contrat de travail est soumis à une réglementation uniforme de droit privé, s'appliquant à des catégories de personnes qui, sur le plan social, sont très disparates. Il expose ensuite les dérogations légales à ce caractère général, d'où procèdent des différences.

Les dispositions légales constituent toutefois une réglementation de droit privé, qui laisse en partie la liberté contractuelle intacte, et qui, en tant qu'elle est impérative, se borne à garantir des minima sociaux. Dès lors les relations concrètes de droit privé entre employeurs et travailleurs sont en réalité loin d'être uniformes; par suite des clauses additionnelles que la législation permet d'insérer dans les contrats individuels ou dans les conventions collectives, elles varient sensiblement pour les diverses catégories de travailleurs salariés (des ouvriers non spécialisés aux directeurs de grandes sociétés). Mais le principe de l'universalité de la réglementation de droit privé demeure intact à la base.

---

(82) Voir aussi *infra*, note 133.

*Section II**LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL*

## § 1. CONSENTEMENT ET CAPACITÉ DE CONTRACTER

38. Au temps jadis, le concept du « libre contrat de travail » lié aux idées sociales du XIX<sup>e</sup> siècle et selon lequel deux parties indépendantes traitant sur un pied d'égalité convenaient entre elles des obligations qu'elles acceptaient d'assumer l'une envers l'autre en tant qu'employeur et travailleur, s'écartait bien souvent et de très loin de la réalité sociale. C'est pourquoi les droits et obligations se rapportant au travail salarié ont été progressivement soumis à d'autres modalités de fixation, et la liberté des parties a été réglementée. Cette tendance étant plus marquée sur certains points que sur d'autres, le contrat de travail, en raison de la puissance de fait plus grande du patron, a souvent pour le travailleur le caractère d'un contrat d'adhésion, mais, dans bien des cas, les sources de droit supra-individuelles lui ont en outre donné, pour les deux parties, le caractère d'un contrat dirigé.

Mais, quoiqu'il en soit — ce point sera approfondi dans le chapitre II — cette adhésion s'appuie du point de vue juridique sur le consentement des parties. La relation entre employeur et travailleur ne repose pas sur la contrainte juridique. L'article 2, alinéa 2, du code civil, le précise en toutes lettres: « L'esclavage et toute autre servitude personnelle, quelle qu'en soit la nature ou la dénomination, ne sont pas tolérés dans le Royaume. » L'établissement d'un lien entre l'employeur et le travailleur repose sur un libre accord des volontés, sur un contrat synallagmatique obligeant les parties. Pour cette raison, les dispositions essentielles de droit privé relatives au contrat de travail figurent toujours dans le livre III du code civil, qui traite des obligations et énonce des règles de droit applicables tant au contrat en général qu'à divers contrats à dénomination propre dont le contrat de travail. Et, dans la mesure où ces règles particulières au contrat de travail ne prévoient ni des dérogations, ni des exceptions, les dispositions générales relatives à la conclusion des contrats régissent également le contrat considéré.

Aux termes de l'article 1356 du code civil, « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: 1° le consentement des parties qui s'engagent mutuellement; 2° leur capacité de contracter; 3° un objet déterminé; 4° une cause licite ». Et cela vaut donc également pour le contrat de travail.

En matière de contrat de travail, le consentement, qui peut soulever des problèmes tels que la volonté et la déclaration, et intéresser des points de doctrine tels que l'erreur, la violence et le dol, n'appelle aucune remarque particulière (à l'exception de ce qui est dit ci-dessous au § 2 sur les conditions de forme). La condition d'un objet déterminé ne soulève pas davantage de doute lorsqu'il s'agit d'un contrat à dénomination propre comme celui qui est étudié ici. Quelques causes illicites d'un contrat de travail seront brièvement évoquées à la fin du présent paragraphe. Nous examinerons toutefois d'abord la capacité de contracter.

39. *La femme mariée.* Conformément à des traditions juridiques très anciennes, le code civil de 1838 déniait à la femme mariée la capacité de contracter, sauf quelques rares exceptions. Mais le législateur de 1907 se rendait bien compte que, dans la pratique, la règle prescrivant l'autorisation maritale lors de la conclusion du contrat de travail n'était pas observée, et que l'invocation ultérieure des dispositions légales avait le plus souvent des conséquences sociales fâcheuses. Pour cette raison, il a inséré dans l'article 164 du code civil, au sujet des contrats de travail conclus par la femme mariée en tant qu'employeur pour les besoins du ménage (l'article 168 du code civil reconnaissait depuis longtemps déjà à la femme mariée exerçant un commerce avec l'autorisation de son mari, la capacité de s'engager en tant qu'employeur pour les besoins de ce commerce), et dans l'article 1637, f, pour la femme mariée en tant que travailleur, la présomption (mais seulement sous la forme d'une *praesumptio juris tantum*, qui doit s'effacer devant la preuve contraire) qu'elle avait obtenu l'autorisation de son mari.

Il est superflu d'exposer l'évolution législative et les problèmes juridiques qu'elle a soulevés. En effet, ces dispositions ont été abrogées, la loi du 14 juin 1956, Stbl. 343, ayant complètement supprimé l'incapacité de la femme mariée dans notre législation.

40. *Les mineurs.* Le législateur de 1907 se rendait compte également que l'incapacité des mineurs, d'application générale, en matière de droits patrimoniaux se heurtait dans le contrat de travail aux exigences de la réalité sociale. Lorsqu'il s'agissait d'un garçon ou d'une fille entrant pour la première fois au service d'un employeur (à l'époque, seul le travail des enfants âgés de moins de 12 ans était interdit), le père discutait peut-être à leur place les conditions avec le futur employeur, mais un jeune homme de 18 ans, qui en était à son cinquième patron, agissait à son gré. Déjà à cette époque, en pratique,



la majorité sociale des jeunes travailleurs se situait à un âge sensiblement inférieur à celui de la majorité légale, que la loi civile sur les enfants (de 1901), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1905, venait pourtant de ramener de 23 à 21 ans. Le législateur de 1907 a alors tenté de concilier, d'une part, les besoins de la pratique, qui exige la conclusion facile, avec un mineur, d'un contrat de travail juridiquement en règle, et, d'autre part, le maintien de l'autorité paternelle afin de protéger les mineurs contre des actions irréfléchies.

A cet effet, la loi pose en premier lieu dans l'article 1637, *g* du code civil qu'un mineur ne peut conclure un contrat de travail que si son représentant légal (c'est-à-dire, normalement, son père ou son tuteur) lui en a donné l'autorisation verbale ou écrite. Une autorisation verbale ne couvre que la conclusion d'un seul contrat de travail déterminé; elle est donnée en présence de l'employeur et ne peut être conditionnelle. Une autorisation écrite peut se rapporter à un contrat de travail déterminé, mais sa portée peut également être plus générale; l'annulation d'une autorisation écrite est possible, mais elle ne peut avoir d'incidence que sur les contrats de travail futurs, sans porter atteinte aux contrats déjà conclus. L'autorisation écrite peut être assortie de conditions (par exemple en ce qui concerne le genre de travail, ou l'endroit où il est exécuté, ou bien le versement du salaire à une personne autre que le mineur même). Dans la mesure où l'autorisation ne stipule aucune condition, le mineur d'âge a les mêmes droits que le travailleur majeur pour tout ce qui concerne le contrat de travail, sauf qu'il ne peut comparaître en justice sans l'assistance de son représentant légal.

Cette réglementation prévue par l'article 1637, *g* constitue sans doute une construction juridique mûrement réfléchie, mais le législateur se rendait compte que, dans la pratique, les autorisations ne seraient pas souvent données (la pratique l'a d'ailleurs confirmé). C'est pourquoi l'article 1637, *h* édicte une disposition complémentaire, aux termes de laquelle un mineur d'âge incapable (c'est-à-dire non autorisé) ayant conclu un contrat de travail et travaillé de ce fait, sans opposition de son représentant légal, pendant quatre semaines au service de son employeur, est censé avoir reçu une autorisation verbale. En d'autres termes, après un délai de quatre semaines, l'absence éventuelle d'autorisation ne peut plus être alléguée.

L'assimilation, à un travailleur majeur, du mineur d'âge travaillant légalement entraîne notamment l'obligation de lui verser son salaire en mains propres et l'habilité à donner quittance valable en droit. Mais, aux termes de l'article 1638, *f*, son représentant légal peut

encore, par la suite, s'opposer par écrit à la continuation du versement du salaire au mineur, et demander que le salaire lui soit désormais versé. L'assimilation implique aussi que la dénonciation ne peut être signifiée qu'au mineur même ou par lui. Le législateur de 1907, entendant protéger le mineur contre sa propre imprévoyance obstinée, avait en outre habilité son représentant légal et même le ministère public à demander au juge de canton la résolution de ce contrat de travail, si, d'après lui, le contrat de travail avait des conséquences nuisibles pour le mineur; les dispositions y relatives (anciens art. 1639, *m* et *n*) n'ayant jamais été appliquées, on les a supprimées comme étant superflues lors de la révision de 1953 du droit de licenciement et de départ volontaire.

La réglementation de la capacité du travailleur mineur d'âge telle qu'elle est exposée ci-dessus a toujours donné satisfaction dans la pratique. Ce n'est que dans des procédures portant sur un litige matériel non lié à la minorité de l'intéressé que les conditions dans lesquelles celui-ci doit ester en justice (en personne, assisté de son représentant légal, ou en se faisant remplacer par ce dernier) ont été plusieurs fois controversées. La littérature civiliste soulève parfois une question théorique à laquelle il est donné des réponses différentes: en dépit du fait que le mineur d'âge autorisé est capable, le représentant légal conserve-t-il le pouvoir de refuser son autorisation et, en agissant ès qualité, de lier l'intéressé directement à un contrat de travail, fût-ce contre sa volonté? Ce qui importe bien plus pour la théorie du droit du travail, c'est que, du fait des dispositions de l'article 1637, *h*, la situation dans laquelle un contrat de travail est annulable, ou même nul, pour cause d'incapacité (situation qui a contribué à la naissance de la théorie de la «relation de travail» se substituant au «contrat de travail», théorie qui sera étudiée au chapitre II, section II) est pratiquement sans signification aux Pays-Bas. En effet, la durée d'une telle situation irrégulière ne peut excéder quatre semaines, étant donné qu'elle est ensuite «régularisée»; la seule conséquence pratique, c'est que, compte tenu des règles générales concernant l'invocation de l'incapacité, énoncées aux articles 1366 et 1367 du code civil, le travailleur mineur d'âge ou son représentant peuvent, en l'absence d'autorisation, mettre fin, sans autres formalités, au contrat de travail à n'importe quel moment pendant quatre semaines.

Rappelons, enfin, qu'une clause interdisant la concurrence convenue avec un mineur d'âge n'est pas valable en droit<sup>(83)</sup>.

---

(83) Voir retro, point 35 sous a, puis points 68 et suivants.

41. *Interdiction.* En droit néerlandais, un majeur peut être incapable pour avoir été l'objet d'un jugement d'interdiction. Un tel jugement peut être prononcé pour cause de démence, d'imbécillité, de prodigalité et d'alcoolisme ayant des conséquences graves (article 487 du code civil). Suivant le motif de l'interdiction, les interdits sont plus ou moins incapables d'accomplir des actes juridiques. En tout état de cause, ils sont tous incapables de contracter en matière de droit patrimonial (article 1366 du code civil). C'est en général le tuteur de l'interdit qui accomplit les actes juridiques au nom de ce dernier. Si l'interdit passe lui-même un acte juridique dont il est incapable, son représentant légal (ou lui-même après la suppression de l'incapacité) peut saisir le juge d'une action en annulation de l'obligation contractée; en pratique, l'interdit peut donc cesser à tout moment de respecter l'engagement contracté.

À ma connaissance, la question de savoir dans quelle mesure les règles exposées à l'alinéa précédent sont applicables lorsqu'un interdit passe un contrat de travail, alors que l'autre partie, au moment de la conclusion de ce contrat, ignorait totalement l'interdiction ou la cause ayant amené celle-ci, n'a jamais été posée aux Pays-Bas, sauf par Molenaar qui y consacre un bref passage<sup>(84)</sup>. Cet auteur souligne qu'aux termes du code civil (article 506) l'interdit est en général (c'est-à-dire sauf quelques exceptions n'offrant aucun intérêt en l'espèce) assimilé au mineur d'âge; se demandant ensuite si les règles particulières que la loi sur le contrat de travail édicte en ce qui concerne la capacité du mineur d'âge (ces règles ont été exposées ci-dessus sous le point 40) s'appliquent également aux interdits, il estime qu'elles ne conviennent pas à un interdit pour cause de démence et considère que l'absence d'une réglementation particulière pour le contrat de travail est une lacune dans la législation. L'absence totale de toute jurisprudence relative au contrat de travail des interdits m'amène à la conclusion que, dans la pratique, les problèmes trouvent sans doute leur solution d'eux-mêmes suivant les circonstances. J'estime qu'il n'est pas besoin de dispositions législatives spéciales, et qu'en s'employant à trouver une solution théorique à ces problèmes, on s'adonne à une spéculation intellectuelle absolument inutile du point de vue pratique.

La nomination d'un syndic intervient en cas de faillite. Le failli demeure capable, mais il est dessaisi de l'administration et de la disposition de ceux de ses biens qui sont englobés dans la faillite. Il peut conclure un contrat de travail en tant que travailleur; mais les fruits

---

(84) Molenaar, *Arbeidsrecht* II A, p. 49.

de son activité personnelle n'échappent au dessaisissement que dans la mesure où le juge-commissaire le décide (article 21 de la loi sur les faillites).

42. Il a été souligné sous le point 38 que l'une des conditions essentielles pour la validité d'une convention est une cause licite. Il se peut qu'un contrat de travail n'ait pas de cause licite. Une cause est illicite — si l'on définit ce problème notoirement difficile en se conformant aux termes de l'article 1373 du code civil — quand elle est prohibée par la loi ou quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.

a) On peut concevoir qu'un contrat de travail soit contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public, par exemple lorsqu'une des parties s'engage au service de l'autre en vue de se livrer à la prostitution ou de perpétrer des crimes. De telles situations peuvent bien relever du droit, mais il ne s'agit pas alors du droit privé du travail.

b) Le caractère illicite d'un contrat de travail pour cause d'infraction à la législation de droit public, notamment à la réglementation protectrice du travail, pourra mieux être étudié lorsque cette législation aura été exposée <sup>(85)</sup>.

c) Une infraction à une interdiction de droit privé est possible dans le cas visé à l'article 1637, *i* du code civil. Cet article déclare en effet expressément qu'un contrat de travail conclu entre époux est nul et non avenue. D'une part, cette disposition a été et est motivée par l'argument selon lequel le lien de subordination, critère essentiel du contrat de travail, est incompatible avec l'égalité qui est la règle normale entre conjoints. C'est là un argument qui, en 1907, lorsque le code civil contenait encore l'ancienne disposition (abrogée seulement en 1956), aux termes de laquelle la femme devait obéissance à son mari (article 161), était correct sur le plan des faits plutôt que pertinent en droit théorique; d'ailleurs, cet argument n'est pas toujours valable, étant donné qu'il n'est pas rare qu'une femme travaille au service de son mari dans une situation de subordination exactement identique à celle d'un autre travailleur <sup>(86)</sup>. D'autre part, on a invoqué l'argument important selon lequel on entendait empêcher les époux de violer, au moyen d'un contrat de travail simulé, certains principes du droit applicable aux biens matrimoniaux (nullité des donations et de la vente, sauf certaines exceptions); en outre, un travailleur indépendant pouvait,

(85) Voir *infra*, chapitre II, points 73 et 78.

(86) Si je n'ai pas étudié les dispositions de l'article 1637 *i* au § 4 du chapitre I, c'est que, loin de porter sur la constatation ou la fiction de l'absence de l'exercice d'une autorité, requis dans un contrat de travail, elles interdisent cet exercice.

par la suite, en passant un contrat de travail simulé avec sa femme, bénéficiaire par son truchement des prestations d'assurance sociale destinées aux familles de travailleurs. La jurisprudence a déclaré l'article 1637, *i* également d'application à un contrat de travail passé entre une femme et une société dont son mari était l'associé<sup>(87)</sup>. Mais les dispositions de cet article ne sont pas directement applicables aux personnes qui, sans avoir contracté un mariage légal, vivent maritalement, ni au cas d'un homme dont la gouvernante est en même temps la concubine<sup>(88)</sup>. En revanche, la situation de fait permet souvent, dans ces cas, de conclure à l'absence d'un contrat de travail, parce qu'il n'existe pas (ou plus) de lien de subordination<sup>(89)</sup>.

## § 2. LES CONDITIONS DE FORME

43. Le contrat de travail se trouve conclu par l'accord des volontés des deux parties. En droit néerlandais aucune forme particulière n'est requise. Le contrat de travail peut donc être conclu aussi bien verbalement que par écrit. La consensualité engage les parties dès avant le commencement du travail; lorsque l'une des parties se dédit après la conclusion du contrat, mais avant le commencement effectif du travail, les obligations d'indemnisation qui en découlent sont identiques à celles qui lui incombent au cas où elle se rétracte après le commencement du travail. L'accord oblige dès que les parties conviennent que l'une travaillera au service de l'autre moyennant un salaire. Dans ce cas, il n'est pas besoin de fixer d'autres détails relatifs aux conditions de travail, ni même le montant du salaire; la réglementation légale y pourvoit.

Seuls les contrats d'engagement maritime<sup>(90)</sup> doivent, sous peine de nullité, être constatés par écrit (articles 376 et 398 du code de commerce). Lorsque cette règle n'est pas observée, le contrat de travail n'est pas conclu valablement et ses dispositions ne sont pas applicables. Cependant, si le marin intéressé a tout de même navigué effectivement, il a existé un lien juridique qui peut avoir certaines conséquences

(87) Voir Rb. Amsterdam 2 janvier 1928, N.J. 1928, 1312.

(88) Voir Ktg. Haarlem 25 novembre 1949, N.J. 1951, 200.

(89) Voir C.R. 12 février 1927, A.R.B. 1927, 202; C.R. 22 décembre 1927, A.R.B. 1928, 450; Ktg. Amsterdam 27 octobre 1933, N.J. 1934, 1712; C.R. 18 décembre 1952, A.R.B. 1953, 272, a également refusé d'admettre l'existence d'un lien de subordination, indispensable au contrat de travail, dans le cas d'une femme divorcée qui avait sollicité l'octroi d'allocations familiales et qui, renonçant à la pension alimentaire que devait lui servir son ancien mari, continuait, comme avant le divorce, à travailler dans l'établissement de celui-ci, en échange de quoi elle recevait un salaire (ainsi que des pourboires).

(90) Voir retro, point 34, sous a.

découlant de conventions accessoires <sup>(91)</sup>. Et même si l'intéressé n'a pas encore navigué, il se peut qu'un contrat préalable ait été conclu, dont la rupture entraîne l'obligation de verser des dommages-intérêts <sup>(92)</sup>.

Les conventions collectives de travail stipulent souvent que le contrat individuel de travail doit être passé par écrit. En revanche, une telle disposition n'empêche pas un contrat individuel conclu verbalement de demeurer valable, mais les parties à la convention collective aussi bien que les parties au contrat individuel peuvent alors exiger qu'il soit encore établi par écrit. Certaines conventions collectives, qui prévoient différents types de contrats de travail (contrats de durée déterminée ou indéterminée, emploi stable ou provisoire), stipulent que les types de contrats qui ne sont pas très courants doivent être sanctionnés par écrit; dans ce cas, l'écrit est un moyen de preuve plutôt qu'une condition de validité.

Le contrat de travail en tant que tel ne doit pas forcément être conclu par écrit. Mais, comme il a déjà été expliqué dans l'introduction sous le point 3, la loi contient une réglementation dite semi-impérative qui vise à protéger le travailleur; certaines dérogations aux dispositions législatives ne sont admises, et certaines clauses contractuelles ne sont valables en droit que si elles sont stipulées par écrit ou par voie de règlement <sup>(93)</sup>. À défaut d'un acte écrit, la clause ou la dérogation n'est pas valable; le contrat de travail verbal lui-même demeure toutefois valable. Les clauses et dérogations considérées ici peuvent également être admises séparément par les parties mais obligatoirement par écrit, lors de la conclusion verbale d'un contrat de travail ou, ultérieurement, dans un contrat de travail déjà existant. Les clauses ne pouvant être stipulées que par écrit sont les suivantes: la clause de l'amende (article 1637, *u*), la clause interdisant la concurrence (article 1637, *x*) et la clause de retenue de garantie (article 1638, *s*). Des dérogation plus ou moins limitées aux règles légales peuvent être accordées, par écrit seulement, en vertu des articles 1637, *u* (réglementation plus détaillée de l'amende), 1638, *o* (droit au salaire en cas de maladie ou d'un autre empêchement temporaire du travailleur), 1638, *d* (droit au salaire lorsque l'employeur est empêché d'utiliser le travail), 1638, *e* (communication des documents probants en cas de participation aux bénéfices), 1638, *l*, *m* et *n* (date du paiement du salaire), 1638, *p* (réglementa-

(91) Rb. Rotterdam 16 janvier 1952, N.J. 1953, 235.

(92) Ktg., La Haye, 12 mai 1954, N.J. 1955, 176; de Lange, *op. cit.*, p. 32, estime qu'une action ne saurait en l'espèce être motivée par l'existence d'un contrat, mais uniquement, le cas échéant, par un acte illicite.

(93) Ou découle d'une source de droit de niveau supérieur, par exemple une convention collective de travail.

tion relative au versement d'une avance sur le salaire aux pièces), 1639, *i* et *j* (certaines dérogations en matière de délai-congé), 1639, *r* (conditions stipulant des dommages-intérêts plus élevés que ceux prévus par la loi) du code civil, et aux termes de l'article 75, *r* du code de commerce (conditions réservant à un voyageur de commerce une commission un peu moins avantageuse que celle qui résulte de la réglementation légale).

Pour qu'un contrat écrit ou une convention écrite soient valables, il n'est pas absolument nécessaire que les deux parties détiennent chacune un document revêtu de leurs signatures. Il est évident qu'un seul document portant la signature des deux parties est suffisant. Mais il suffit également d'un échange, entre les deux parties, de lettres qui se font suite et visant à fixer les éléments de l'accord<sup>(94)</sup>. Lorsqu'il s'agit d'une clause obligeant l'une des parties seulement, il suffit qu'un document revêtu de sa signature soit remis à l'autre partie, qui s'en contente<sup>(95)</sup>.

Lorsqu'un contrat de travail est conclu par écrit, les frais de l'acte et les frais accessoires viennent à la charge de l'employeur (article 1637, *d*). Ces frais sont d'ailleurs très faibles, car, aux termes de l'article 1637, *y* du code civil, presque tous les actes ayant quelque rapport avec un contrat de travail sont exonérés du timbre, et si, exceptionnellement, il semble souhaitable d'enregistrer un contrat de travail ou une clause sanctionnée par écrit (afin d'en arrêter officiellement la date et le contenu), le droit d'enregistrement fixe est minime (article 61 de la loi de 1917 sur l'enregistrement).

À l'époque où s'élaborait la loi sur le contrat de travail, il était d'un usage assez courant, dans diverses professions (notamment dans celle des gens de maison), que l'employeur, en engageant verbalement un travailleur, versât à celui-ci des arrhes, appelées «denier à Dieu». Le caractère juridique de ce versement n'était pas clair. Aussi, tout en s'abstenant d'imposer le *denier à Dieu*, le législateur a-t-il édicté quelques règles concernant sa portée dans l'article 1637, *e*; le *denier à Dieu* n'y est pas considéré comme une *arrha poenitentialis* mais comme une *arrha confirmatoria*. Étant donné que, depuis longtemps, le *denier à Dieu* a presque totalement disparu, je renoncerais à approfondir ses effets légaux.

---

(94) Voir H.R. 30 juin 1949, N.J. 1950, 137; cet arrêt porte sur un bail à loyer écrit, mais le considérant décisif parle d'un contrat tout court.

(95) Ainsi la H.R. 12 février 1931, N.J. 1931, 854, dans un arrêt sur une clause de non-concurrence suivant les dispositions de l'article 1637 *x*.

## § 3. LA PREUVE

44. L'un des trois articles que le code civil de 1838 consacrait au «louage des domestiques et ouvriers» traitait de la preuve. En y ajoutant un quatrième cas, cet article 1638 (ancien) avait repris les dispositions de l'article 1781 du code civil français, et disait: «Le maître est cru sur son affirmation, donnée, si besoin est, sous la foi du serment.» Dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle, cet article fut sans doute celui qui fut le plus violemment critiqué et, lors de la discussion de la loi du 1907, son abrogation fut l'un des rares points qui ne soulevèrent pas la moindre objection<sup>(96)</sup>.

Pour la période qui a suivi cette abrogation, le droit à l'administration de la preuve dans le domaine du contrat de travail n'appelle aucun commentaire particulier; il ne se distingue en rien du droit à l'administration de la preuve qui s'applique d'une façon générale aux litiges civils, et il n'est assurément pas différent des règles prévues en la matière pour les autres contrats; il a d'ailleurs bénéficié des divers assouplissements que la législation a apportés à l'administration de la preuve où il l'a anticipé, notamment en ce qui concerne la suppression de la disposition qui limitait considérablement l'administration de la preuve testimoniale au cas où la somme réclamée dépassait un montant déterminé. Il n'existe qu'une différence peu importante (qui part d'ailleurs d'une conception très souple et libérale de l'admissibilité de la preuve testimoniale, à l'opposé de celle dont s'était inspiré le rédacteur de l'article 1638 ancien). En effet, la possibilité, limitée à des catégories restreintes de personnes, qu'offre toujours l'article 1946 du code civil aux parents et alliés proches de se soustraire au témoignage, et l'incapacité de témoigner, encore plus restreinte aux termes de l'article 1947, en ce qui concerne les parents et alliés en ligne directe, n'existent pas dans les litiges portant sur un contrat de travail. Dans ces affaires, seuls les conjoints des parties demeurent incapables de témoigner.

Étant donné que le droit en matière de contrat de travail ne prévoit pas des règles spécifiques touchant des problèmes tels que la charge de la preuve, les moyens de preuve et l'appréciation de la preuve, l'étude de ces problèmes et celle de la doctrine de la preuve

(96) Dans une étude historique originale intitulée *De meester wordt op zijn woord geloofd*, publiée dans *S.M.A.* 1955, p. 5 et s., J. Mannoury a noté que, dans l'ancien droit français de procédure dont il est tiré, ce principe, eu égard à la primauté, dans ce droit, de la preuve écrite, à la défiance envers les témoignages et au fait que les points litigieux faisaient l'objet de nombreuses autres auditions des parties déposant sous la foi du serment, ne présentait nullement un caractère de classe aussi marqué et n'était pas aussi absurde qu'il apparut plus tard aux yeux des critiques qui, jugeant à la lumière des idées de leur temps, le qualifiaient ainsi à juste titre.



dans les litiges civils débordent le cadre du présent rapport<sup>(97)</sup>. Les contrats de travail étant souvent verbaux, il est évident que, dans la pratique, la preuve de son existence ou de son contenu est parfois difficile à administrer. Il est plus souvent difficile de prouver ce qui est arrivé ou ce qui s'est dit lors d'un licenciement ou d'un départ volontaire; c'est que tout se déroule en tête-à-tête, ou bien les seuls témoins sont des cadres supérieurs ou des camarades de travail qui, se trouvant au service du même employeur, désirent rester en bons termes avec lui.

Il a déjà été précisé dans l'introduction<sup>(98)</sup> qu'aux Pays-Bas la juridiction civile en matière de conflits du travail ne relève pas d'un juge spécialisé, mais du juge ordinaire qui en premier ressort est le juge de canton. En 1907, on s'est à ce sujet efforcé de créer une procédure plus simple, plus souple et plus rapide (articles 125 et suivants du code de procédure civile) pour les différends portant sur des contrats de travail. Quant au succès de cette initiative, les avis sont partagés, mais les divergences sont encore plus accusées sur la question de savoir comment on devrait ou pourrait alors réformer la juridiction en matière de conflits du travail<sup>(99)</sup>.

Comme l'introduction l'indique également, les différends en matière d'assurance sociale sont de la compétence d'une juridiction administrative spéciale, cela en vertu de la loi sur les recours, initialement du 8 décembre 1902, Stbl. 208, réformée par la loi du 2 février 1955, Stbl. 47. Ce juge administratif n'est pas «passif», comme c'est dans une large mesure le cas du juge civil. Et la loi sur le recours ne contient pratiquement aucune disposition concernant la preuve, parce que l'on a voulu laisser au juge une liberté totale sur ce point<sup>(100)</sup>.

### Section III

#### LES EFFETS DU CONTRAT DE TRAVAIL

##### § 1. INTRODUCTION

45. Le contrat de travail est un contrat synallagmatique tendant à créer une collaboration dans le cadre d'une relation de service. La

---

(97) Sur le droit de la preuve, voir C. Asser, *Handleiding Nederlands burgerlijk recht*, vol. V, *van Bewijs*, 5<sup>e</sup> éd., remaniée par A. Anema et P. J. Verdam, 1953.

(98) Voir retro, point 4.

(99) La jurisprudence du travail a notamment donné lieu à deux amples délibérations au sein de la *Vereniging voor Arbeidsrecht* (Association du droit de travail), à savoir en avril 1950 et en octobre 1957; les comptes rendus figurent dans *S. M.* 1950, p. 306 et s., et dans *S.M.A.* 1958, p. 20 et s.

(100) Sur cette loi, voir J. Schoonenberg et H. D. Vleesch Dubois, *Het administratieve procesrecht volgens de Beroepswet*, 1957.

substance du caractère synallagmatique c'est qu'un salaire a été stipulé en échange d'une prestation du travail. Mais le contrat de travail crée une coopération entre deux parties, dont l'une se trouve au service de l'autre. Cela implique des comportements réciproques, dont tient compte la réglementation de droit civil. On peut envisager ces comportements du point de vue de l'employeur ou du point de vue du travailleur, mais on ne peut jamais faire abstraction de l'autre partie. On peut considérer les règles y relatives comme des obligations ou comme des droits, mais à chaque obligation d'une partie correspond toujours le droit de l'autre, et inversement.

Le schéma du présent rapport, qui est destiné à une confrontation sur le plan international, des règles juridiques en la matière, part des obligations du travailleur et de l'employeur; cette optique nous contraint à ranger parmi les obligations certains éléments qui, dans la vie courante, sont plutôt qualifiés comme des droits.

Le code civil néerlandais établit certaines règles concrètes relatives à diverses obligations du travailleur et de l'employeur. Cependant, il édicte en outre deux règles abstraites, contenues dans les articles 1638, z et 1639, d qui, dans des termes identiques, soumettent les deux parties à la même obligation: «L'employeur (le travailleur) est dans l'ensemble tenu de faire et de ne pas faire tout ce qui sied à un bon employeur (travailleur) de faire et de ne pas faire dans des circonstances comparables.» Sur un plan strictement juridique, ces articles sont au fond superflus, étant donné que les dispositions générales législatives en matière de contrats stipulent que les conventions doivent être exécutées de bonne foi (article 1374), et obligent notamment à toutes les suites que l'équité ou l'usage donnent à l'obligation d'après sa nature (article 1375). Mais le fait que cette disposition ait été répétée en ce qui concerne les contrats de travail dans une formule spécifique de style moderne mais qui rappelle en même temps la notion traditionnelle du bon père de famille n'est sans doute pas sans avoir une certaine portée pratique.

La doctrine et la jurisprudence y ont rattaché des droits et des obligations que la loi ne règle pas explicitement et, par ce moyen notamment, elles ont pu faire valoir des idées sociales plus modernes. Par ailleurs, la jurisprudence n'évoque le plus souvent ces articles que d'une façon un peu indirecte. En effet, dans la pratique, les contrats de travail soulèvent assez rarement des difficultés portant sur l'étendue des droits et des obligations dans le cadre d'une action en exécution des obligations ou d'une action en dommages-intérêts pour cause d'inexécution des obligations, mais il s'agit plus souvent d'une brusque

rupture du contrat de travail par l'autre partie pour cause d'inexécution de certaines obligations, amenant un litige sur la question de savoir s'il existait ou non un motif urgent de résilier le contrat (article 1639, p et q) <sup>(101)</sup>. À cette occasion les obligations concrètes sont alors plus strictement définies, mais un manquement quelconque à une obligation ne suffit pas encore à constituer un motif urgent: il doit être tellement grave que l'on ne saurait raisonnablement exiger de l'autre partie qu'elle maintienne le contrat de travail, fût-ce un instant de plus; seul un manquement grave aux obligations entre donc en ligne de compte.

## § 2. LES OBLIGATIONS DU TRAVAILLEUR

46. Le travailleur a pour obligation essentielle de fournir la prestation de travail convenu (article 1639 du code civil).

L'inobservation de cette obligation a pour premier effet la retenue du salaire <sup>(102)</sup>. En vertu de la réglementation générale du droit des obligations, l'employeur est en droit, dans ce cas, d'intenter une action en réparation du préjudice qu'il a subi de ce fait. Lorsque le contrat de travail est maintenu, de telles actions en dommages-intérêts pour cause d'inexécution du travail ne sont toutefois pas intentées. Pour autant que cela est possible, l'employeur prendra tout au plus une mesure disciplinaire <sup>(103)</sup>. Si le travailleur refuse obstinément d'accomplir le travail convenu dont il a été chargé, l'employeur peut le congédier pour un motif urgent (article 1639, p sous 10) avec toutes les conséquences qui en découlent <sup>(104)</sup>. Mais l'employeur n'est pas obligé de prendre cette mesure extrême. Il peut, comme tout autre contrat le lui permettrait, exiger d'abord le respect de l'obligation librement acceptée. Il peut aussi intenter une action en exécution de l'obligation de fournir le travail. Or, si l'on tient compte des seules dispositions du code civil, une telle action n'a guère de sens. En effet, aux termes de l'article 1639, o, le travailleur a toujours la faculté de se soustraire à l'observation directe de son obligation de travailler, en rompant immédiatement le contrat de travail. Certes, l'employeur acquiert alors le droit à une indemnité pour rupture en violation des règles applicables à la résiliation <sup>(104)</sup>, mais l'action en exécution manque tout de même son but. Cependant, d'autres règles sont désormais également d'application. L'arrêté extraordinaire de 1945 sur les relations de travail stipule en

(101) Voir *infra*, point 64.

(102) Voir *infra*, point 60.

(103) Voir *infra*, point 49.

(104) Voir *infra*, points 55 et 56.

effet que, sauf dérogations, la résiliation est interdite à moins d'une autorisation du directeur de l'Office régional de l'emploi et qu'en cas d'infraction à cette interdiction l'autre partie peut faire valoir la nullité de la cessation<sup>(105)</sup>. Dans ces circonstances, le travailleur n'a plus le droit de rompre le contrat unilatéralement, et l'action en exécution de l'obligation de travailler a donc une raison d'être. L'intérêt pratique de cette action est d'autant plus sensible que, depuis 1932, les articles 611, a et b du code de procédure civile prévoient la possibilité d'imposer une astreinte en tant que moyen de forcer un débiteur à exécuter une obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose. Depuis la mise en application de l'arrêté extraordinaire sur les relations de travail, la condamnation à l'exécution de l'obligation de travailler sous peine d'une astreinte est généralement reconnue comme étant réalisable en droit, et elle est d'ailleurs pratiquée<sup>(106)</sup>. Il est même possible, aux termes de l'article 587 du code de procédure civile, d'autoriser la contrainte par corps en cas de condamnation à la reprise du travail<sup>(107)</sup>. Le fait que les règles juridiques admettent l'astreinte et la contrainte par corps n'implique nullement que le juge soit obligé d'en assortir toute condamnation à la reprise du travail.

47. Normalement, un contrat ne peut définir la prestation de travail à accomplir que d'une façon assez générale (et partant avec une précision très approximative). Le travailleur est engagé en vue de remplir des fonctions déterminées (tourneur, employé de bureau, domestique, par exemple), mais ce n'est qu'après l'entrée en service que les instructions de l'employeur lui font connaître les opérations concrètes à effectuer. Celui-ci n'a toutefois pas le droit d'imposer à son salarié des tâches selon son bon plaisir. À ce sujet, l'article 1639 dit expressément: «Lorsque la nature et l'ampleur du travail à effectuer n'ont pas été définies par le contrat de travail, ou un règlement, on se conforme à l'usage.» En outre, les dispositions générales de l'article 1639, d déjà mentionné sous le point 45 impliquent que, dans des cas d'urgence ou dans d'autres circonstances particulières, on peut, pour des motifs de justice et d'équité, solliciter une dérogation aux conventions expresses ou à l'usage (local ou de l'entreprise). Par ailleurs, la réglementation définie par une convention collective ou par tout autre source juridique

(105) Voir, pour plus de détails, *infra*, point 83.

(106) Voir W. C. L. van der Grinten et A. J. Haakman, *Buitengewoon Arbeidsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., 1957, p. 49, où est exposée la jurisprudence y relative, ainsi que le commentaire détaillé de M. G. Levenbach sur le jugement contraire rendu le 19 octobre 1948 par Ktg. Rooderdam, *Arbeid* 1949, 148.

(107) Voir Cour de Leeuwarden 6 septembre 1950, N.J. 1950, 746, *Arbeid*, 1951, 188, avec note de M. G. Levenbach; Pres. Bois-le-Duc 29 juin 1960, N.J. 1961, 137.

d'un niveau supérieur à celui du contrat individuel de travail peut influencer le contenu de l'obligation de travailler.

Ainsi, c'est en fonction des facteurs énoncés à l'alinéa précédent que le salarié est aussi tenu de fournir, à titre temporaire ou durable, un travail de nature différente de celle du travail accompli normalement ou précédemment. Parfois, les fonctions telles qu'elles sont définies dans le contrat laissent une marge importante pour toutes sortes de changements, ou bien ceux-ci découlent de l'usage; dans d'autres cas, l'employeur n'a guère de latitude pour modifier la structure de la prestation de travail, ni même pour charger l'intéressé de remplacer temporairement un autre salarié remplissant des fonctions différentes.

Ce sont également les facteurs énumérés au premier alinéa du présent point qui conditionnent in concreto l'obligation pour le salarié de travailler au-delà et en dehors de la durée normale du travail, donc de faire des heures supplémentaires. Il convient à cet égard d'attirer l'attention sur la réglementation protectrice de droit public relative à la durée du travail<sup>(108)</sup>. Celle-ci fixe les limites maximales à la durée du travail, et prévoit dans certains cas la possibilité de travailler au-delà ou en dehors de la durée normale de travail, à la condition que l'inspection du travail donne son autorisation. Bien entendu, le salarié n'est jamais tenu de fournir un travail en violation des dispositions des lois protectrices du travail, et il a le droit de refuser l'exécution d'un ordre visant un tel travail. Mais il n'est pas non plus tenu de se conformer aux désirs de l'employeur lorsque celui-ci exige une prestation pendant toutes les heures de travail tolérées par la législation protectrice du travail, soit directement, soit en vertu d'une autorisation obtenue par le patron. Cette législation de droit public se borne à fixer un maximum, mais les obligations effectives du salarié découlent des normes du droit privé. Si le contrat individuel de travail, le règlement ou la convention collective ne contiennent aucune disposition concernant des heures supplémentaires d'une espèce déterminée, et s'il n'existe par ailleurs aucun usage à ce sujet, le salarié a donc le droit, sauf en cas d'urgence, de refuser de faire des heures supplémentaires, ce refus ne constituant assurément pas un motif de licenciement<sup>(109)</sup>.

Dans chaque cas d'espèce, la question de savoir si un salarié est tenu d'aller travailler ailleurs qu'au lieu où le travail a été fourni jusqu'alors, c'est-à-dire d'accepter son déplacement dans un autre

(108) Voir infra, points 78 et suivants.

(109) Voir à ce sujet M. G. Levenbach, *Overwerk*, dans R.B.A. XX, p. 49 (octobre 1934); H.R. 18 novembre 1955, N.J. 1956, 28.

établissement de l'employeur, ou d'accompagner celui-ci lorsqu'il transfère son entreprise, est tranchée en fonction du contenu concret de la convention passée, ainsi que de l'équité; en d'autres termes, lorsqu'un tel transfert contraint le salarié et sa famille à déménager, le déplacement ne peut que rarement être obligatoire. Le salarié n'est en général pas davantage tenu d'accepter que son employeur l'envoie travailler pour un autre; de son point de vue aussi, le contrat de travail est une convention passée avec un cocontractant déterminé. Sur le plan législatif, cela découle de l'article 1639, *q* sous 8, aux termes duquel l'ordre intimé par l'employeur, nonobstant le refus du salarié, de travailler dans l'entreprise d'un autre employeur, alors que la nature des fonctions ne l'implique pas, constitue normalement un motif urgent, justifiant la rupture immédiate du contrat par le salarié.

48. Dans les limites indiquées sous le point précédent, le salarié est tenu d'exécuter le travail en se conformant aux instructions de l'entrepreneur. L'analyse des éléments du contrat de travail a déjà permis de constater<sup>(110)</sup> que le pouvoir de l'employeur d'exercer une certaine autorité sur le salarié est l'un des critères de ce contrat. Dans la section de la loi traitant des obligations du salarié, cette notion est approfondie par l'article 1639, *b*, aux termes duquel: «Le salarié est tenu de se conformer aux instructions relatives à l'accomplissement du travail ainsi qu'aux prescriptions servant à maintenir l'ordre dans l'entreprise, arrêtées par ou au nom de l'employeur dans le cadre des dispositions légales, contractuelles ou réglementaires». Et l'article 1639, *c* ajoute: «Le salarié habitant chez l'employeur est tenu de se comporter selon les règles de la maison»; par ailleurs, en fixant lesdites règles, l'employeur ne doit pas enfreindre, envers la personne du salarié, les obligations étudiées plus loin<sup>(111)</sup>, que la loi lui impose impérativement. Parmi les exemples de motifs urgents cités à l'article 1639, *p*, autorisant un patron à congédier sur le champ un salarié, figure notamment le cas ainsi défini: «Lorsqu'il (le salarié) refuse obstinément de se conformer à des ordres ou à des instructions raisonnables qui lui sont notifiés par l'employeur ou au nom de celui-ci.»

Certains auteurs affirmaient autrefois que les règles considérées ne se rapportent qu'aux ordres donnés à un salarié individuel, les instructions collectives concernant le travail et la discipline n'étant valables en droit que si elles sont établies par un règlement remplissant les conditions énoncées aux articles 1637, *j* et suivants (notamment

(110) Voir retro, chapitre I, section I, § 4.

(111) Voir infra, point 54.

consentement écrit du salarié individuel). Cette conception<sup>(112)</sup> a été abandonnée par la suite, mais on ignore toujours quelles sont, parmi les prescriptions générales, celles qu'il convient d'arrêter par règlement et celles que l'employeur peut fixer unilatéralement de son autorité propre; il n'existe aucune jurisprudence à ce sujet.

49. L'autorité a pour corollaire la discipline. Le problème du maintien de l'ordre par des mesures disciplinaires n'a pas été réglé en tant que tel dans la législation néerlandaise. C'est que les mesures de ce genre sont au fond du ressort de l'entreprise organisée individuelle, alors que notre législation part des cocontractants individuels (comme le fait aussi cette section du présent rapport), et ne se soucie guère de la communauté de travail. Les textes législatifs ne contiennent guère d'indication touchant les mesures disciplinaires qui sont appliquées dans les entreprises et dont l'éventail se présente comme suit: blâme, amende, suppression de jours de congé, mise à pied, déplacement, rétrogradation portant sur le rang ou les fonctions ou diminution du salaire à titre provisoire ou définitif, enfin congédiement. Des mesures disciplinaires sont parfois édictées dans une convention collective ou un règlement et peuvent alors prendre la forme de sanctions contre une perturbation blâmable de la discipline requise au sein d'une communauté restreinte; certaines conventions collectives vont même jusqu'à prévoir une espèce de procédure y relative. Mais les textes légaux mêmes sont pratiquement muets sur les mesures disciplinaires, et il convient donc d'examiner les possibilités juridiques au regard des dispositions plus générales relatives aux obligations et aux droits<sup>(113)</sup>.

L'amende est la seule sanction qui, dans la loi, ait fait l'objet d'une réglementation restrictive, énoncée à l'article 1637, *u*. Des amendes ne peuvent être infligées par l'employeur qu'en vertu d'une disposition ad hoc établie par convention écrite ou par règlement: leur montant doit être conforme au taux fixé, et elles ne peuvent sanctionner que des manquements à des prescriptions nettement définies. Les amendes, tout au moins celles qui frappent les ouvriers dont le salaire est inférieur au salaire-plafond, ne doivent jamais profiter à l'employeur lui-même ou à celui qui les inflige en son nom et le total des amendes

---

(112) Notamment sous l'influence d'une étude de A. N. Molenaar, *Reglementen*, dans *R.B.A. XIX*, février 1934, p. 92.

(113) Voir pour l'ensemble du sujet M. Versloot, *Tuchtrechterlijke aspecten van het ontslag*, dans *S.M.A. 1955*, p. 155 et 212; Th. H. J. Dorrestein, *Tuchtrecht en Dienstbetrekking*, dans *S.M.A. 1955*, p. 491 et 645; W.C.L. van der Grinten et C.P. Hauer, *Het tuchtrecht in het kader van de arbeidsovereenkomst*, dans *De Naamloze Vennootschap XXXV*, p. 121 et 122 (novembre 1957).

encourues durant une semaine ne peut excéder le salaire journalier en espèce.

La suppression de jours de congé en guise de sanction disciplinaire n'est autorisée que si ces congés sont des faveurs; elle ne l'est pas si le travailleur y a droit. La mutation et les modifications apportées au grade ou aux fonctions sont parfois admises, notamment lorsque, d'après les principes exposés sous le point 47, une mesure de ce genre peut encore être considérée comme une délimitation plus précise de la tâche; mais cela est rarement le cas. En corrélation ou non avec ce qui précède, l'employeur n'a certainement pas le droit de punir le salarié en réduisant unilatéralement une norme de rémunération.

La mise à pied est possible, en ce sens que l'employeur refuse temporairement de donner du travail au salarié. Car, comme nous le verrons plus loin<sup>(114)</sup>, le droit néerlandais n'oblige en général pas l'employeur à donner du travail au salarié. Mais, comme la non-utilisation des services du salarié constitue dans ce cas un acte émanant de l'employeur, celui-ci est en général tenu de continuer à verser le salaire<sup>(115)</sup>; une disposition dérogatoire prévoyant, en tant que sanction disciplinaire, la mise à pied avec suppression du salaire ne peut être prévue expressément que dans un contrat écrit, un règlement ou une source de droit ayant des effets juridiques de niveau supérieur (par exemple une convention collective).

La sanction disciplinaire majeure est le licenciement. Le congédiement sur le champ est possible si la faute du salarié peut être considérée comme un «motif urgent» sinon, les règles normales relatives à la résiliation doivent être observées.

50. Aux termes de l'article 1639, a, le salarié est tenu de fournir en personne la prestation de travail; il ne peut se faire remplacer par un autre qu'avec l'autorisation de son employeur. Le rôle qui revient à cette obligation dans la question de savoir s'il y a eu ou non conclusion d'un contrat de travail a déjà été examiné ci-dessus sous le point 10.

Aux termes de l'article 1639, le salarié est tenu d'accomplir au mieux la prestation de travail convenue. Il ne doit donc pas nécessairement se montrer ouvrier convenable ou parfait<sup>(116)</sup>. Aux termes de l'article 1639, p, l'employeur peut avoir un motif urgent pour licen-

(114) Voir *infra*, point 53.

(115) Voir *infra*, point 61.

(116) Comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus sous le point 34 c, l'article 47 c du code de commerce est plus rigoureux pour les directeurs de sociétés anonymes et demande l'«accomplissement convenable de la tâche assumée».



cier sur le champ un salarié «lorsque sa compétence ou son aptitude pour le travail qu'il s'est engagé à exécuter apparaissent très déficientes», mais cela fournit à l'employeur un moyen de se débarrasser de ce salarié, sans qu'il s'ensuive pour autant que le salarié fournissant une prestation nettement insuffisante se soit rendu coupable d'une inexécution des obligations contractuelles, s'il est avéré que l'intéressé a travaillé au mieux de ses capacités (limitées).

Le salarié travaillant au mieux de ses capacités remplit toutes ses obligations, mais son travail ne sera pas toujours exempt de fautes; en effet, l'homme moyen normal commet des fautes, et il en va donc de même pour le salarié moyen, voire pour le salarié capable. Lorsque le salarié fait subjectivement de son mieux, l'employeur doit assumer certains risques de fautes; à cet égard, le contrat de travail échappe incontestablement, dans une certaine mesure, aux règles qui s'appliquent en général aux contrats portant exclusivement sur les droits patrimoniaux. Les fautes commises causant un préjudice à l'employeur (soit que ce préjudice nuise directement aux intérêts de celui-ci, soit qu'il lèse des tiers qui, aux termes de l'article 1403 du code civil, ont pu se retourner de ce chef contre l'employeur), n'engagent donc pas toujours la responsabilité du salarié envers son employeur. Mais il est responsable en cas d'omissions intentionnelles ou de négligences attestant qu'il n'a pas agi au mieux de ses capacités et, dans ces cas, les compétences dont il s'est prévalu peuvent, dans une certaine mesure, prendre l'aspect d'une garantie. Mais qu'en est-il des négligences légères, voire des fautes d'une certaine gravité commises assez fréquemment? Ce problème a dans le cours des années acquis une grande importance en raison de l'intensification du trafic motorisé. Lorsqu'un salarié, dans l'exercice des fonctions qui lui ont été confiées par son employeur, commet dans la circulation une faute causant un préjudice à cet employeur (du fait de l'endommagement du véhicule motorisé, appartenant à l'employeur et conduit par le salarié ou du fait de dommages subis par des tiers, récupérables sur l'employeur, si ces dommages ne sont pas couverts par une assurance, ou le sont en partie seulement), ce salarié est-il tenu de verser à l'employeur le montant de ces dommages? En l'occurrence, la responsabilité directe du salarié envers les tiers n'est pas en cause. Mais, si le tiers récupère les dommages sur le salarié, on se heurte au problème, parallèle à celui qui a été exposé en premier, de savoir si, à son tour, le salarié a un droit de répétition contre son employeur. L'absence d'une solution légale claire et nette a donné naissance à diverses variantes dans la juris-

prudence récente. En dernier lieu, la Haute Cour a décidé à ce sujet <sup>(117)</sup> «que la nature d'un contrat de travail peut impliquer l'obligation pour l'employeur de subir les conséquences de fautes légères commises par le salarié dans l'exécution de son travail; qu'il en est notamment ainsi lorsque, sur l'ordre de son employeur, un salarié participe en tant que conducteur à la circulation, laquelle exige presque constamment du conducteur qu'il prenne indépendamment des décisions et qu'il agisse, cela souvent dans des situations inopinées recelant de grands dangers et risquant de causer des dommages hors de proportion avec le montant du salaire pour lequel le salarié s'est engagé à fournir le travail» <sup>(118)</sup>.

51. La loi elle-même formule assez vaguement les obligations du salarié étudiées sous le point précédent. Une autre disposition législative qui s'y rapporte est prévue par l'article 1639, d, déjà cité sous le point 45; elle oblige en général l'intéressé à se comporter comme «un bon travailleur». À cette obligation on peut rattacher un certain nombre d'autres devoirs — tombant d'ailleurs plus ou moins sous le sens — qui sont caractérisés par le fait que n'étant pas formulés en droit néerlandais par des définitions déterminées, ils varient quant à leur ampleur selon les circonstances de la relation de fait. D'ailleurs, ils ne sont surtout déterminés que si l'employeur, en cas de manquement grave à l'obligation précitée, désire congédier l'intéressé sur le champ pour un motif urgent au sens de l'article 1639, p. La jurisprudence en la matière étant étroitement liée aux situations de fait, il est inutile de soumettre ici cette jurisprudence très variée à une analyse minutieuse, et il suffira de mentionner de façon schématique quelques points essentiels.

Aux termes de l'article 1639, d, le salarié est tenu de se comporter en ouvrier honnête et de veiller aux intérêts de son employeur, tant dans l'exécution de son travail qu'à l'extérieur, bien que, dans ce dernier cas, l'existence du contrat de travail limite sa liberté évidemment moins qu'à l'intérieur de l'entreprise.

Citons à titre d'exemples plus concrets les obligations suivantes du salarié, cette énumération n'étant nullement exhaustive.

Le salarié est tenu envers l'employeur à la probité et à la sincérité; il doit l'informer de faits intéressant l'entreprise. Même en dehors

(117) H.R. 26 juin 1959, N.J. 1959, 551.

(118) Voir en outre sur ce sujet Th. E. E. van Schaik, *De aansprakelijkheid van arbeiders voor fouten*, dans S.M.A. 1959, p. 50; H.L. Bakels, *De aansprakelijkheid van de arbeiders voor in zijn dienstbetrekking gemaakte fouten*, dans N.J.B. 1959, p. 865.

du travail, il n'a pas le droit de se rendre coupable de délits ou de comportements le rendant indigne de la confiance de l'employeur.

Le salarié est tenu de s'abstenir de toute violence, de tout acte indécent et de toute offense à l'endroit de l'employeur, de sa famille ou des autres membres du personnel; il est tenu envers l'employeur, de s'abstenir même en dehors du travail, de tels actes, dans la mesure où ils compromettent la réputation de l'employeur ou celle de son entreprise.

Le salarié est tenu de prendre soin des biens appartenant à l'employeur et de rendre dès après la fin du contrat les objets qui lui ont été confiés.

Le salarié est tenu de garder dans une certaine mesure le secret sur les particularités concernant le ménage ou l'entreprise de l'employeur.

Le salarié est également tenu de se conduire décentement à l'égard des clients ou fournisseurs de l'employeur. Il lui est interdit de se laisser corrompre par ces derniers, d'accepter des avantages ou des cadeaux par lesquels on cherche à influencer son attitude, exception faite des gracieusetés et pourboires d'usage.

En règle générale, il est interdit au salarié de concurrencer son employeur pendant la durée du contrat et d'entretenir avec des concurrents de l'employeur des relations qui seraient de nature à léser celui-ci <sup>(119)</sup>.

Mais, comme il a déjà été exposé au début, le droit néerlandais ne contient aucune définition abstraite, ni délimitation exacte des obligations touchant la loyauté, la décence, la fidélité, la probité et la discrétion. Dans chaque cas, tout dépend de la nature de la prestation sur laquelle porte le contrat de travail et de l'entreprise de l'employeur; des circonstances dans lesquelles les divers actes sont accomplis; et, bien entendu, de la question de savoir si, et comment, certaines obligations touchant les comportements possibles précités ont été formulées dans le contrat individuel de travail (ou dans une convention collective applicable).

### § 3. LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

52. L'employeur a pour obligation majeure de verser le salaire convenu. La notion de salaire en droit néerlandais a déjà été exposée au § 3 de la section I du présent chapitre.

---

(119) Sur les clauses relatives à la concurrence après la cessation du contrat de travail, voir *infra*, point 68.

Le salaire constitue normalement la principale source de subsistance du salarié et de sa famille. Au cours des années antérieures à la loi sur le contrat de travail, on avait constaté de nombreux abus en matière de salaire. C'est pourquoi la loi prescrit des règles détaillées visant à assurer le versement honnête du salaire. Les normes définies en 1949 par l'Organisation internationale du travail dans la convention (n° 95) relatif à «La protection du salaire» furent insérées dès 1907 dans le Code civil néerlandais en tant que normes de droit privé impératif. Étant donné que l'une des études de cette série sera consacrée à la rémunération du salarié, il ne semble pas qu'il y ait lieu, dans le présent rapport, de commenter de façon approfondie les dispositions qui sont applicables en cette matière. Nous nous bornerons donc à passer rapidement en revue les points faisant l'objet de prescriptions.

La loi édicte des règles sur la *détermination* du salaire (art. 1637, p, q et r). Elle arrête les formes licites de paiement en nature, et indique les conséquences d'une détermination sous une forme illicite. Elle précise aussi les modalités de la détermination du salaire (dans la plupart des cas, suivant l'usage), lorsqu'il est certain qu'un salaire a été convenu, sans que le montant l'ait été. Par ailleurs, le Code civil estime toujours que le niveau du salaire est fixé par le libre échange des volontés des parties.

La loi réglemente l'*affectation* du salaire (art. 1637, s et t), et s'oppose notamment aux restrictions que l'employeur voudrait apporter à la liberté du salarié de disposer à son gré de son salaire (achat forcé dans des magasins liés à l'entreprise etc.). De telles restrictions de la liberté sont illicites hormis les stipulations obligeant le salarié à s'affilier à certaines caisses de retraite, d'épargne, etc., celles-ci devant alors offrir des garanties légales.

La loi contient des règles concernant la *débiton* de salaire (art. 1638, a à d); ce point sera étudié plus loin au § 4 de la présente section.

Elle édicte des prescriptions relatives à l'*acquiescement* du salaire. Celles-ci portent notamment sur la *forme* (art. 1638, h, i et j), le *lieu* (art. 1638, k), l'*époque* art. 1638, l à o), le *montant* (art. 1638 p et q) et sur la possibilité qui est offerte au salarié de vérifier son dû, si ce contrôle dépend d'une donnée quelconque ressortant obligatoirement de la comptabilité de l'employeur (art. 1638, e).

La loi a introduit des règles relatives au *versement incomplet* du salaire (retenues), qui visent à assurer néanmoins au salarié le paie-

ment régulier d'une fraction de son salaire qui doit lui assurer un minimum vital: des règles très restrictives en ce qui concerne les retenues opérées par l'employeur à titre d'amendes (art. 1637, *u* et *v*), la retenue de garantie (art. 1638, *g*) et la compensation (art. 1638, *r*); la protection du salaire contre l'action des créanciers de l'employeur (art. 1195 du code civil et art. 40 et 239 de la loi sur les faillites); la protection du salaire contre l'action des créanciers du salarié lui-même (saisie, cession, etc.) (art. 1638, *f* et *g*).

Les règles précitées de la loi de 1907 ont un caractère impératif pratiquement absolu. Elles ne souffrent donc aucune dérogation par contrat. En vertu de la loi, une dérogation de fait peut, dans divers cas, valoir, à l'employeur une *poena privata* sévère.

53. L'employeur est tenu au versement du salaire mais, en règle générale, le droit positif néerlandais ne l'oblige pas à procurer effectivement du travail au salarié. En concluant le contrat, l'employeur stipule le travail à fournir par le salarié, mais ne s'engage pas à le lui procurer. A condition de continuer à verser le salaire, l'employeur n'est pas tenu de faire travailler le salarié; si celui-ci perçoit son salaire, il n'a en règle générale aucun droit à l'exécution effective du travail stipulé <sup>(120)</sup>.

C'est à dessein que nous avons inséré dans l'exposé de l'alinéa précédent les termes «en règle générale». C'est que, compte tenu de l'obligation incombant à l'employeur d'agir en bon employeur, énoncée à l'article 1838, *z*, on estime ordinairement qu'une obligation de procurer le travail en fait existe bien si le salarié est personnellement intéressé à l'exécution effective du travail qu'il s'est engagé à fournir. Il peut avoir intérêt par exemple à continuer de travailler effectivement pour ne pas perdre rapidement la routine de sa tâche ou la réputation qu'il s'est faite auprès du public <sup>(121)</sup>. Cet intérêt peut éga-

(120) Ce problème a rarement été soulevé devant les tribunaux. Citons l'exemple suivant: Jugement en référé du président du tribunal de Maastricht le 12 septembre 1950 N.J., 1951, 320. Un employeur avait demandé à l'Office régional de l'emploi de l'autoriser à congédier un ouvrier qualifié; ledit Office lui ayant refusé l'autorisation, l'employeur, tout en continuant à verser au travailleur le salaire élevé que celui-ci percevait auparavant le chargea des fonctions de saute-ruisseau, probablement afin de le faire résoudre à consentir à son licenciement; le travailleur exécuta ce travail de niveau inférieur par rapport à ses capacités, mais demanda en référé à être rétabli dans ses anciennes fonctions. Le président du tribunal a considéré que le travailleur aurait pu, sans conséquences juridiques nuisibles, refuser d'exercer une activité d'un niveau sensiblement inférieur à celui du travail stipulé, mais que l'employeur ne pouvait être contraint en droit à lui procurer un tel travail. Le président du tribunal de Leeuwarden, se prononçant en référé le 24 juillet 1959, N.J. 1961, 323, a donné une interprétation un peu plus large, en reconnaissant au travailleur un droit à l'exécution du travail convenu.

(121) Ce sont des exemples tirés de la doctrine; celle-ci a évoqué le cas de l'acteur engagé par une troupe pour une saison complète et qui, tout en percevant son salaire, ne se voit attribuer aucun rôle.

lement être d'ordre pécuniaire, si le salaire dépend de la quantité de travail fourni (salaire aux pièces)<sup>(122)</sup> ou si le revenu du salarié se compose en partie de pourboires versés par des tiers, dont il se trouve privé s'il n'est pas mis à même d'exercer ses fonctions<sup>(123)</sup> <sup>(124)</sup>.

54. Pour autant qu'ils relèvent de la législation de droit privé du code civil, des détails variés relatifs à l'exécution du travail, parmi lesquels la fixation de la durée du travail et des interruptions est examinée dans le présent numéro, sont laissés à la libre détermination des contractants de sorte que, sur ce point, la loi n'impose aucune obligation à l'employeur. Sous le point 47, nous avons déjà fait allusion à l'article qui énonce ce principe, à savoir l'article 1639, aux termes duquel le volume du travail à fournir peut, lui aussi, être précisé d'abord dans un contrat ou un règlement, l'usage n'étant déterminant en l'espèce qu'en l'absence d'une disposition contractuelle ou réglementaire. Aussi, est-ce une protection d'une nature autre que celle du droit privé qui a prévalu dans le domaine de la durée du travail, à savoir la protection résultant de la législation de droit public et des conventions collectives de travail, qui seront examinées au chapitre II.

Dans le domaine précité, la loi sur le contrat de travail impose cependant à l'employeur certaines obligations qui, pour l'essentiel, ont cependant un caractère de droit supplétif et dont certaines ne présentent guère d'intérêt.

L'employeur est, par exemple, tenu d'organiser le travail de manière que le salarié n'ait pas à travailler les dimanches, ni les jours (fériés) assimilés par l'usage à ces derniers, sauf convention contraire ou nécessité tenant à la nature du travail (art. 1638, *w*, premier alinéa).

En ce qui concerne les salariés mineurs d'âge, l'employeur est tenu d'organiser le travail de façon à leur permettre de suivre un enseignement suivant l'usage local (art. 1638, *w*, deuxième alinéa; cette disposition est même impérative, mais dans la pratique cela ne fait guère de différence).

Quant aux salariés habitant chez leur employeur, celui-ci est tenu, sans réduction de salaire, de leur permettre de remplir leurs devoirs religieux et de leur accorder des loisirs, dans les deux cas en

(122) L'article 1639 *g*, 5°, donne même comme exemple d'un motif urgent pour le travailleur de quitter son employeur sur-le-champ le cas où, dans une situation de ce genre, l'employeur ne fournit pas assez de travail.

(123) Voir Rb. Amsterdam 12 mai 1953, N.J. 1954, 168.

(124) Voir également, au sujet de l'ensemble de ce problème, P. Zonderland, *De verplichting van de werkgever om de arbeider jettelijk te werk te stellen*, dans S.M.A. 1959, p. 75 et s., dont l'opinion diffère de celle qui est généralement admise.

conformité des modalités établies par le contrat ou, à défaut, de l'usage local (art. 1638, v).

La loi du 4 mai 1960, Stbl. 161, a complété ces règles de la loi de 1907 en ajoutant à l'article 1639 *w* deux nouveaux alinéas qui stipulent d'une façon impérative que l'employeur doit organiser le travail des gens de maison (habitant ou non sous son toit), de manière à les laisser libres, en plus du dimanche, un après-midi fixe par semaine. Cette solution a été retenue en raison des inconvénients du contrôle qu'il faudrait effectuer, dans les ménages, s'il existait une réglementation de droit public, et de la confiance dans la possibilité — qu'offre notamment la situation actuellement favorable de l'emploi dans cette profession — de faire observer ces dispositions en recourant au simple droit privé.

Cette confiance dans la nouvelle position du salarié sur le marché de l'emploi et la puissance des syndicats ressort également du fait suivant: peu avant la seconde guerre mondiale, on a discuté un avant-projet visant à l'institution, au moyen d'une réglementation de droit public de congés payés d'une durée minimale obligatoire; en 1957, le Conseil économique et social a formulé un avis favorable sur un avant-projet tendant à réglementer la même matière (qui, entre temps, a pris un développement énorme dans des règlements collectifs) sous forme de dispositions impératives (ou, en partie, impératives aux trois quarts), à insérer dans le code civil. Cependant, le gouvernement n'a encore saisi le Parlement de projets de loi dans ce sens. Le code civil n'établit donc aucune norme relative à la durée journalière ou hebdomadaire du travail, ni à la limitation du travail de nuit, ni aux pauses, ni aux jours de congé <sup>(125)</sup>.

55. De même, c'est la protection du travailleur en droit public qui, en matière de réglementation des conditions externes d'exécution du travail, présente le plus grand intérêt juridique.

Mais, indépendamment de cela, la réglementation de droit civil, édictée par la loi sur le contrat de travail, impose, aux termes de l'article 1638, *x*, l'obligation, pour l'employeur d'agencer et d'entretenir son entreprise et le matériel de celle-ci de manière à mettre le salarié à l'abri des dangers menaçant sa santé, son honorabilité et ses biens dans une mesure aussi large qu'on peut l'exiger raisonnablement eu égard à la nature du travail. Si l'employeur ne respecte pas ces obli-

---

(125) Par contre, la réglementation de droit privé du contrat d'engagement maritime comporte depuis longtemps des prescriptions impératives concernant les congés (articles 381 et 414).

gations, il est contractuellement tenu de réparer les dommages subis par le salarié (ou, si celui-ci vient à décéder, il doit des dommages-intérêts aux survivants dont le salarié assurait la subsistance), sauf cas de force majeure ou faute grave concomitante du salarié. Toutefois, cette obligation de verser des dommages-intérêts disparaît en grande partie lorsque l'accident ouvre droit à des prestations au titre des lois de droit public sur l'assurance-accidents et sur l'assurance-maladie.

56. La loi exige particulièrement de l'employeur qu'il prenne soin du salarié habitant sous son toit. Celui-ci fait, en effet, partie de la maison. Aussi, lorsque le salarié habitant sous son toit est malade ou accidenté, l'employeur est-il tenu, aussi longtemps que durent les rapports de travail, de veiller à ce que l'intéressé bénéficie de soins et d'un traitement médical convenables (art. 1638, y); il est cependant autorisé à récupérer par la suite sur le salarié les frais exposés après les quatre premières semaines. L'employeur pouvait autrefois s'acquitter de son obligation concernant le traitement médical (au sens le plus large) en obtenant l'affiliation du salarié, à titre d'assuré volontaire, à une caisse d'assurance-soins de maladie, et en prenant la cotisation à sa charge; aujourd'hui, le salarié habitant sous le toit de l'employeur est, comme les autres, obligatoirement assujéti à l'assurance-soins de maladie, mais les dispositions de l'article de droit privé impliquent toujours l'obligation pour l'employeur de faire en sorte que la caisse d'assurance-soins de maladie soit prévenue, etc.

57. C'est non seulement à l'endroit du salarié habitant sous son toit, mais aussi à l'égard de tous les salariés que l'employeur a d'autres obligations qui, pour ne pas être formalisées dans la loi, peuvent néanmoins être inférées de l'obligation générale qui lui incombe de se comporter comme un bon employeur (art. 1638 z), à l'instar de ce qu'on a vu sous le point 51 pour les obligations du salarié.

C'est ainsi que l'employeur est lui aussi tenu de se conduire avec probité envers le salarié, de s'abstenir de toute violence, de tout acte indécent et de toute offense à son égard, à l'égard des membres de sa famille ou des personnes habitant sous son toit, et de ne pas tolérer l'accomplissement de tels actes par les personnes habitant avec lui ou ses subordonnés.

On considère aussi qu'en vertu de cet article l'employeur est tenu, au cas où cela s'avère nécessaire, d'offrir au salarié désirant le quitter une possibilité raisonnable de chercher un emploi ailleurs.



Les dispositions de ce même article ont parfois inspiré des sentences selon lesquelles un employeur qui, de son plein gré, accorde des suppléments, n'est pas en droit, en ce faisant, d'établir entre les divers salariés des discriminations sans motif fondé <sup>(126)</sup>, et que, s'il s'est réservé le droit d'accorder à son gré une part aux bénéficiaires et s'il a versé celle-ci plusieurs années de suite, il ne lui est pas permis d'annoncer, au bout d'une année suivante que, le salarié ayant résilié son contrat, il supprimera le versement afférent à cette année-là <sup>(127)</sup>.

Des tentatives visant à déduire des dispositions de ce seul article un droit à pension de vieillesse n'ont toutefois jamais abouti. En elle-même, la loi sur le contrat de travail n'accorde aucun droit à pension, à moins que celui-ci ne puisse se fonder séparément sur les conditions stipulées dans le contrat ou sur un autre titre.

58. La cessation des rapports de travail impose encore à l'employeur une obligation particulière, à savoir celle qui consiste à délivrer aux salariés un certificat de travail. Le législateur de 1907 a expressément établi le droit au certificat de travail et a arrêté des règles particulièrement détaillées quant à son contenu (art. 1638, *a* du code civil).

Lors de la cessation des rapports de travail, l'employeur est tenu, à la demande du salarié, de lui remettre un certificat. Le salarié doit le demander, cela à l'instant même de la cessation des rapports de travail ou, tout au moins, peu de temps après.

Les règles relatives au contenu du certificat s'énoncent ainsi:

- a) Le certificat doit, en tout état de cause, mentionner les points suivants (par conséquent, le travailleur peut toujours exiger que ces points y figurent, et l'employeur peut les indiquer même contre le gré du salarié): la nature du travail fourni (la description devant nettement préciser les fonctions assumées) et la durée des rapports de travail (avec indication des dates d'entrée en service et de départ).
- b) Le certificat doit indiquer, mais uniquement à la demande expresse du salarié (c'est-à-dire que le travailleur peut toujours exiger que cette mention y soit portée sans que l'employeur ait le droit de l'insérer contre le gré du salarié): la façon dont le salarié s'est acquitté de ses obligations et la façon dont les rapports de travail ont pris fin. Lorsque l'employeur congédie le salarié en avançant un motif déterminé, ce dernier peut exi-

(126) Ktg. Rotterdam 2 mars 1928, N.J. 1930, 741.

(127) Ktg. Haarlem 28 mai 1954, N.J. 1955, 130.

ger que le motif soit mentionné dans le certificat. Lorsque le licenciement s'effectue sans allégation de motif, la simple mention de ce fait suffit, l'employeur n'étant pas tenu d'indiquer le motif réel dans le certificat.

- c) Lorsque le salarié met fin aux rapports de travail sans observer les règles relatives à la dénonciation, ou lorsqu'il a fourni à l'employeur un motif urgent de licenciement immédiat, l'employeur a le droit d'en faire mention dans le certificat, même contre le gré du salarié.
- d) Le certificat ne doit porter aucune marque destinée à fournir sur le salarié un renseignement quelconque ne ressortant pas du texte du certificat. Les signes secrets, suivant un code convenu entre plusieurs patrons — un abus assez fréquent avant 1907 — sont donc illicites.
- e) Le certificat peut en outre porter toute mention convenant aux deux parties.
- f) Le certificat doit être signé par l'employeur ou au nom de celui-ci.
- g) Les indications figurant dans le certificat doivent être «exactes».

Les faits signalés doivent donc être conformes à la vérité et, de plus, ils ne doivent pas induire en erreur par suite de leur caractère incomplet. Les appréciations et qualifications ne doivent pas être rédigées dans des termes trop vagues et, il faut qu'elles soient formulées de bonne foi.

Si l'employeur refuse de délivrer le certificat demandé, ou si le contenu ne satisfait pas aux conditions requises, le salarié peut demander en justice la remise d'un certificat ou d'un certificat rectifié (le cas échéant avec une astreinte comme moyen indirect d'exécution), et en outre s'il y a lieu, la réparation du préjudice qu'il a subi. La responsabilité de l'employeur est également engagée envers les tiers, si ces derniers subissent un préjudice par suite de l'inexécution des obligations qui lui incombent en ce qui concerne le certificat (notamment l'insertion dans celui-ci de mentions que l'employeur sait être inexactes).

#### § 4. INTERDÉPENDANCE DES OBLIGATIONS RÉCIPROQUES DES DEUX PARTIES

59. La loi de 1907 a arrêté une réglementation du contrat de travail qui, dans son principe, s'écartait alors sensiblement des règles

applicables à d'autres contrats à dénomination propre. Pour les autres contrats, les dispositions du code civil partaient de l'idée selon laquelle, par le libre échange des volontés, les parties en tant que sujets abstraits du droit créent, d'une façon d'ailleurs indifférente sur le plan juridique, des obligations portant sur des biens patrimoniaux, dont les conséquences juridiques normales sont, pour certaines qualifications de contrats, réglées par la loi sous forme de droit complémentaire, que les parties ont cependant la faculté d'écarter. La loi de 1907 part des êtres humains qui, en qualité d'employeurs et de salariés, occupent des positions déterminées dans la vie sociale, et dont les relations juridiques sont assujetties à des prescriptions légales impératives.

Les différences de position sociale des parties au contrat de travail, ont d'ailleurs conduit à réglementer la corrélation des prestations réciproques, sur la base de concepts qui ne sont pas purement abstraits, comme c'est le cas pour des parties dont la condition est en tous points égale. Néanmoins, le contrat de travail, dans sa réglementation de droit civil, est demeuré essentiellement un contrat synallagmatique, dans lequel la prestation d'une partie est fournie en échange de celle de l'autre, les contractants s'engageant réciproquement. Le contrat de travail demeure une convention créant des obligations et stipulant une prestation de travail en échange d'une prestation de salaire. C'est un contrat synallagmatique, dans lequel les parties sont libres de fixer les conditions réciproques en matière de travail et de salaire. La loi contient en matière de salaire de nombreuses dispositions impératives visant à protéger le salarié, pour qu'il soit décemment traité sur le plan du salaire. Quant au niveau du salaire, le droit du contrat individuel de travail laisse toutefois une liberté totale: la loi de 1907 ignore l'idée d'un salaire équitable, c'est-à-dire d'un salaire qui, d'après des normes juridiques, serait décemment dû en échange d'une prestation de travail déterminée; le contenu de ce contrat synallagmatique dépend de la volonté autonome des parties.

60. De même, la détermination du salaire est dans son principe réglementée en fonction de l'interdépendance des prestations. C'est pourquoi, aux termes de l'article 1638, b: «Aucun salaire n'est dû pour le temps pendant lequel le salarié n'a pas exécuté le travail stipulé».

Mais la loi prévoit ensuite quelques exceptions à ce principe de la réciprocité, en abandonnant le *do ut des* pur pour tenir compte de la position sociale du salarié en tant qu'individu.

Aux termes de l'article 1638 c, premier alinéa, le salarié conserve en effet, pour une durée relativement courte, son droit au salaire calculé au temps, lorsque la maladie ou un accident l'empêchent d'exécuter son travail (sauf si l'empêchement est voulu délibérément par lui ou s'il est attribuable à un comportement immoral de sa part). La loi ne définit pas la notion de «durée relativement courte»; cette expression imprécise doit donc être appréciée suivant les conditions du cas d'espèce. En se prononçant sur ce point, la jurisprudence prend habituellement en considération tant la durée de service antérieure du salarié que le délai pendant lequel le contrat de travail devait encore courir en tout état de cause (c'est-à-dire le délai-congé). Ainsi suivant la jurisprudence, ce délai est d'une semaine par année d'ancienneté avec un maximum de six semaines pour les manuels rémunérés à la semaine et bénéficiant d'un délai-congé d'une semaine, pour atteindre un ou plusieurs mois pour les travailleurs de niveau supérieur rémunérés au mois (les conventions collectives conclues depuis la seconde guerre mondiale prévoient souvent des délais bien plus longs). Cependant, si le travailleur perçoit une indemnité au titre d'une assurance à laquelle il est obligatoirement assujéti en conformité des dispositions légales ou contractuelles, le montant de cette indemnité est déduit du salaire. A l'époque où s'élaborait la loi sur le contrat du travail, seule existait, en matière d'assurance sociale, la loi de 1901 sur l'assurance-accidents, limitée à l'industrie. Or, il existe à présent une assurance-accidents et une assurance-maladie s'étendant obligatoirement à toutes les catégories de travailleurs et qui servent pendant une longue période des indemnités s'élevant à un pourcentage élevé du salaire (80%). De ce fait, la portée des dispositions y relatives de l'article 1638, c se trouvent réduites au versement d'un complément dans la mesure où les indemnités allouées au titre des assurances précitées n'atteignent pas le montant total du salaire.

Aux termes de l'article 1638, c, troisième et quatrième alinéas, le salarié conserve également son droit au salaire pour un temps court à calculer en toute équité, si l'accomplissement de devoirs que lui imposent la loi ou les pouvoirs publics, ne comportant aucune indemnisation pécuniaire (comme s'acquitter de son devoir d'électeur, faire des déclarations à l'état civil, se rendre à une convocation de l'autorité militaire, etc.) ou bien des circonstances très exceptionnelles survenues indépendamment de sa volonté (parmi lesquelles, notamment, des événements familiaux tels que naissances, décès, publication des bans et mariage etc.) l'ont empêché d'exécuter son travail. L'expression «temps court à calculer en toute équité» dénote qu'il s'agit sans doute

ici d'absences du travail durant quelques heures, tout au plus quelques jours (le plus souvent, les conventions collectives modernes contiennent, en ce qui concerne ces « courtes absences avec maintien du salaire » des dispositions précisant tant les événements que la durée).

Les cas exposés ci-dessus se rapportent à des situations où l'empêchement d'exécuter le travail est dans le chef du salarié. Dans ces cas, le salarié n'est donc pas tenu de réparer le dommage que subit le patron par suite de son absence; bien plus, celui-ci doit continuer à verser la prestation qui lui incombe. En outre, la notion de l'empêchement est en l'occurrence interprétée suivant un critère concret social plutôt qu'en conformité de la doctrine générale en matière de force majeure.

61. Aux termes de l'article 1638, *d*, le salarié ne perd pas davantage son droit au salaire fixé au temps si, en dépit du fait qu'il était disposé à fournir le travail stipulé, l'employeur n'en a pas profité, soit par sa propre faute, soit encore par suite de circonstances fortuites le concernant personnellement. Il s'agit donc de cas où le salarié n'exécute pas son travail par suite d'un empêchement qui est dans le chef de l'employeur.

En 1907, il était souhaitable de prévoir des règles à ce sujet parce que, dans la pratique, les employeurs avaient jusqu'alors coutume de renvoyer les salariés sans les payer, suivant leur bon plaisir. On ne se demandait pas si un tel comportement était soutenable en droit; en théorie, il s'agit en l'occurrence du problème épineux du péril en la demeure du créancier.

La réglementation de l'article 1638, *d* s'interprète couramment comme suit. L'employeur est tenu de continuer à verser le salaire lorsque l'empêchement lui est imputable, ce qui, notamment, est assurément le cas lorsqu'il refuse intentionnellement, sans en avoir le droit, de procurer du travail au salarié <sup>(128)</sup>. L'employeur est également tenu de continuer à verser le salaire si l'empêchement est dû à des circonstances qui lui sont personnelles, bien qu'aucun reproche ne

---

(128) On en déduit qu'à moins de détenir, en vertu d'une disposition figurant dans le contrat de travail écrit, le règlement ou la convention collective, un pouvoir explicite de mise à pied, l'employeur n'a pas le droit d'opérer des mises à pied avec suppression du salaire: voir retro, point 49. Il en est également inféré que si un travailleur est congédié en violation de l'interdiction de droit public, énoncée par l'article 6 de l'arrêté extraordinaire sur les rapports du travail, et se prévaut, au titre de l'article 9 de cet arrêté extraordinaire sur les relations de travail, de la nullité de son licenciement, il n'a pas besoin de demander des dommages-intérêts pour la période pendant laquelle le patron le considérait comme étant licencié, mais il a la faculté de réclamer le paiement du salaire; voir infra, point 83.

puisse, au fond, lui être adressé (maladie de l'employeur ou absence pour cause de vacances, ou encore l'observation par lui d'un jour férié religieux ou autre) ou si l'empêchement compte parmi les risques normaux de l'activité de l'employeur (tels que les pannes mécaniques, le retard dans l'approvisionnement en matières premières, la négligence de ses fournisseurs, le fléchissement de la vente de ses produits, les changements internes apportés à la gestion de l'entreprise et autres circonstances provoquant une stagnation dans l'exploitation; parmi ces risques figurent également les difficultés financières de l'employeur). Mais l'employeur n'est pas tenu de continuer à verser le salaire lorsque le travail est rendu impossible par des empêchements imprévus constituant cas de force majeure (par exemple incendie de l'entreprise, interdiction d'importer des matières premières déterminées, hostilités, etc.).

Depuis la seconde guerre mondiale, les dispositions de l'article 1638, *d* ont pris une importance plus grande qu'auparavant en raison de leur application mentionnée dans la note 128, en vertu de l'arrêté extraordinaire sur les relations du travail. De plus, la mise en vigueur de la loi de 1948 sur l'assurance-chômage *a*, bien plus souvent qu'auparavant, conduit à la détermination du risque normal de l'exploitation au sens de l'article 1638, *d*. En effet, l'article 21 de cette loi dispose comme suit: «Un salarié qui, indépendamment de sa volonté, se trouve pendant une journée réduit au chômage partiel ou total (que cette situation résulte ou non de son licenciement) *a*, en vertu de la présente loi, droit à une indemnité pour cette journée, à moins que son dernier employeur ne soit tenu de verser le montant complet du salaire pour la durée du chômage».

Sur le plan théorique, il est encore à noter que les dispositions de l'article 1638, *d* visaient en 1907 la situation particulière du contrat de travail, mais que, par la suite, la doctrine civiliste générale a précisément évolué dans le même sens. En effet, cette doctrine reconnaît actuellement que la «force majeure en matière d'exercice du droit» libère de l'obligation de fournir la contrepartie; alors que la doctrine de la «force majeure» (du côté du débiteur comme du côté du créancier) s'inspire de l'idée qu'un empêchement ne constitue pas un cas de force majeure si la partie qui l'invoque comme tel doit reconnaître qu'il s'agit d'un risque normal.

62. Suivant la lettre, l'article 1638, *b* cité au début du point 60, qui part du principe pur *do ut des*, et les dérogations limitées que prévoient à celui-ci les articles 1638, *c* et *d*, étudiés ensuite, s'appliquent

à tout salaire. Mais la doctrine néerlandaise impose constamment, comme s'agissant d'une chose évidente, que si la nourriture et, ou le logement chez l'employeur ou la jouissance d'un logement ont été convenus en tant que rémunération partielle, la fourniture de ces prestations doit continuer en cas d'interruption temporaire de l'exécution du travail, quelle que soit la cause de cette interruption. C'est là une dérogation essentielle au principe synallagmatique, qui va même plus loin que ne le font les dispositions de l'article 1638, c et d.

Le code civil de 1907 n'édicte pas de règles relatives au sort réservé en cas d'interruption du travail, aux droits qui ne peuvent être considérés comme faisant partie du salaire mais qui augmentent avec le temps, tels que le droit à congé, les droits à pension, les droits d'ancienneté, etc. La loi de 1953, stipulant une prolongation du délai-congé en fonction de la durée des rapports de travail, précise que les interruptions de travail survenues pendant l'existence du contrat de travail ne sont pas prises en considération pour le calcul de ladite durée, et va même, à cet effet, jusqu'à additionner les durées de deux contrats de travail conclus successivement à court intervalle entre les mêmes parties, cet intervalle sans contrat étant également incorporé dans le calcul (art. 1639, k) <sup>(129)</sup>. C'est surtout dans le courant des années suivantes que l'on a souvent inséré dans des contrats individuels et dans des conventions collectives des prescriptions relatives à l'effet que produisent sur les droits augmentant avec le temps, mentionnés ci-dessus, les interruptions du travail survenant pendant la durée d'un contrat de travail. Une tentative de les analyser ici mènerait toutefois trop loin; je me borne à faire observer que, généralement le principe de la stricte réciprocité est alors abandonné dans une large mesure.

63. Dans les points précédents du présent paragraphe, j'ai esquissé la portée des dérogations au principe du *do ut des* en ce qui concerne l'interdépendance des prestations réciproques. Les paragraphes 1 et 2 de la présente section ont fait connaître jusqu'à quel point la réglementation des obligations tient compte de la personne du salarié, ce qui constitue également une dérogation au principe de la réciprocité observé en matière de droits patrimoniaux. Enfin, la notion de l'échange individuel peut également être reléguée à l'arrière-plan par des prescriptions visant surtout la communauté de travail organisée ou prenant celle-ci pour base.

---

(129) Art. 1639, k.

Mais la loi de 1907 ne s'occupe guère de cette communauté de travail.

L'article 1639, c évoque les «règles de la maison» pour le salarié habitant sous le toit de son employeur, alors que l'article 1639, b fait état des ordres visant à maintenir la discipline dans l'entreprise de l'employeur. En ce qui concerne les motifs urgents, l'article 1639, p tient compte, non seulement du cocontractant, mais aussi d'autres personnes liées à la communauté de travail, dans la mesure où une mauvaise conduite à l'encontre des compagnons de travail ou de personnes vivant sous le toit de l'employeur peut également justifier un licenciement immédiat. Et certains autres exemples de motifs urgents cités dans la loi intéressent, eux aussi, l'entreprise de l'employeur. L'article 1638, e, qui accorde au salarié le droit de prendre communication de documents probants lorsque certains éléments de son salaire sont fonction de données que la comptabilité de l'employeur doit permettre de constater (commission, part aux bénéfiques, etc.) prévoit aussi la possibilité de donner communication desdits documents non pas à chaque salarié individuellement, mais seulement à certains d'entre eux, délégués à cet effet, ou à un expert-comptable à désigner par eux.

C'est là tout ce que l'on trouve dans les textes légaux. Dans notre législation, certains points, tels que le règlement et les amendes disciplinaires, qui, sous l'angle social, ne relèvent pas d'un contrat passé entre un employeur et un salarié isolé, mais supposent une entreprise comptant plusieurs salariés, sont encore entièrement considérés comme les éléments d'un contrat individuel <sup>(130)</sup>.

C'est pourquoi le salarié est lié à l'employeur en tant que son cocontractant personnel, et non à la communauté de travail. Aussi, en cas de cession de l'entreprise à un autre employeur ou de modification de sa forme juridique, convient-il d'apprécier les conséquences juridiques d'après la doctrine générale de la cession de créance, appliquée à l'ensemble des contrats de travail pris individuellement. Ce n'est que sur un point, à savoir le calcul de la durée des rapports de travail en vue de la prolongation éventuelle du délai congé que la notion de fonction sociale l'emporte légèrement sur celle de l'employeur en tant que cocontractant individuel. En effet, suivant l'article 1639 k, divers contrats de travail sont, pour ce calcul, censés constituer un seul contrat ininterrompu «si le même salarié s'est trouvé successivement au service de divers employeurs qui, au regard du travail

---

(130) Voir, au sujet des mesures disciplinaires, retro, point 49.



exécuté, doivent être raisonnablement considérés comme s'étant succédé».

#### *Section IV*

### *LA CESSATION DU CONTRAT DE TRAVAIL*

#### § 1. ÉVOLUTION DE LA RÉGLEMENTATION LÉGALE

64. Le code civil de 1838 contenait un article (art. 1639 ancien), traitant de la fin du contrat de travail, qui n'était pas emprunté au code civil français, mais s'inspirait de l'ancien droit néerlandais relatif aux domestiques. Aux termes de cet article, les «domestiques et ouvriers... loués pour un temps déterminé» ne pouvaient quitter leur employeur sans avoir pour cela des motifs légitimes, et en passant outre, ils perdaient leur droit au salaire pour la période en cours. De son côté, le maître devait leur permettre de rester à son service pendant tout le temps convenu; il avait cependant le droit de les renvoyer à tout moment, sans indication de motif, mais était alors tenu de leur verser, à titre d'indemnité, outre le salaire dû pour la période antérieure au jour du congédiement, un montant égal au salaire de six semaines. Rappelons que ces dispositions concernaient surtout les gens de maison et les valets de ferme qui, à cette époque là, étaient souvent engagés à l'année et recevaient habituellement leur salaire en argent chaque trimestre ou à des intervalles plus longs. La loi était muette sur les autres cas. Certains auteurs du siècle dernier ont examiné la question de savoir quelles sont en théorie, les règles juridiques applicables à ces cas sur la base des principes généraux du droit des contrats. En fait, dans les autres branches d'activité, les congédiements et les départs intervenaient en pratique au gré des intéressés; on observait quelquefois un délai-congé librement convenu, mais le plus souvent il n'y en avait pas.

65. Ainsi, la plupart des ouvriers ont dû attendre la loi de 1907 pour pouvoir bénéficier d'une réglementation effective de la cessation du contrat de travail.

Le législateur de 1907 visait à réaliser une protection au moyen d'une réglementation détaillée, principalement impérative, de la sécurité de droit formelle. Normalement, un contrat à durée déterminée prenait automatiquement fin à l'expiration de cette durée, étant donné que les volontés des deux parties étaient engagées jusqu'à ce moment-là seulement. Dans les cas — très fréquents — de reconduction tacite

à l'expiration de cette durée déterminée, le contrat était censé renouvelé pour la même durée et aux mêmes conditions. La cessation régulière d'un contrat de travail à durée indéterminée était subordonnée à l'observation d'un délai-congé, le même pour les deux parties, calculé en fonction des périodes de paiement de salaire; mais les délais maximaux fixés n'étaient pas trop longs, afin de ne pas trop lier l'ouvrier. Eu égard au caractère personnel des rapports existant entre l'employeur et l'ouvrier qui ne s'accommoderaient pas d'une coopération forcée, les parties conservaient cependant l'une et l'autre le droit de dénoncer prématurément le contrat, sans intervention du juge. Toutefois, à moins du consentement du cocontractant, ou sauf motif urgent de résiliation immédiate, communiqué sans délai à l'autre partie, on considérait une telle rupture — qui, en tout état de cause, pouvait d'ailleurs être soumise au juge pour appréciation a posteriori — comme valable en droit, tout en la qualifiant d'illicite (depuis la mise en vigueur de la loi 1953, la personne agissant ainsi est qualifiée «redevable de dommages». Et l'employeur ou l'ouvrier qui rompait prématurément le contrat d'une façon illicite (maintenant «de façon à devenir redevable de dommages») était tenu, au choix de l'autre partie, soit de verser forfaitairement, en tant que «dommages-intérêts légaux», le montant du salaire afférent à la période pendant laquelle le contrat de travail aurait encore été valable si la résiliation était intervenue à la date normale (c'est-à-dire, pour les contrats à durée déterminée, le reste de la durée fixée, et pour ceux à durée indéterminée le délai minimal requis en cas de résiliation régulière), soit le montant du préjudice effectivement subi pour cette période (et dont il faut alors pouvoir apporter la preuve). A la demande de l'une des parties, le juge était habilité, dans des cas très particuliers, à prononcer *ex nunc* la résolution prématurée du contrat de travail pour des motifs graves. Enfin, la loi réglait minutieusement les conséquences du décès de l'ouvrier et celles du décès ou de la faillite de l'employeur, la possibilité de résilier le contrat à son gré pendant une période d'essai (de deux mois au maximum) et quelques autres situations particulières se présentant rarement.

66. Cette réglementation constituait une amélioration sensible; dans ses grandes lignes, elle est toujours applicable. Néanmoins, des critiques ont par la suite été formulées à son sujet.

Du fait de cette réglementation, le délai-congé légal minimum afférent à un contrat de travail à durée indéterminée, qui était lié à la période de paiement du salaire, se réduisait le plus souvent, dans

la pratique, à une semaine pour les travailleurs manuels de l'industrie, à un mois pour d'autres ouvriers, à moins que des délais plus longs n'aient été prévus par contrat individuel de travail ou par convention collective. On était d'avis que ces délais-congés n'étaient pas suffisamment longs, spécialement en ce qui concerne les ouvriers comptant un certain nombre d'années de service.

Par ailleurs, on tenait pour inéquitable le fait que l'employeur eût la faculté de congédier l'ouvrier en cas de maladie ou d'appel sous les drapeaux en observant simplement le court délai d'usage.

Ce système faisait d'ailleurs l'objet d'une critique de caractère plus fondamental: on faisait valoir que la loi de 1907 se bornait à édicter des règles formelles, mais ignorait tout examen du bien-fondé des motifs matériels du licenciement. En raison même de la réglementation détaillée des délais, la jurisprudence jugeait qu'il était impossible de recourir en cette matière à la notion de l'abus de droit, si les formalités requises pour la dénonciation avaient été observées. Au sens de la loi, la résolution du contrat demeurait un acte abstrait que chacune des deux parties pouvait accomplir unilatéralement, à la condition de satisfaire aux conditions formelles, mais qui ne requérait aucune *juste cause de résiliation* <sup>(131)</sup>. Si la loi connaissait un examen de la légitimité formelle de la cessation, elle ignorait l'examen de l'équité matérielle <sup>(132)</sup>.

67. Sous l'occupation, la résiliation du contrat de travail par l'employeur et par l'ouvrier fut soumise à des prescriptions de droit public toujours plus strictes, d'abord afin de parer au chaos, ensuite pour permettre à l'occupant d'étendre son empire sur le marché du travail.

Après la libération, le gouvernement néerlandais, désirant remédier à la désorganisation initiale du marché du travail, et empêcher, pendant la période de reconstruction, les licenciements et les départs déraisonnables à l'égard de l'autre partie, subordonna de son côté la résiliation du contrat de travail à une autorisation de droit public, sauf consentement de l'autre partie ou rupture du contrat pour un motif impérieux; au chapitre II, nous reviendrons sur cette réglementation édictée par l'arrêté extraordinaire sur les relations du travail. Dans les débuts, on a considéré que c'était là une mesure provisoire,

(131) Voir déjà M. G. Levenbach, *Arbidsrecht als deel van het recht*, 1926, p. 20.

(132) Voir S. Mok, *Onrechtmatig en onrechtvaardig ontslag*, dans *R.E.A.*, 1<sup>er</sup> février 1934, XIX, p. 99, et quelques autres articles du même auteur, qui figurent dans la publication posthume de ses *Arbidsrechtelijke opstellen*, 1950.

appelée à disparaître dès que les conditions de vie économiques et sociales seraient redevenues «normales». Mais cette réglementation provisoire s'est révélée satisfaisante à tant d'égards qu'elle a été maintenue jusqu'à présent.

Cependant, en cas d'abolition de cette réglementation, on ne voulait plus voir se rétablir la situation résultant des dispositions du code civil telles qu'elles étaient formulées avant la seconde guerre mondiale. Aussi, la loi du 17 novembre 1953, Stbl. 619, a-t-elle réformé la section du code civil qui traite de la cessation du contrat de travail. Ayant tiré les conséquences de la critique évoquée au n° 66, on les a greffées sur le système existant dont les lignes ont par ailleurs été laissées intactes. Outre les règles s'appliquant déjà à la résiliation régulière, on a introduit un délai-congé dont la durée est fonction de l'ancienneté; pour éviter que ces dispositions puissent être tournées, la loi stipulait que si un contrat de travail à durée déterminée avait été reconduit après l'expiration de celle-ci, il fallait ensuite que sa résiliation intervint en tout état de cause avant la cessation<sup>(133)</sup>. La loi interdit la résiliation du contrat par l'employeur en cas de maladie ou de service militaire de l'ouvrier. En outre, elle confère au juge le pouvoir de qualifier une résiliation «manifestement déraisonnable», même si son auteur a respecté les formes et s'est parfaitement conformé aux règles, et d'accorder de ce chef à l'autre partie des dommages-intérêts d'un montant équitable<sup>(134)</sup>. Lorsque la résiliation a lieu en violation des règles formelles, et surtout lorsqu'elle est manifestement déraisonnable, le juge peut également condamner une des parties à rétablir les rapports de travail auxquels elle a mis fin. Cependant, la loi offre dans ce cas une possibilité de se soustraire à une coopération forcée; en effet, l'intéressé peut échapper à l'exécution effective de la condamnation au rétablissement des rapports du travail en versant un prix de rachat que le juge peut fixer d'office, ou est tenu de fixer à la demande d'une des parties (montant qui comprendra alors un élément de peine privée parce que l'intéressé se soustrait à un rétablissement que le juge, en toute objectivité, considérerait comme raisonnable).

(133) Sur le plan de la technique juridique, les deux notions «à durée déterminée» et «à durée indéterminée» ont été éliminées de la législation par les notions de contrats de travail dont la cessation «est subordonnée ou non à une dénonciation».

(134) Du point de vue de la technique juridique, l'introduction de cette notion matérielle d'injustice rendait impossible le maintien du terme résiliation «illicite», que la loi de 1907 avait lié à la seule injustice formelle. La loi définit désormais celle-ci par l'expression résiliation «irrégulière» ou «redevable de dommages», le terme «manifestement déraisonnable» s'appliquant à l'injustice matérielle in concreto.

L'interdiction de résiliation en cas de maladie et de service militaire de l'ouvrier ne s'adresse qu'à l'employeur. La prolongation du délai-congé en fonction du nombre d'années de service déjà accomplies progresse plus rapidement pour l'employeur que pour l'ouvrier. Par ailleurs, ces règles complémentaires de 1953 ont un caractère bilatéral; elles s'appliquent non seulement au licenciement mais aussi au départ du travailleur. Elles partent de l'idée que le contrat de travail crée entre l'employeur et l'ouvrier une communauté; lorsqu'il est mis fin à celle-ci, il y a lieu, de part et d'autre, non seulement d'observer des règles formelles, mais encore de tenir compte in concreto des intérêts et de la valeur personnelle de l'autre partie, étant bien entendu que, d'une manière générale, ces intérêts peuvent en fait être très divergents. La liberté que possède chacune des parties de dénoncer le lien n'est plus uniquement soumise à certaines obligations formelles de décence; désormais, elle ne doit plus aboutir à livrer une partie à l'arbitraire matériel de l'autre. Le principe abstrait de liberté et d'égalité des individus, qui, en définitive, présidait encore à la loi de 1907, a fait place, dans les dispositions de 1953, à la notion de liberté limitée, respectueuse des intérêts de l'autre partie.

Sur le plan technique du droit, la réforme de 1953 a été rédigée de manière que les dispositions du code civil relatives à la cessation du contrat de travail, tout en s'harmonisant avec les prescriptions de l'arrêté extraordinaire sur les relations du travail, constitueraient par elles-mêmes un tout en cas d'abolition dudit arrêté.

Après les indications succinctes fournies ci-dessus, il est superflu d'approfondir l'étude de la cessation du contrat de travail, le sujet ayant été examiné en détail par feu le professeur A. N. Molenaar dans l'ouvrage intitulé «La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., déjà publié par celle-ci en 1958<sup>(135)</sup> (136).

(135) Je profite de cette occasion pour rectifier une erreur qui s'est glissée dans la publication en cause, et qui fait dire à celle-ci exactement le contraire de ce que l'auteur entendait sans doute affirmer: Il convient de supprimer les mots «ne pas» au chapitre II, dernière phrase, troisième ligne d'en bas. Je tiens en outre à signaler que les «commentaires critiques», formulés par Molenaar au chapitre XIII, sur le double contrôle de la résiliation du contrat de travail, n'expriment nullement une opinion généralement répandue aux Pays-Bas. J'ai moi-même exposé en détail une conception inverse au chapitre X de mon ouvrage intitulé «*Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*», 1954.

(136) Les lecteurs ne sachant pas le néerlandais qui désirent avoir un aperçu de la matière pourront notamment consulter l'exposé récent de M. G. Levenbach, *De beëindiging van de arbeidsovereenkomst volgens het Nederlandse overeenkomsten recht* — La cessation du contrat de travail en droit néerlandais, dans *Handelsoverzicht* — Revue commerciale, *Maandblad van de Nederlandse Kamer van Koophandel voor België en Luxemburg* — Revue mensuelle de la chambre de commerce néerlandaise pour la Belgique et le Luxembourg, juin 1961, p. 3 et 11.

## § 2. LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

68. Nous avons vu sous le point 51 que le salarié, en tant que « bon ouvrier », est en général tenu de ne pas concurrencer son employeur durant les rapports du travail. Après l'expiration du contrat de travail, il n'existe plus d'obligation contractuelle de ce genre et le salarié, comme toute personne tierce, est seulement tenu de s'abstenir d'accomplir des actes de concurrence répréhensibles qui, aux termes de l'article 1401 du code civil, constituent des actes illicites <sup>(137)</sup>.

Mais un employeur peut avoir un intérêt certain à empêcher qu'un de ses anciens ouvriers ne se mette à le concurrencer après l'expiration du contrat de travail, en utilisant à son propre profit les connaissances acquises dans l'entreprise de l'employeur (procédés non brevetés mais tenus secrets) ou à traiter avec les relations d'affaires (fournisseurs ou clients) de son ancien patron. C'est pourquoi les employeurs de certaines catégories de travailleurs (surtout employés supérieurs, techniciens, voyageurs de commerce et vendeurs de magasin) cherchent parfois à protéger leurs propres intérêts en insérant dans le contrat de travail une clause dite de non-concurrence. Mais, après l'expiration du contrat de travail, le travailleur a intérêt à rencontrer le moins d'obstacles possible dans le choix entre les occasions s'offrant à lui de gagner sa vie grâce à son savoir-faire et à ses connaissances, surtout lorsque ses capacités se limitent à un secteur spécialisé. Or, à l'expiration du contrat de travail, il apparaît que l'engagement que l'intéressé (pensant peut-être obtenir une situation stable) avait contracté par nécessité ou par irréflexion au moment où l'emploi lui fut offert, constitue parfois un grave obstacle à la possibilité de trouver un nouveau gagne-pain approprié.

Le législateur de 1907 a pesé d'une façon déterminée les intérêts réciproques. D'une part, il n'a pas adopté le point de vue selon lequel, en tout état de cause, les dispositions légales, applicables à tous, relatives à la concurrence déloyale et aux actes illicites protègent déjà suffisamment le patron contre les actes de concurrence déloyale accomplis ultérieurement par le salarié qu'il a congédié. C'est pourquoi l'insertion d'une clause de non-concurrence n'est pas interdite par la loi, mais admise. En revanche, le législateur a voulu protéger le salarié contre tout engagement, pris par lui sous la pression de la nécessité ou par irréflexion dans des conditions qui, par la suite, constitue-

---

(137) Le fait, pour le travailleur, d'avoir été au service de cet employeur peut exceptionnellement jouer un rôle dans l'appréciation du caractère répréhensible. Voir H.R. 9 décembre 1955, N.J. 1956, 157, sur la «subtilisation» d'affaires par d'anciens salariés d'une compagnie d'assurance.

raient un obstacle injuste à la possibilité de gagner sa vie, ou qui permettrait au patron de réclamer une amende énorme pour un acte de concurrence d'un effet minime. Aussi, la clause de non-concurrence est-elle assujettie à un certain nombre de règles restrictives. Cette réglementation a encore été complétée en 1953.

69. L'article 1637 *x*, qui se rapporte à cette matière, traite de «la clause convenue entre l'employeur et le salarié limitant la faculté de ce dernier d'exercer une activité déterminée après la fin des rapports du travail» et des «dommages-intérêts à verser à l'employeur par le salarié au cas où celui-ci contrevient à une telle clause».

La disposition concerne donc les clauses de non-concurrence, stipulées lors de la conclusion ou pendant la durée du contrat de travail, ou même lors de la cessation de celui-ci si les parties sont encore liées en qualité d'employeur et de salarié.

La disposition vise tant le cas du salarié se mettant au service d'un concurrent de son ancien employeur et celui où il envisage d'exercer pour son propre compte des activités concurrentielles.

La disposition considère «l'activité» de l'ancien salarié; elle ne se rapporte pas à l'acquisition d'intérêts financiers dans une entreprise concurrente.

70. Or, une telle clause de non-concurrence n'est valable que si elle est convenue:

1° Avec un salarié majeur (dès lors, une clause de non-concurrence convenue avec un mineur est nulle, même si le représentant légal de ce dernier a donné son consentement; par ailleurs, lorsque le contrat de travail est maintenu le jour de la majorité, la validité en droit de cette clause n'est pas automatiquement acquise);

2° Dans un contrat ou un règlement écrits.

L'employeur peut en général se prévaloir ultérieurement d'une clause de non-concurrence adoptée valablement, quelles que soient les conditions dans lesquelles le contrat de travail a pris fin. Mais il ne peut en tirer aucun droit si, en raison de la façon dont les rapports de travail ont cessé, il est devenu redevable de dommages, c'est-à-dire dans le cas où l'employeur a rompu irrégulièrement le contrat de travail ou si, par un comportement intentionnel ou fautif, il a fourni au salarié un motif urgent de rupture immédiate, et si celle-ci a effec-

tivement eu lieu, ou si, pour les raisons précitées, le salarié a obtenu une résolution par décision judiciaire.

71. Lorsqu'une clause de non-concurrence a été réalisée valablement, et que l'employeur peut en exiger l'observation, il ne s'ensuit pas pour autant que ce dernier ait dans tous les cas la faculté d'imposer entièrement cette observation. En effet, l'article 1637 *x* prévoit trois cas où le juge est habilité à venir en aide au salarié si l'observation stricte constitue pour celui-ci un fardeau trop lourd.

Tout d'abord, le juge peut annuler la stipulation complètement ou en partie, et décharger le salarié de ses obligations, soit à la requête de ce dernier, soit lorsque celui-ci (attaqué en justice pour avoir enfreint la clause de non-concurrence) se défend en sollicitant cette annulation. Le juge doit en l'occurrence prendre comme critère le fait de savoir si, par rapport à l'intérêt de l'employeur à préserver la stipulation, celle-ci cause in concreto au salarié un préjudice injuste. L'annulation totale est rarement prononcée mais, souvent le juge réduit la durée de validité des clauses de non-concurrence et, ou l'étendue du territoire sur lequel le salarié n'est pas autorisé à concurrencer son ancien employeur, ou restreint l'ampleur des activités interdites; dans ces cas, il tient notamment compte du préjudice réel que cette concurrence risque de causer à l'employeur, des possibilités qui restent encore au salarié de gagner sa vie, du rapport qui existe entre la «stabilité» apparemment promise et la durée réelle de sa situation chez l'ancien employeur, et de la cause de la cessation du contrat de travail.

En outre, lorsque l'employeur a stipulé le versement de dommages-intérêts fixés en cas de violation de la clause de non-concurrence, le juge est toujours habilité à réduire les dommages-intérêts si leur montant lui semble exagéré. Pour apprécier s'il existe une telle disproportion, donnant lieu à une réduction, entre l'infraction et le montant dû à la suite de celle-ci au pied de la lettre de la clause, le juge tient compte de la gravité de l'infraction, du préjudice effectivement subi par l'employeur, du montant de l'ancien salaire du salarié, des avantages que l'infraction a procuré à celui-ci et de ses possibilités financières actuelles.

Il se peut que l'intérêt qu'il y a pour l'employeur de voir maintenir la clause de non-concurrence est tellement grand et raisonnable qu'une annulation ne serait pas à sa place, mais que le maintien léserait pourtant gravement le salarié quant à ses possibilités d'avenir.



Dans ces conditions, le législateur de 1953 a jugé équitable que l'employeur qui stipule une clause de non-concurrence pour préserver ses intérêts et empêche ainsi dans une grande mesure le salarié d'exercer une activité autrement qu'à son service, en supporte aussi les conséquences, et a habilité le juge à décider que l'employeur doit verser une indemnité équitable pour la durée de la limitation; le juge peut également autoriser un paiement échelonné de cette indemnité. Celle-ci peut être fixée soit pendant la durée des rapports de travail soit après leur cessation. Mais si le salarié, en raison de la façon dont le contrat de travail a pris fin, est devenu redevable de dommages (c'est-à-dire s'il a quitté son patron dans des conditions irrégulières ou si un comportement répréhensible de sa part a fourni à l'employeur l'occasion de le congédier pour un motif urgent), cette indemnité n'est pas due. Si l'employeur estime que l'indemnité est trop forte par rapport à l'avantage que lui procure la clause de non-concurrence, il lui est toujours loisible de s'en décharger en renonçant à ladite clause; mais, dans ce cas, le salarié recouvre également sa liberté.

## CHAPITRE II

LE RÔLE DU CONTRAT DE TRAVAIL COMME SOURCE  
JURIDIQUE DES RAPPORTS DE TRAVAIL*Section I*LE DÉCLIN DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ  
DES PARTIES COMME SOURCE DU DROIT DU TRAVAIL

## SOUS-SECTION A

## INTERVENTION LÉGISLATIVE ET RÉGLEMENTAIRE

## § 1. RESTRICTION DE DROIT PRIVÉ DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

72. L'expression «changement du rôle du contrat de travail comme source juridique» est frappante, mais ambiguë et, de ce fait, pas entièrement claire. Il convient à cet égard de distinguer divers aspects.

Le droit positif du travail d'il y a cent ans (mais on ignorait alors le concept du «droit du travail» en tant que tel!) n'était qu'un droit du libre contrat de travail. Sur le plan juridique formel, l'établissement, le contenu et la fin des rapports entre employeur et salarié était une affaire de libre échange de volontés, d'autonomie des parties. Mais, dans la réalité sociale, le salarié, en raison de sa condition économique inférieure, était presque toujours contraint d'accepter le premier emploi venu qui se présentait, et les conditions de travail étaient fixées unilatéralement par le patron. La liberté contractuelle de l'employeur était en même temps une réalité sociale; la liberté contractuelle en droit du salarié ne permettait pour autant pas à celui-ci de choisir et de négocier effectivement. Afin d'améliorer la condition sociale des salariés, il fallait restreindre l'autonomie de la volonté formelle de chacune des parties <sup>(138)</sup>.

Il a été exposé au chapitre I que cette limitation a entre autres été opérée aux Pays-Bas par la réglementation de droit privé de la loi de 1907 sur le contrat de travail, dont de nombreuses dispositions

(138) Voir S. Mok, *Vrijheid en gebondenheid in het Arbeidsrecht*, 1946; figure également dans ses *Arbeidsrechtelijke opstellen*, 1950, p. 64 et s.

sont impératives ou semi-impératives. Cette loi a sensiblement amélioré la situation juridique du salarié et a atténué les purs rapports des forces tels qu'ils se manifestaient auparavant. Nombre de salariés comme d'employeurs ont alors exprimé leur opinion en déclarant: «Cette loi nous a pour la première fois donné un véritable contrat». Bien qu'elle fût une hérésie juridique, cette déclaration faisait clairement ressortir que le contrat de travail ainsi réglementé avait pris une place bien plus importante dans le droit du travail. Mais c'est précisément la raison de l'amenuisement du rôle joué par le concept de contrat de travail en tant que résultat de négociations menées d'après les conceptions juridiques du XIX<sup>e</sup> siècle, par deux parties parfaitement libres, conceptions qui procédaient en effet de l'idéologie alors prédominante et qui, même en dehors du contrat de travail, paraissent surannées au civiliste moderne. Par la suite, la réglementation légale du contrat, lequel continuait d'être de droit privé, a pris en revanche une importance sociale sensiblement plus grande que celle des maigres règles édictées en 1838.

Cependant, il est incontestable que, depuis 1907, s'est resserrée la portée sociale du contrat individuel de travail en tant que manifestation de la liberté que possèdent les parties dans les limites des dispositions légales très impératives de droit privé. D'autre part, la portée de la législation de droit privé elle-même a été restreinte par toutes sortes d'interventions de droit public et de réglementations collectives établies au sein même de la vie économique. Ces facteurs, qui existaient en germe dès 1907, se sont par la suite développés et amplifiés dans des proportions énormes (donnant notamment naissance au droit du travail en tant que branche spécialisée du droit et de la science juridique). Ces diverses autres interventions sont étudiées dans les paragraphes suivants de la présente section.

## § 2. INTERVENTION DE DROIT PUBLIC TOUCHANT LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

73. La plus ancienne ingérence de droit public dans la conclusion du contrat de travail tendait à interdire la conclusion d'un contrat de travail avec certaines personnes, en vue de protéger celles-ci. Je songe ici à l'interdiction du travail des enfants. Aux Pays-Bas, cette interdiction remonte à la promulgation, en 1874, de la loi van Houten, dite «des enfants», qui visait les enfants âgés de moins de 12 ans. Par la suite, cette interdiction a été reprise par les lois du travail de 1889, de 1911 et de 1919, qui seront étudiées sous le point 78.

Étant donné qu'il est absolument interdit d'employer des enfants d'un âge inférieur à celui qu'indique la loi (interdiction qui s'étend actuellement aux garçons âgés de moins de 14 ans ou encore soumis à l'obligation scolaire et, sauf quelques exceptions, aux filles âgées de moins de 15 ans), et compte tenu du fait que l'obligation de travailler constitue un élément essentiel du contrat de travail, un tel contrat conclu avec un enfant réunissant ces conditions enfreint automatiquement une loi d'ordre public et est, dès lors, nul en droit civil.

74. La liberté de faire effectuer du travail par certaines personnes a ensuite été limitée dans le droit public néerlandais par la loi du 16 mai 1934, Stbl. 257, sur l'exécution de travail par des étrangers. Aux termes de cette loi, l'employeur ne peut en général employer des étrangers qu'avec une autorisation écrite. Cette loi vise à protéger non pas le salarié individuel, mais le marché néerlandais du travail <sup>(139)</sup>.

C'est l'employeur qui doit posséder une autorisation et, en cas d'infraction, c'est lui que frappe la sanction. Compte tenu de la tendance générale de la loi, j'incline à répondre par la négative à la question de savoir si un contrat de travail passé avec un étranger en l'absence de l'autorisation requise est nul. Le problème ne s'est à vrai dire jamais posé dans la doctrine ou dans la jurisprudence.

75. Dès après la libération, les pouvoirs publics ont pris des dispositions générales leur permettant de contrôler l'embauchage; il s'agissait d'une mesure d'urgence visant à remédier au désordre qui régnait sur le marché du travail. En effet, aux termes de l'art. 7 de l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les relations de travail, le ministre des affaires sociales est habilité à disposer que l'autorisation du directeur de l'Office régional de l'emploi est requise pour établir des rapports de travail avec les travailleurs ou catégories de travailleurs désignés par lui. Dans les débuts, cette compétence a été, d'une façon nuancée, utilisée pour diverses branches de la vie économique. La plupart des décisions y relatives ont été abrogées par la suite; à l'heure actuelle, deux seulement d'entre elles sont encore en vigueur <sup>(140)</sup>.

---

(139) En vertu d'accords Benelux, aucune autorisation n'est nécessaire pour les ressortissants belges et luxembourgeois. La résolution de l'O.E.C.E. du 30 octobre 1953, ratifiée par les Pays-Bas, et les obligations relatives à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté économique européenne influencent aussi l'application des dispositions législatives néerlandaises.

(140) Décision du 8 juin 1951, Stbl. 110, relative aux salariés féminins dans l'industrie cigarière (qui tendent à prévenir les débauchages à l'intérieur de cette industrie) et décision du 17 août 1954, Stbl. 171, relative aux femmes travaillant dans les tourbières (qui vise à s'opposer au recrutement d'une certaine catégorie de main-d'œuvre dans cette branche d'activité en déclin).

En cas d'embauchage sans autorisation, alors que celle-ci était requise, seul l'employeur peut, ici encore, être frappé d'une sanction pénale. L'arrêté précité ne tranche pas la question de savoir si, en pareil cas, le contrat de travail est nul, alors que l'interdiction de licenciement, qui sera étudiée au § 4 de la présente section, est au contraire assortie d'une disposition expresse dans ce sens. Les rares auteurs qui examinent le problème<sup>(141)</sup> déduisent de ce qui précède, ainsi que de la tendance de la disposition, que le contrat est néanmoins valable; il n'existe aucune jurisprudence à ce sujet.

76. Les prescriptions examinées sous les points 73 à 75 limitent la liberté contractuelle en interdisant, dans certains cas, la conclusion d'un contrat de travail. Toutefois, il existe aussi des règles limitant la liberté contractuelle individuelle, qui, dans des cas déterminés, obligent au contraire à conclure un contrat de travail. En droit néerlandais, certaines d'entre elles n'ont joué qu'un rôle temporaire, et si je les mentionne ici, c'est uniquement par souci de tracer un historique complet.

L'article 4 de l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les relations du travail oblige l'employeur à réembaucher et à rendre leur ancien emploi à ceux de ses anciens salariés qui, pendant l'occupation, l'ayant quitté contre leur gré, en raison des circonstances (déportation en Allemagne, licenciement sur l'ordre de l'occupant ou fuite dans la clandestinité, etc.), se présentent chez lui dans le mois à compter du moment où ils en ont de nouveau la possibilité; par la force des choses, cette disposition ne produit pratiquement plus d'effets à l'heure actuelle. Aux termes de l'article 5 de l'arrêté précité, la même disposition s'appliquait aux salariés dont les rapports avec l'employeur avaient pris fin à la suite de leur incorporation dans l'armée; il est évident que cette disposition a conservé plus longtemps un grand intérêt; elle a cependant été abrogée après la modification du code civil intervenue en 1953, l'employeur n'ayant désormais plus le droit de dénoncer le contrat pendant la durée du service militaire (cette abrogation n'est devenue applicable que plusieurs années après la mise en vigueur de la modification parce que la disposition nouvelle du code civil ne joue qu'en faveur des militaires incorporés dans l'armée après la date de la mise en vigueur).

Il est à noter que le nouveau lien contractuel imposé par ces dispositions ne naissait pas automatiquement du fait que l'ancien sa-

---

(141) Voir Van der Grinten en Haakman, *op. cit.*, 17.

larié se présentait devant son ancien patron, mais que ce fait mettait uniquement l'employeur dans l'obligation de conclure un nouveau contrat. Il n'est pas besoin ici d'étudier cette matière plus en détail.

77. De son côté, la loi du 1er août 1947, Stbl. H. 283, sur la mise au travail des travailleurs handicapés, impose aux employeurs une obligation positive de conclure des contrats de travail, bien qu'elle ne désigne comme bénéficiaire de cette mesure aucun salarié bien déterminé. Aux termes de cette loi, les entreprises avec un effectif de plus de 20 et de moins de 50 salariés, doivent occuper au moins un salarié handicapé, celles dont l'effectif est plus nombreux devant employer au moins un salarié diminué physiquement sur 50 salariés, sauf dispense accordée par l'Office régional de l'emploi. Cette obligation peut faire l'objet d'une sanction pénale; dans la pratique, il n'est pas nécessaire de recourir à celle-ci, étant donné la mentalité des chefs d'entreprise néerlandais et l'activité des sections de placement des cas particuliers attachées aux Offices régionaux de l'emploi.

### § 3. INTERVENTION DE DROIT PUBLIC TOUCHANT LE CONTENU DU CONTRAT DE TRAVAIL

78. L'interdiction du travail des enfants, intervenue en 1874 — voir sous le point 73 —, a été ultérieurement complétée par des règles légales tendant à protéger les jeunes et les femmes. Au profit de ces catégories, la loi du travail de 1889 a établi et permis d'édicter des règles relatives à la durée maximale du travail, le travail de nuit et le travail dominical, les pauses, etc., et a restreint l'exécution de certains travaux présentant des risques pour la santé et pour la vie; ces prescriptions visaient principalement les usines et les ateliers. L'employeur était tenu de les observer, sinon il s'exposait à des sanctions; l'inspection du travail fut chargée d'en contrôler l'application. La loi du travail de 1911 a amélioré cette protection des «*personae miserabiles*». Ces dispositions ne s'appliquent plus uniquement aux usines et aux ateliers, la loi du travail du 1er novembre 1919, Stbl. 624 — plusieurs fois modifiée depuis — les ayant étendues à toutes les branches d'activité; elle a en outre introduit une réglementation de la durée du travail et des pauses, notamment pour les adultes du sexe masculin. Ainsi, ce texte constitue la loi générale en cette matière.

Je ne puis évidemment exposer en détail tous les effets que produit cette loi, et me bornerai à indiquer quelques conséquences sur le plan du droit civil. En cas d'embauchage de jeunes ou de femmes

en vue de l'exécution d'un travail interdit, le contrat de travail est nul dans son ensemble. Si la prestation exigée de ces personnes ne consiste qu'en partie en un travail interdit, ou si un tel travail ne leur est demandé qu'à un moment déterminé, la validité du contrat de travail en tant que tel est maintenue. Lorsque le contrat — même s'il est conclu avec un salarié du sexe masculin — stipule une durée de travail au delà, ou partiellement en dehors des heures admises par la loi du travail, cette clause est nulle, le contrat de travail demeurant au contraire valable. La relation entre le travail admis en droit public et celui qui est obligatoire en vertu du contrat de travail a déjà été examinée ci-dessus sous le point 47.

79. De nos jours, la loi du travail apparaît surtout comme un texte réglementant la durée du travail, mais elle a conservé les règles énoncées par la première loi de ce nom, relatives aux circonstances externes du travail, considérées du point de vue des sujets (à savoir des seules *personae miserabiles*). Du point de vue objectif, des règles ont été édictées par ou en vertu de la loi sur la sécurité du travail, qui limitent la liberté des parties en ce qui concerne les circonstances externes du travail, à savoir en précisant les conditions auxquelles doivent satisfaire les installations et le fonctionnement du matériel, etc. (indépendamment de la question de savoir si le travail est accompli par des femmes ou par des hommes). En vertu de la loi de 1895 sur la sécurité du travail, ces dispositions s'appliquaient uniquement aux usines et aux ateliers; la loi sur la sécurité du travail du 2 juillet 1934, Stbl. 352, en a maintenant généralisé l'application, en les étendant aux travaux de toute sorte.

80. Indépendamment de ces deux lois générales, il existe aux Pays-Bas un certain nombre de lois spéciales par lesquelles ou en vertu desquelles ont été arrêtées, pour un secteur déterminé, des règles de droit public concernant la durée, la sécurité et l'hygiène du travail. Citons la loi sur les mines du 27 avril 1904, Stbl. 73, la loi sur les caissons du 22 mai 1905, Stbl. 143, la loi sur les tailleurs de pierre, initialement du 7 octobre 1911, Stbl. 315, réformée par la loi du 11 novembre 1921, Stbl. 1167, la loi sur les travailleurs des ports du 16 octobre 1914, Stbl. 486.

Des interventions de droit public dans la liberté contractuelle en matière de travail découlent en outre de quelques autres lois qui, si elles intéressent la protection des travailleurs à proprement parler, débordent par ailleurs ce domaine; citons la loi sur les allu-

mettes au phosphore du 28 mai 1901, Stbl. 133, la loi sur les horaires de travail des conducteurs de véhicules à moteur du 9 novembre 1936, Stbl. 802, la loi sur la silicose du 25 avril 1951, Stbl. 134, la loi du 13 juillet 1951, Stbl. 281, portant introduction d'un jour de repos hebdomadaire au profit des artistes exécutant de la musique de danse et de la musique légère, la loi sur les outils dangereux du 5 mars 1952, Stbl. 204. Il convient enfin de mentionner la loi sur le travail à domicile du 17 novembre 1933, Stbl. 597.

81. En ce qui concerne la durée du travail, le droit néerlandais connaît encore une intervention de droit public d'une tendance tout autre que celle des dispositions édictées par la loi du travail. Aux termes de l'article 8 de l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les relations de travail, il est interdit à l'employeur, sauf autorisation, de fixer ou de maintenir la durée du travail du salarié à moins de 48 heures par semaine. Cette interdiction n'est notamment pas applicable aux travailleurs dont le salaire fixe hebdomadaire ou mensuel ne diminue pas en cas de réduction du travail. Cette dernière exception suffit déjà à démontrer que la prescription visait d'une part à garantir au travailleur un revenu décent; d'autre part, elle avait pour objet de faire redémarrer la production au lendemain de la libération, en obligeant les chefs d'entreprise à respecter la durée du travail normale d'avant la guerre. Par la suite, les dispositions de cet article ont notamment permis de prévenir une réduction désordonnée de la durée du travail, affectant tantôt tel secteur, tantôt tel autre, et l'introduction d'une semaine de 5 jours jusqu'au moment où ces mesures pouvaient, avec une certaine coordination, être mises en oeuvre dans le cadre de l'économie nationale. A cette fin, on a toutefois eu recours plus encore aux règles qui seront examinées au n° 82.

82. Avant la seconde guerre mondiale, les pouvoirs publics intervenaient dans les questions telles que la durée, la sécurité et l'hygiène du travail alors que les salaires et autres conditions de travail étaient déterminés par le libre échange des volontés, des cocontractants individuels dont la liberté était tout au plus limitée par des conditions minimales arrêtées dans les conventions collectives. Après la libération, on estimait généralement que les salaires et autres conditions de travail nécessitaient, à titre de mesure d'urgence, une large intervention des pouvoirs publics, et cette limitation de droit public de la liberté, non seulement des co-signataires du contrat individuel de travail, mais aussi des parties aux conventions collectives, a donné des résultats



tellement intéressants qu'elle a été maintenue à ce jour, bien que son ampleur et sa structure aient constamment fait l'objet de divergences d'opinions.

Ces interventions des pouvoirs publics, que régit le titre III de l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les relations de travail, sont confiées au Collège des conciliateurs d'État, dont la tâche essentielle n'est pas la médiation, mais l'examen, l'appréciation, la coordination, voire la direction. Ce Collège a compétence pour arrêter lui-même, soit d'office, soit à la demande des syndicats d'employeurs et de travailleurs, des règles obligatoires relatives aux salaires et autres conditions de travail. Pour être valable, toutes les conventions collectives doivent être approuvées par le Collège. Celui-ci a été investi du pouvoir de déclarer d'obligation générale les dispositions contenues dans les conventions collectives. Enfin, il peut accorder des dérogations à toutes les règles établies. L'employeur qui consent des salaires ou des conditions accessoires de travail dérogeant — peu importe que ce soit en faveur ou au détriment des travailleurs — aux prescriptions établies ou approuvées par le Collège s'expose à des sanctions pénales.

Le Collège détient des pouvoirs indépendants, fondés sur les dispositions de l'arrêté extraordinaire sur les relations de travail, qui a force de loi. Il est évidemment tenu de rester dans les limites des dispositions légales d'ordre public. Aux termes de l'arrêté précité, il lui faut en outre, dans l'exercice de ses compétences, se conformer aux directives générales du ministre des affaires sociales. Au surplus, avant de prendre une décision d'une portée générale, le Collège doit prendre l'avis de la Fondation du travail, organisme paritaire permanent, créé au lendemain de la libération, au sein duquel coopèrent les fédérations nationales des employeurs et des travailleurs. En fait, depuis la libération, la politique néerlandaise dirigiste en matière de salaires est devenue l'objet d'une consultation tripartite entre les pouvoirs publics et les organisations syndicales des employeurs et des travailleurs dans toutes leurs ramifications, la décision finale étant, sur le plan juridique, réservée au Collège. Mais la liberté contractuelle des parties individuelles en matière de travail a presque entièrement disparu dans le domaine de la fixation des conditions fondamentales de travail.

Dans le cadre du présent rapport, nous devons nous en tenir à ces quelques indications sur la politique des salaires pratiquée aux

Pays-Bas, laquelle est caractérisée par une liberté très restreinte, et par un dirigisme fort marqué <sup>(142)</sup>.

§ 4. INTERVENTION DE DROIT PUBLIC TOUCHANT LA CESSATION  
DU CONTRAT DE TRAVAIL

83. Comme il a déjà été indiqué sous le point 67, au lendemain de la libération des Pays-Bas, la cessation du contrat de travail a été soumise, à titre de mesure d'urgence, à un contrôle de droit public, et ce contrôle a été maintenu depuis. L'article 6, alinéa 1, de l'arrêté précité est rédigé comme suit: «Il est interdit à l'employeur et au travailleur de mettre fin aux rapports du travail, sans l'autorisation du directeur de l'Office régional de l'emploi.» Cependant, aux termes du deuxième alinéa, cette interdiction est notamment levée si la résiliation est opérée pour un motif urgent aussitôt communiqué à l'autre partie, ou si elle intervient d'un commun accord.

L'exception autorisant la résiliation d'un commun accord montre déjà que la tendance de cette ingérence de droit public n'est par empreinte d'un dirigisme pur, et qu'elle vise surtout à protéger. L'élément décisif, c'est le caractère raisonnable de la cessation, compte tenu des intérêts de l'autre partie; mais, à bien des égards, la situation du marché du travail joue un rôle dans l'examen des intérêts réciproques, et ce rôle est plus important que dans la confrontation des intérêts en cause par le juge statuant sur un litige individuel. L'appréciation n'est d'ailleurs pas du ressort exclusif de l'administration; l'Office régional de l'emploi est assisté par des commissions consultatives, détenant des pouvoirs assez étendus, dans lesquelles siègent des représentants des employeurs et des travailleurs; des directives générales en matière de licenciement sont arrêtées par l'Office national de l'emploi, de concert avec une Commission centrale consultative et d'assistance. Il est encore à noter que l'interdiction frappant la résiliation effectuée sans autorisation s'applique aux deux parties, la liberté de l'employeur et celle du travailleur se trouvant donc restreinte l'une et l'autre <sup>(143)</sup>.

(142) Voir sur cette politique en matière de salaires, notamment: P. S. Pels: *De ontwikkeling van de loonvorming*, 2<sup>e</sup> éd., 1952; M. G. Levenbach, *De Nederlandse loonpolitiek*, 1955; Th. B. C. Mulder, *Loonvorming in overleg*, Prft. 1956. Voorts: B. Zoetewij, *Politique nationale des salaires; l'expérience des Pays-Bas*, dans *Revue internationale du travail*, février 1955; M. G. Levenbach, *Fixation des salaires et organisation des relations industrielles aux Pays-Bas après la guerre*, dans *Rivista di diritto intern. et comp. del lavoro*, avril 1955; P. S. Pels, *The Development of Collective Employment Agreements in the Netherlands*, dans Ad Sturmthal (Ed.), *Contemporary Collective Agreements in Seven Countries*, Ithaca, New York 1957; J. P. Windmuller, *Postwar Wage Determination in the Netherlands*, dans *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, mars 1957.

(143) Voir sur le fonctionnement de cette réglementation, surtout J. H. A. Ringeling, *Rechtvaardig ontslag*, thèse 1953.

L'inobservation de l'interdiction peut entraîner une sanction pénale, mais elle comporte aussi une sanction civile. En cas de résiliation en l'absence de l'autorisation requise, l'autre partie a pendant six mois le droit d'invoquer la nullité. Celle-ci a donc, à divers égards, un caractère relatif. Elle peut être invoquée non pas par l'auteur de la résiliation, mais par la personne lésée, qui n'est d'ailleurs pas tenue de le faire; au bout de 6 mois d'inaction, elle perd son droit. L'invocation, en temps opportun, de la nullité a pour conséquence juridique le maintien du contrat, en dépit de sa cessation de fait. Ainsi, le travailleur ayant fait l'objet d'un licenciement de fait, mais non valable en droit, peut notamment demander que le salaire continue à lui être versé, à condition qu'il demeure, de son côté, disposé à travailler. L'employeur peut demander en justice que le travailleur l'ayant quitté, mais encore juridiquement lié, observe à nouveau son obligation de travailler et revienne donc à son service, le cas échéant avec une astreinte (144).

Ce contrôle préventif de droit public du caractère raisonnable de la cessation des contrats de travail s'est donc maintenu à côté de l'appréciation du «caractère manifestement déraisonnable», éventuellement effectuée a posteriori par le juge, qui a été insérée dans le code civil en 1953. Pour ma part, j'estime que ces deux possibilités d'examen qui, sur le plan de la technique du droit, se complètent harmonieusement, sont logiques et souhaitables, mais feu le professeur Molenaar notamment avait à ce sujet une opinion différente (145).

#### § 5. L'INTERVENTION DE DROIT PUBLIC TOUCHANT LA SÉCURITÉ SOCIALE

84. Corrélativement à l'idée que l'on se faisait au XIX<sup>e</sup> siècle du libre contrat de travail en tant que contrat synallagmatique conclu entre des personnes égales, le salarié qui ne travaillait pas ne pouvait escompter aucun secours de la part du patron pendant ou après la durée du contrat de travail. Si, pour cause de maladie, d'accident, d'invalidité, de vieillesse ou de pénurie de travail, il n'était pas à même de travailler temporairement ou définitivement, il était abandonné à son sort. L'individu libre assume la responsabilité de sa propre existence.

(144) Sur toutes les particularités juridiques concernant les articles 6 et 9 de l'arrêté extraordinaire sur les rapports du travail, voir Van der Grinten en Haakman, *Buitengewoon Arbeidsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., 1957, chapitre III.

(145) Voir la fin de la note 135 et la note 136.

Les rapports créés directement par le contrat de travail ne permettent que dans une faible mesure de remédier aux conséquences des détresses résultant de cet état de choses<sup>(146)</sup>. Le problème a été résolu par l'institution des assurances sociales obligatoires qui, au départ, étaient réservées aux seuls salariés, certaines d'entre elles ne s'étant que bien plus tard transformées progressivement en assurances nationales.

Les assurances obligatoires des salariés (il ne sera pas question ici des assurances nationales) existant aux Pays-Bas ont été instituées par la loi sur l'assurance-accidents (initialement de 1901, réformée en 1921), la loi de 1922 sur l'assurance-accidents dans l'agriculture et l'horticulture, la loi de 1913 sur l'assurance-invalidité (mise en vigueur en 1919), la loi sur l'assurance-maladie (de 1913, mais, sensiblement modifiée, en vigueur depuis 1930 seulement), la loi de 1949 sur l'assurance-chômage et la loi de 1939 sur les allocations familiales. Ces assurances obligatoires comportent donc des limitations de droit public de la liberté contractuelle en matière de travail, dans ce sens qu'une cotisation doit être versée soit par l'employeur, soit conjointement par l'employeur et le salarié, et que l'employeur est obligé de tenir une comptabilité des salaires, etc.

Le présent rapport n'entend évidemment pas exposer en détail le contenu des lois précitées. Mais il y a lieu de rappeler dans ce chapitre que les textes légaux précités restreignent dans son essence l'autonomie matérielle de la volonté des parties au contrat de travail. D'ailleurs, ils ont déjà été évoqués ci-dessus, parce que la jurisprudence en matière de législation sur les assurances des salariés a contribué à délimiter la notion de contrat de travail, et il en sera à nouveau question à la section II de ce chapitre, au sujet de la délimitation du champ d'application en technique du droit.

## SOUS-SECTION B

### RÉGLEMENTATION COLLECTIVE PAR LA VIE ÉCONOMIQUE

#### § 1. LA BRANCHE D'ACTIVITÉ COMME SOURCE JURIDIQUE

85. Aux Pays-Bas, comme dans les autres pays, la convention collective de travail constitue la forme de réglementation collective la plus

---

(146) Voir retro, point 60.

importante au niveau de la branche d'activité. La réalisation de conventions collectives postule évidemment l'existence de syndicats représentant une collectivité de travailleurs. Au départ, leur simple présence en tant que puissances de fait a amené les employeurs à modifier leur attitude vis-à-vis des salariés individuels; dans la phase suivante, ils sont parvenus à passer avec les employeurs des accords sur les conditions de travail à retenir dans la conclusion des contrats individuels de travail. Par la suite, d'autres réglementations du travail au niveau de la branche d'activité ont également été incluses dans les conventions collectives (telles que les relations entre les organisations patronales et ouvrières, les instances arbitrales professionnelles, les caisses communes, l'apprentissage, etc.) et, dans certaines branches d'activité, la convention collective s'est développée au point de représenter un code de travail presque complet pour les branches en question.

Les premières conventions collectives locales établies aux Pays-Bas remontent aux dernières années du XIX<sup>e</sup> siècle; quelques conventions collectives nationales furent réalisées à la veille de la première guerre mondiale, mais ce n'est qu'après celle-ci qu'elles ont pris leur véritable essor, dans ce pays.

Dès l'apparition aux Pays-Bas des toutes premières conventions collectives, les juristes se sont penchés sur ce phénomène fascinant. La loi de 1907 sur le contrat de travail renfermait déjà un article 1637, *n* qui, d'une manière primitive, donnait à la convention collective quelque effet juridique (à savoir, le pouvoir accordé aux parties à la convention collective de réquérir en justice l'annulation d'une clause insérée dans un contrat individuel de travail en violation des dispositions d'une convention collective liant l'employeur et le salarié intéressés). Dans la vaste littérature juridique on trouve sur la convention collective des opinions très divergentes, les auteurs ayant eu de la peine à concilier ce concept avec les idées individualistes traditionnelles qui dominaient le droit des contrats. Une réglementation détaillée de droit civil a été réalisée en 1927. Cette loi, sans beaucoup se soucier de la doctrine juridique et de ses incertitudes, a consacré comme droit positif les règles qui étaient alors considérées comme justes dans la vie professionnelle.

86. La loi du 24 décembre 1927, Stbl. 415, sur la convention collective de travail définit celle-ci comme «la convention conclue entre, d'une part, un ou plusieurs employeurs ou une ou plusieurs associations d'employeurs possédant la personnalité juridique et, d'autre part,

une ou plusieurs associations de salariés possédant la personnalité juridique, et ayant pour objet principal ou exclusif la détermination des conditions de travail à observer dans la conclusion des contrats de travail». La convention collective peut également se rapporter à des contrats d'entreprise ou à des contrats portant sur la prestation de quelques services.

La convention collective crée des droits et obligations pour les associations parties à la convention et pour les affiliés de ces associations qui sont liés par elle. Sont liées toutes les personnes affiliées à l'association au moment de la conclusion de la convention collective, ou qui y adhèrent pendant la durée de celle-ci. Si elles quittent l'association, elles demeurent néanmoins liées pendant la durée de validité de la convention collective, et même la dissolution de l'association ne supprime pas le lien établi antérieurement par la convention à l'égard des affiliés.

La convention collective comporte des relations juridiques de trois sortes, à savoir: 1° entre les parties à la convention collective; 2° entre les parties aux contrats individuels de travail, qui sont dominés par la convention collective parce que celle-ci lie les salariés tout autant que les employeurs et 3° entre, d'une part, l'employeur ou le salarié individuellement soumis aux dispositions de la convention collective et, d'autre part, les organisations parties à cette convention.

Quant aux relations juridiques visées au 2°, la convention collective devient en vertu de la loi une source de droit impératif à l'égard de l'autonomie de la volonté des parties individuelles. En effet, l'employeur comme le salarié étant liés par la convention collective, toute clause dérogatoire insérée dans leur contrat individuel de travail est nulle, et leur relation est alors régie sur ce point par les dispositions contenues dans la dite convention. Il en est de même pour les points que le contrat ne règle pas (art. 12 et 13).

Aux relations juridiques visées en 3° se rattache notamment l'obligation incombant aux termes de l'article 14 à l'employeur lié par la convention collective; en vertu de cette obligation, sauf stipulation contraire dans la convention collective il doit étendre l'application des conditions de travail de la convention collective à ceux de ses salariés qui ne sont pas liés par cette convention. C'est là une obligation pour l'employeur, mais le salarié non syndiqué, qui n'est pas lié par la convention collective, n'en tire aucun droit direct. En pareils cas, une dérogation par contrat individuel est donc valable, mais l'employeur

se rend alors coupable de non-prestation à l'égard des parties à la convention collective <sup>(147)</sup>.

D'autres développements concernant le droit des conventions collectives n'entrent pas dans le cadre du présent rapport. Nous nous bornerons à formuler ici deux remarques.

- 1° Conformément à l'esprit de la loi de 1927, la convention collective détermine les conditions de travail minimales. Une dérogation prévue dans le contrat individuel de travail en faveur du salarié ne constitue pas une « clause dérogatoire » au sens de l'article 12, à moins que le contraire ne découle du contenu de la convention collective, ce qui est rarement le cas.
- 2° Aux termes de l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les rapports du travail, toute convention collective est soumise à l'approbation de droit public du Collège des conciliateurs d'État <sup>(148)</sup>, et l'employeur n'a pas le droit d'accorder alors des salaires et des conditions de travail ne correspondant pas à ceux que le Collège a approuvés. De ce fait, il est interdit, sauf autorisation du Collège, d'insérer dans un contrat individuel de travail une clause dérogatoire aux dispositions de la convention collective, peu importe que cette clause soit à l'avantage ou au détriment du salarié. Le caractère de la convention collective s'en est trouvé changé; celle-ci établit maintenant des conditions minimales et maximales à moins que le contraire ne découle de la convention collective approuvée et étant entendu que le contenu même des conventions collectives approuvées prévoit souvent une certaine marge entre les conditions minimales et maximales.

87. En vertu de la loi de 1927, les dispositions de la convention collective ne sont impératives que vis-à-vis des contrats de travail conclus entre employeurs et salariés liés les uns et les autres par la convention collective. En pratique, l'article 14 étend l'application des dispositions de la convention collective relatives aux conditions de travail au contrat individuel de travail conclu entre employeurs liés et

---

(147) Le fait que, suivant les dispositions législatives, l'employeur lié est tenu vis-à-vis des parties à la convention collective d'observer les dispositions de cette convention collective dans les contrats qu'il passe avec des travailleurs non liés par cette convention, alors que les travailleurs liés ne sont pas obligés de contracter avec un employeur non lié aux seules conditions de la convention collective, illustre le réalisme social, exempt de dogmatisme juridique, dont le législateur s'est inspiré.

(148) voir retro, point 82.

salariés non liés par la convention collective mais, dans ce domaine, les effets juridiques sont boiteux et n'ont pas un caractère impératif direct. En dépit de la limitation de l'autonomie de la volonté qui est imposée, en matière de contrat individuel de travail à l'employeur et au salarié liés par la convention collective, il subsiste cependant un élément indirect de l'autonomie individuelle de la volonté, étant donné que la soumission aux dispositions de la convention collective est subordonnée à l'affiliation volontaire à l'organisation qui a conclu cette convention. Celui qui n'a jamais limité la future autonomie de sa volonté en s'affiliant à l'organisation n'a pas, juridiquement parlant, à se soucier des dispositions de la convention collective.

Dans la pratique, cela signifie que les employeurs non affiliés à une organisation d'employeurs partie à la convention collective conservent la liberté d'accorder des conditions de travail autres que celles prévues par ladite convention. Mais, par suite des relations mutuelles de concurrence, la convention collective risque ainsi d'être battue en brèche. C'est pourquoi la loi du 25 mai 1937, Stbl. 801, sur la déclaration rendant généralement obligatoires ou non obligatoires certaines dispositions des conventions collectives de travail donne au ministre des affaires sociales (c'est-à-dire à une autorité de droit public) le pouvoir de déclarer d'obligation générale certaines dispositions des conventions collectives qui, d'après lui, s'appliquent à la grande majorité des personnes occupées dans une branche d'activité déterminée. Une telle déclaration a dès lors pour effet de rendre ces dispositions de la convention collective également impératives à l'égard des contrats individuels de travail conclus par la minorité des employeurs et salariés qui jusqu'alors n'étaient pas liés, soit directement soit par l'intermédiaire de leur organisation, par une adhésion volontaire. Comme par le passé, ils sont libres de ne pas s'affilier aux organisations, mais le ministre soumet leurs contrats individuels de travail aux règles fixées par les organisations syndicales.

Cette même loi habilite aussi le ministre, lorsque l'intérêt général l'exige, à déclarer que certaines dispositions d'une convention collective ont un caractère non obligatoire. Une telle décision (qui n'a cependant jamais été prise dans la pratique) réduit à néant la puissance de la volonté collective des personnes qui s'étaient elles-mêmes assujetties à ces dispositions, et remet l'accent sur la liberté contractuelle des individus. Sur le plan social, cette réduction par le pouvoir public des effets d'une convention collective est la contrepartie de la déclaration comportant obligation générale, par laquelle l'autorité renforce la convention collective. En droit, les deux mesures se situent



à des niveaux différents; la déclaration comportant obligation générale limite l'autonomie de la volonté individuelle, la déclaration du caractère non obligatoire limite la liberté des collectivités et rétablit par là même la liberté individuelle.

Il est encore à noter que, aussi longtemps que l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les relations de travail demeurera en vigueur, les pouvoirs accordés au ministre par la loi de 1937 seront exercés par le Collège des conciliateurs d'État.

88. La loi du 14 février 1950, Stbl. K 22, portant organisation de la vie économique, a notamment ouvert la possibilité d'instituer pour diverses branches d'activité des organismes de droit public dirigés sur une base paritaire par des représentants des employeurs et des salariés. Ces organismes peuvent être investis du pouvoir de régler divers points relevant du domaine économique et social, parmi lesquels figurent les salaires et les autres conditions de travail. L'entrée en vigueur de toute ordonnance prise par un organisme investi de ce pouvoir est subordonnée à l'approbation préalable du ministre. Une fois entrée en vigueur, une telle ordonnance ne souffre aucune dérogation valable en droit insérée dans le contrat individuel de travail (ni d'ailleurs dans une convention collective). En outre (mais cela n'est pas nécessaire), on peut prévoir des sanctions pénales et disciplinaires en cas d'inobservation de l'ordonnance (<sup>148bis</sup>).

Certains organismes ont effectivement reçu ce pouvoir réglementaire en ce qui concerne les salaires et les autres conditions de travail; mais, en général, la conclusion de conventions collectives est provisoirement jugée préférable. Seul le comité directeur de la centrale professionnelle de l'industrie charbonnière, qui s'intitule Conseil de l'industrie minière (et qui est la continuation d'un organisme de droit public déjà spécialement institué à l'intention de cette branche d'activité par le statut minier du 20 juillet 1945, Stbl. F 99) règle actuellement par voie d'ordonnances de droit public la presque totalité des questions relatives aux salaires et autres conditions de travail. En vertu des pouvoirs qui leur ont été conférés, l'organisme professionnel de l'agriculture et celui de la sylviculture ont promulgué des ordonnances relatives aux horaires de travail et de repos; cela tient en par-

---

(148bis) Sur le plan juridique formel, l'intervention de ces organismes dans la liberté contractuelle relève du droit public et aurait donc pu être étudiée au § 3, section A. Or, sous l'angle matériel, ces organes ne font pas partie de l'autorité centrale (bien qu'ils soient placés sous la surveillance de celle-ci), mais ce sont des corps constitués par la branche d'activité organisée; c'est la raison pour laquelle ils figurent dans la présente sous-section B.

ticulier au fait que l'application des dispositions de la loi du travail de 1919 a été étendue en janvier 1955 aux exploitations agricoles, qui y avaient été soustraites auparavant, et qu'à cette occasion l'on a inséré dans ladite loi une disposition aux termes de laquelle la réglementation des horaires de travail et de repos ne sera pas élaborée par le pouvoir central aussi longtemps et pour autant que ces points seront réglés au moyen d'ordonnances par l'organisme professionnel de l'agriculture ou de la sylviculture.

## § 2. L'ENTREPRISE COMME SOURCE JURIDIQUE

89. En tant que source juridique restreignant l'autonomie de la volonté individuelle des parties, l'entreprise prise isolément ne joue aucun rôle direct dans le droit positif néerlandais.

Pendant, comme il ressort de la définition reproduite sous le point 86, le droit des conventions collectives connaît notamment les conventions collectives conclues par un seul employeur. De telles conventions dites d'entreprise sont d'ailleurs assez nombreuses. Mais la partie qui représente les salariés est toujours un syndicat, c'est-à-dire une association de salariés qui ne dépend pas de l'entreprise et dont les adhérents ne sont pas uniquement des salariés occupés par l'employeur intéressé. Ce sont des dirigeants syndicaux juridiquement indépendants de l'employeur qui mènent les pourparlers avec celui-ci.

90. En droit néerlandais, le règlement intérieur a également fait l'objet d'un arrangement boiteux (mais alors en sens inverse). En effet, la loi de 1907 considère le règlement intérieur comme une espèce de prolongement de l'ensemble des contrats individuels de travail. Le législateur de 1907 qui ne distinguait pas encore, dans le droit du travail, d'autres sources différenciées d'obligations juridiques que la loi et le contrat<sup>(149)</sup>, était placé devant l'alternative suivante: reconnaître le règlement intérieur comme une norme obligatoire fixée unilatéralement par l'employeur, ou le considérer comme un élément constituant du contrat; il a opté pour la dernière solution parce que «l'employeur n'est pas un législateur».

Le règlement est un ensemble de règles fixées par l'employeur en vue de leur application à tous les salariés qu'il occupe ou à un groupe déterminé de ces derniers. Aux Pays-Bas, avant le développe-

(149) Voir pour cette différenciation, notamment mon étude «*Rechtsvinding en Arbeidsrecht*» dans *Rechtsgeleerde opstellen, aangeboden aan Prof. Paul Scholten*, 1932, étude qui figure également dans mon recueil *Arbeidsrecht*, 1951, p. 85 et s.; voir aussi mon discours académique *Mens en Gemeenschap in het Arbeidsrecht*, 1958.

ment du système des conventions collectives, les règlements intérieurs, outre les dispositions concernant la discipline et les sanctions disciplinaires, précisaient souvent les conditions principales de travail (telles que salaires et horaires); à l'heure actuelle, ils ne contiennent plus de règles relatives aux conditions précitées. Conscient des abus commis dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle, le législateur a voulu empêcher l'employeur de lier le salarié unilatéralement à des prescriptions réglementaires alors que celui-ci en désapprouve, voire ignore, le contenu.

C'est pourquoi les dispositions d'un règlement intérieur obligent l'employeur dès l'instant où il est établi que le salarié entend s'en prévaloir. Mais, aux termes de l'article 1637, j du code civil, le règlement ne lie le salarié que: 1° s'il a approuvé le règlement par écrit; 2° s'il a reçu un exemplaire complet du règlement; 3° si l'employeur a déposé le règlement au greffe du tribunal de canton, afin que tous puissent en prendre connaissance, et 4° si le règlement, bien lisible, est constamment affiché à l'intérieur de l'entreprise.

Par ailleurs, l'employeur n'a pas le droit de modifier unilatéralement le règlement intérieur pendant la durée du contrat de travail (art. 1637, k). Étant donné qu'en 1907 il n'y avait pas encore de statut juridique pour les ouvriers d'une entreprise considérée comme une entité, il faut, en vertu du code civil, que toute modification soit approuvée par chaque salarié individuellement. S'il oppose un refus, celui-ci est considéré comme une notification de résiliation pour la date de l'entrée en vigueur de la modification. Mais si, de ce fait, les règles en matières de résiliation ne sont pas observées, l'employeur est redevable de dommages.

Dans la pratique, toutes ces garanties individualistes ne produisent guère d'effets sur les règlements intérieurs <sup>(149bis)</sup>.

91. Ce qui présente un intérêt social plus notable, c'est que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1950, Stbl. K 174, sur les comités d'entreprises, qui s'applique en général aux entreprises employant au moins 25 salariés, le chef de l'entreprise est tenu de consulter le comité d'entreprise au sujet de l'établissement ou de toute modification du règlement intérieur. Le comité doit également être consulté pour la fixation des jours de congé, de l'emploi du temps, de l'horaire des diverses équipes et des pauses pour le casse-croûte, dans la mesure

---

(149bis) Voir A. J. Haakman, *Enige opmerkingen over het arbeidsreglement*, dans S.M.A. 1959, p. 66 et s.

où cette consultation et cette fixation ne sont pas opérées dans le cadre de la branche d'activité. Mais une consultation n'équivaut pas à une décision. Or, le droit néerlandais ignore la construction juridique de la convention d'entreprise passée entre l'employeur et les représentants des seuls salariés occupés par lui, laquelle produirait alors sur les contrats individuels de travail des effets juridiques obligatoires.

Pour l'étude de ce sujet, nous nous permettons par ailleurs de renvoyer au rapport sur «La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.», publié par la C.E.C.A. en 1959.

## *Section II*

### *DÉCLIN DU RÔLE DE LA NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL DANS LE DROIT DU TRAVAIL*

92. A la section précédente, nous avons vu que l'autonomie de la volonté des parties au contrat a été progressivement soumise à de nombreuses limitations.

Dans l'exposé de la section précitée, nous avons autant que possible utilisé les termes d'employeur, de salarié et de contrat de travail. Mais ces termes n'y sont au fond utilisés qu'au sens que l'on y attache dans le langage courant. En effet, sur le plan juridique formel, les prescriptions restreignant la liberté matérielle des parties individuelles concluant un contrat de travail sont aux Pays-Bas loin d'être toutes rattachées d'une manière spécifique — c'est-à-dire entièrement et exclusivement — au contrat de travail tel qu'il est défini par le code civil. A cet égard, la description donnée à la section I souffrait encore d'une certaine imprécision juridique.

Dans la présente section II, nous entendons maintenant examiner d'un peu plus près les délimitations, en technique juridique, des personnes exécutant le travail.

#### **§ 1. CHAMP D'APPLICATION DE LA LÉGISLATION PROTECTRICE DES TRAVAILLEURS AU SENS STRICT**

93. La petite loi sur le travail des enfants de 1874 portait interdiction de «prendre ou d'avoir à son service des enfants âgés de moins

de 12 ans». A cette époque, l'administration de la preuve d'une infraction se heurtait souvent à des difficultés parce que, abstraction faite de la signification exacte de l'expression «en service», cela postulait en tout état de cause l'existence d'un contrat, le seul fait de trouver des enfants au travail ne suffisant assurément pas à établir celle-ci. C'est pourquoi la loi du travail de 1889 a interdit de «faire exécuter» le travail que l'intéressé voulait apprendre. Dans ce cas, s'il n'était plus nécessaire de démontrer l'existence d'un contrat de travail, il fallait tout de même prouver qu'un ordre de travailler avait été donné; et, dans bien des cas, cela soulevait à nouveau des difficultés. Aussi la loi du travail de 1911 a-t-elle adopté une autre construction, que la loi du travail de 1919, encore en vigueur maintenant, a ensuite reprise pratiquement sans changement, mais qui couvre un domaine considérablement élargi.

Cette dernière loi, dans les articles stipulant les interdictions, se fonde sur la formule selon laquelle par exemple, «un salarié ne peut travailler plus de x heures par jour». Ainsi, toute personne qui «fait exécuter» le travail en violation des dispositions contenues dans cette loi ou prises en vertu de celle-ci est passible d'une peine; cette «personne» peut être le chef de l'entreprise, un directeur d'exploitation ou un contremaître, mais, en tout état de cause, l'émission d'un ordre doit, comme auparavant, être prouvée. «Le chef ou le directeur» de l'entreprise «est en outre tenu de veiller à ce que, dans son entreprise, ne soit exécuté aucun travail» en violation des dispositions prises par ou en vertu de cette loi, et en cas d'infraction à cette obligation (qui est donc patente dès que l'on constate qu'un travail a été exécuté en violation des prescriptions), il est passible d'une peine, à moins qu'il puisse prouver avoir eu certains motifs strictement limités qui le justifient ou le dispensent <sup>(150)</sup>.

La notion légale de «travailleur» n'est qu'un concept dérivé, le travailleur étant défini comme toute personne exécutant un travail au sens de la loi. Le critère essentiel de l'applicabilité de la loi est donc l'exécution d'un travail au sens de celle-ci.

Or, la loi donne du «travail» la définition suivante: «tous les travaux effectués dans une entreprise» sauf ceux «exécutés par le chef

---

(150) Voir sur ce dernier point M. P. Vrij, *Overmacht bij de naleving van strafrechtsnormen met bestuurlement in het arbeidsrecht*, dans *Publiekrechtelijke opstellen vor prof. C. W. van der Pot*, 1950, p. 309 et s., et sur l'ensemble de la construction M. G. Levenbach, *De aansprakelijkheid van de werkgever volgens de Arbeidswet*, dans *R.B.A.* XX, p. 77 et s. (janvier 1935).

ou directeur de l'entreprise, ou le conjoint de celui-ci» <sup>(151)</sup> <sup>(152)</sup> <sup>(153)</sup>. Suivant l'interprétation habituelle, une «entreprise», au sens de ces lois, est «une affaire que l'on monte ou exploite en vue d'en tirer des avantages pécuniaires» <sup>(154)</sup>, en d'autres termes, une activité exercée dans un but lucratif. Mais, par une énumération explicite, l'article de la loi de 1919 définissant cette activité a, pour l'application de cette loi, assimilé à une entreprise diverses autres communautés de travail qui, le plus souvent en raison de l'absence de but lucratif, ne sont pas des entreprises, notamment: les établissements hospitaliers; les institutions ou services d'organismes de droit public ou d'associations possédant la personnalité juridique, ou bien de fondations, dans la mesure où s'y exécutent couramment des travaux du genre de ceux qui sont accomplis dans une usine ou un atelier, une boutique, une pharmacie, un café ou un hôtel, ou bien dans l'agriculture; les bureaux de personnes exerçant des professions libérales (avocats, experts-comptables) et les associations et fondations possédant la personnalité juridique.

94. Dans le cadre du présent rapport, ce qui importe en premier lieu, c'est que la notion de travail au sens de la loi (ainsi que la notion dérivée de travailleur) est donc indépendante de la relation juridique dans laquelle ce travail est accompli <sup>(155)</sup>. Peu importe la nature de cette relation; il suffit qu'un travail soit exécuté en fait. Or, dans bien des cas, ce travail est accompli sur la base d'un contrat de travail de droit civil, mais cela n'est pas absolument nécessaire <sup>(156)</sup>. Aussi est-ce à juste titre que la jurisprudence a notamment déclaré la loi du travail applicable au travail effectué par un enfant dans l'entreprise de ses parents <sup>(157)</sup>, ou à celui exécuté dans un établissement de l'Armée du salut <sup>(157bis)</sup> par un protégé de celle-ci, en dépit de l'absence totale, dans ces cas, d'un contrat de droit civil; au travail d'un apprenti <sup>(158)</sup> avec lequel aucun contrat de travail n'avait été passé; au travail ac-

(151) Il y a quelques autres exceptions que l'on peut passer sous silence ici.

(152) En matière d'interdiction du travail des enfants, la loi va même encore plus loin. Elle prohibe même notamment le travail de l'enfant agissant de sa propre initiative (par exemple colportage). En pareil cas, les parents, s'ils ne donnent pas suite à un premier avertissement, s'exposent à des sanctions pénales.

(153) Pour divers membres supérieurs du personnel, une dérogation aux dispositions concernant les heures de travail et les pauses peut en outre être accordée par voie de règlement d'administration publique.

(154) H.R. 15 juin 1914, N.J. 1914, 1005.

(155) Voir W. F. de Gaay Fortman, *De rechtspraak van de H.R. over de begrippen arbeid en arbeider in de Arbeidswet 1919*, dans R.B.A. XXV, p. 9 (mai 1939).

(156) Dès le 16 octobre 1922, N.J. 1922, 1307, la Haute Cour a pris une décision explicite dans ce sens.

(157) H.R. 21 janvier 1929, N.J. 1929, 709.

(157bis) H.R. 19 mars 1923, N.J. 1923, 815.

(158) H.R. 17 mars 1924; N.J. 1924, 572.

compli par des chauffeurs qui avaient constitué une société anonyme dont ils étaient les actionnaires, avec pour objet la location de voitures particulières, et qui, par équipes de deux, exploitaient tour à tour une voiture pour leur propre compte, en conformité de règles arrêtées par l'assemblée des actionnaires et d'après les instructions d'un directeur désigné par eux <sup>(159)</sup>, ainsi que dans des cas où l'existence d'autres contrats de structure complexe ne permettent pas de démontrer qu'il y a effectivement un contrat de travail <sup>(160)</sup>; et au travail exécuté par des personnes occupées en vertu d'un engagement de droit public (si l'institution qui les emploie tombe sous le coup de la loi) <sup>(161)</sup>.

On peut en outre inférer de la jurisprudence récente concernant la loi de 1934 sur la sécurité du travail, loi qui utilise le même critère de «travail effectué dans une entreprise» etc., que le travail fourni par un salarié prêté à titre gratuit par son employeur (suivant les critères du droit civil) peut être considéré comme ayant été accompli dans l'entreprise à laquelle il a été prêté <sup>(162)</sup>.

95. Ainsi, la qualification de la relation juridique ne joue aucun rôle quant à l'application de ces lois protectrices des travailleurs; reste, dans le domaine de délimitation, la question de savoir dans quelles conditions le travail est exécuté «dans l'entreprise» (ou une institution assimilée).

Dans l'esprit du législateur, le terme «dans» n'indique pas, en l'occurrence, un lieu, mais l'organisation sociale. Bien souvent, celle-ci coïncide avec le lieu. Mais lorsque, se trouvant au service d'un patron, un plombier répare la conduite d'eau du bureau d'une société commerciale, il travaille peut-être pour et aussi dans les locaux de celle-ci; toutefois, du point de vue de l'organisation sociale, ce n'est pas dans cette société qu'il travaille, mais dans l'entreprise du patron plombier, bien qu'en dehors de l'atelier de ce dernier. Le voyageur de commerce travaille dans l'entreprise de son employeur, bien qu'il ne se trouve qu'exceptionnellement dans les locaux de cette entreprise.

---

(159) H.R. 8 novembre 1937, N.J. 938, 447.

(160) Exemple H.R. 19 novembre 1936, N.J. 1937, 73; un cigariier avait loué une place dans l'atelier d'un fabricant, achetait à celui-ci du tabac et lui revendait les cigares confectionnés. Sur le plan formel, il était cependant libre de les vendre également à des tiers, et par ailleurs d'arriver à son travail et de le quitter à son gré. Appelé à se prononcer sur des situations analogues à celle-ci et au cas évoqué dans la note 159, le Conseil central a vu clair dans les manoeuvres des parties et a conclu à la présence d'un contrat de travail. Voir C.R. 20 mai 1936, A.R.E. 1936, 841 (confectionneurs, acheteurs et vendeurs de cerceaux); C.R. 14 octobre 1937, A.R.E. 1937, 1080 (chauffeurs et locataires de taxis); C.R. 17 mars 1953, 657 (équeuteuses, acheteurs et vendeurs de cerises).

(161) Opinion implicitement contenue dans l'arrêt de la Haute Cour du 15 janvier 1940, N.J. 1940, 388, et dans divers jugements d'instances inférieures.

(162) H.R. 10 mai 1960, N.J. 1960, 433; voir sur cette loi également H.R. 27 octobre 1959, N.J. 1960, 48.

La question de savoir où se situe exactement la limite de cette prestation de travail « dans une entreprise » au point de vue de l'organisation sociale, et quels sont les cas où il ne saurait être question que d'un travail accompli pour les besoins d'une entreprise (qui échappe donc aux dispositions de la loi) est apparue des plus difficiles, notamment en ce qui concerne les travailleurs à domicile. Sous l'angle positif, si une personne qui travaille est à considérer comme étant, du point de vue de l'organisation sociale, occupée dans une entreprise, le chef ou directeur de celle-ci doit avoir le droit d'exercer un certain pouvoir soit sur les locaux où le travail est accompli, soit sur la personne qui travaille elle-même, et cela sinon pendant la durée du travail, à tout le moins en commandant l'exécution du travail (ce qui ne diffère guère de l'autorité, laquelle suffit, en tant que critère minimum, à démontrer la présence d'un contrat de travail); sous l'angle négatif, il n'en est pas ainsi lorsque la personne qui travaille peut être considérée comme un petit artisan indépendant; mais la démarcation est très difficile à fixer in concreto <sup>(163)</sup>.

## § 2. CHAMP D'APPLICATION DES ASSURANCES OBLIGATOIRES DES TRAVAILLEURS

96. Les lois sur les assurances des travailleurs ne sont pas applicables à tous les travailleurs. C'est ainsi que la loi sur l'assurance-invalidité, la loi sur l'assurance-maladie et la loi sur l'assurance-chômage, par exemple, stipulent que l'affiliation est réservée aux personnes dont le revenu ou le salaire ne dépasse pas un certain plafond. Le champ d'application comporte encore plusieurs autres limitations, qu'il est toutefois impossible d'examiner dans le présent rapport, à l'exception de l'une d'entre elles qui se rapporte à la notion d'entreprise.

La loi de 1901 sur l'assurance-accidents ne couvrait que les ouvriers travaillant « dans les entreprises assujetties à l'assurance », et cette formule constitue encore maintenant le point de départ. A l'origine cela tenait au motif juridique du risque de l'entreprise. Le chef d'entreprise capitaliste devait non seulement tirer les profits de son entreprise, mais aussi en supporter les pertes. Aussi le but lucratif était-il, suivant cette loi, inhérent à la notion d'entreprise, comme nous l'avons déjà vu sous le point 93 pour la loi du travail de 1911 (laquelle avait d'ailleurs intentionnellement repris cette terminologie telle qu'elle figure dans l'ancienne loi sur l'assurance-accidents). La

(163) Voir H.R. 27 mai 1929, N.J. 1929, 1408; H.R. 7 novembre 1932, N.J. 1933, 151, R.B.A. XIX 3 (avril 1933) avec une note détaillée de la main de M.G.L.



loi de 1913 sur l'assurance-invalidité, qui vise principalement les assurances de longue durée contre l'invalidité et la vieillesse, ainsi qu'en faveur des veuves et orphelins de travailleurs, ignorait la limitation aux travailleurs occupés dans une entreprise. Celle-ci figure en revanche dans la loi sur l'assurance-maladie de la même année (dont l'entrée en vigueur ne remonte cependant qu'à 1930); on a justifié cette limitation en affirmant qu'il n'était pas absolument nécessaire d'étendre le bénéfice de cette mesure aux travailleurs occupés ailleurs, parce qu'on pensait que les divers employeurs occupant des ouvriers en dehors d'une entreprise n'abandonneraient pas brusquement leurs salariés en cas de maladie, et, qu'en outre, on ne voulait pas imposer à ces employeurs l'obligation de verser des cotisations et de tenir une comptabilité qu'il aurait fallu contrôler. Le travailleur occupé dans une entreprise en tant que notion fondamentale se retrouve dans la loi de 1939 sur les allocations familiales, dont les dispositions s'harmonisent dans une large mesure avec celle de la loi sur l'assurance-maladie. La loi de 1949 sur l'assurance-chômage ne connaît plus cette limitation. C'est que, au fil des années, celle-ci avait été progressivement éliminée en grande partie des lois mêmes qui partent de la notion du travailleur occupé «dans une entreprise», par suite du fait que dans toutes ces lois, ou dans certains cas, l'affiliation obligatoire à l'assurance avait été étendue aux travailleurs se trouvant au service d'associations et de fondations possédant la personnalité juridique, d'organismes de droit public (pour autant qu'ils ne sont pas fonctionnaires au sens de la loi sur les fonctionnaires), d'employeurs exerçant des professions libérales, et parfois même, dans une faible mesure, de particuliers. On avait en effet constaté que les travailleurs se trouvant dans des situations de ce genre avaient souvent autant besoin de bénéficier des assurances sociales que les travailleurs occupés dans les entreprises capitalistes, et les inconvénients d'une comptabilité à tenir par les autres employeurs paraissaient moins graves. Aux fins de simplification et de coordination, on va maintenant jusqu'à envisager la suppression totale dans les lois où elle figure encore, de la notion «dans une entreprise» en tant qu'élément positif, et de la conserver tout au plus comme élément négatif dans certaines lois pour éviter que celles-ci ne s'appliquent à quelques cas exceptionnels de travail accompli au service de particuliers.

Bien entendu, cela n'implique nullement la disparition simultanée de toutes les autres limitations, ni la subordination exclusive et constante du bénéfice de l'assurance à l'existence d'un contrat de travail en conformité du code civil. Rien ne permet en effet, d'affir-

mer *a priori* que les motifs sociaux pour lesquels on rattache certaines conséquences de droit civil à une relation juridique d'une nature déterminée et les motifs pour lesquels on impose une assurance obligatoire conduisent nécessairement à des champs d'application exactement identiques.

En droit néerlandais, ces motifs ont, sous un angle différent, abouti à un résultat similaire. Car, si la notion fondamentale des lois sur les assurances des travailleurs est en général celle du «contrat de travail», on a étendu l'application de ces lois à d'autres cas d'exécution de travail pour le compte d'autrui.

97. La loi de 1901 sur l'assurance-accidents désignait les personnes assurées par le terme «ouvriers», se conformant en cela à l'usage de l'époque et dans une certaine mesure à l'ancien texte du code civil de 1838. Ce terme a été maintenu même après l'extension et la révision de cette loi opérées en 1921. Sont ouvriers les personnes qui «travaillent au service d'une autre personne moyennant un salaire». Durant des années, l'opinion a prévalu selon laquelle ce texte datant d'avant 1907 n'impliquait pas que le fait de travailler fût lié à une obligation découlant d'un contrat de travail. En 1931, le Conseil central a changé de cap, et, en déclarant lui-même que cet arrêt dérogeait à sa propre jurisprudence antérieure, a rendu un arrêt très contestable du point de vue historique, mais motivé par le souci de la coordination; à cette occasion, le Conseil a en effet décidé que, pour avoir la qualité d'ouvrier au sens de la loi sur l'assurance-accidents, il fallait également la présence d'un contrat de travail en conformité du code civil<sup>(164)</sup>; dans la pratique, cet arrêt a eu pour conséquence majeure de soustraire désormais à l'assurance-accidents obligatoire les personnes travaillant au sein de leur famille.

La raison première de cette interprétation nouvelle résidait dans le fait que la terminologie de la loi de 1913 sur l'assurance-invalidité, et surtout celle de la loi sur l'assurance-maladie de 1913, dont l'entrée en vigueur effective ne date cependant que de 1930, ainsi que la loi de 1922 sur l'assurance-accidents dans l'agriculture et l'horticulture, qui avaient toutes été réalisées postérieurement à la loi sur le contrat de travail, se conformaient à celle du code civil, et qu'il avait été dans l'intention expresse du législateur que le travailleur visé par ces lois se trouvait aussi au service d'une autre personne en vertu d'un contrat de travail en conformité du code civil. Il en va de même pour la loi

---

(164) C.R. 18 juin 1931, A.R.B. 1931, 558.

de 1939 sur les allocations familiales. La loi de 1949 sur l'assurance-chômage, qui est la plus récente dans ce domaine, fait usage du terme un peu plus moderne de «salarié», qui désigne lui aussi le travailleur au sens du code civil.

Nous avons déjà exposé dans l'introduction au présent rapport que la jurisprudence concernant ces lois de sécurité sociale a, quant au contenu et à la délimitation de la notion de contrat de travail, produit un nombre bien plus considérable de décisions que la jurisprudence civile<sup>(165)</sup>. Nous en avons aussi donné les raisons. Des cas multiples ont été mis en lumière, dans lesquels un travail était exécuté pour le compte d'autrui dans des circonstances excluant la présence d'un contrat de travail de droit civil, mais où l'assujettissement de l'intéressé à l'assurance obligatoire paraissait aussi indiqué que pour le travailleur au sens de l'article 1637, *a* du code civil. De nombreux cas limites, dans lesquels la situation de droit civil n'était pas nette ou apparaissait difficile à démontrer, mais où l'assujettissement à l'assurance obligatoire semblait absolument nécessaire, suscitaient des doutes.

98. C'est pourquoi le législateur a progressivement admis divers cas de ce genre au bénéfice de différentes assurances des travailleurs: mais il ne les a pas tous admis en même temps, ni dans la même mesure. C'est que le besoin de cette extension sur le plan social, ne se fait pas partout sentir avec la même intensité.

Cependant, ces extensions ne s'effectuent pas au prix d'une altération de la notion de contrat de travail. Celle-ci est maintenue telle quelle, mais le texte stipule expressément que «la présente loi» considère également «comme des travailleurs» des personnes autres que celles qui ont déjà cette qualité en vertu du code civil. Ces travailleurs, qualifiés ainsi par interprétation de la loi, sont en partie définis à l'aide d'un des autres contrats portant sur la prestation d'un travail que prévoit le code civil, à savoir le contrat d'entreprise<sup>(166)</sup>. Mais dans la plupart des cas d'extension, les définitions utilisées se rattachent à des situations de fait de sorte qu'une qualification de droit civil importe peu. Dans une situation répondant à ces définitions, on peut parfois prouver l'existence d'un contrat de travail; l'intéressé tombe alors sous le coup des lois d'assurance sociale parce qu'il est un travailleur non seulement au sens de l'article 1637, *a* du code civil mais aussi en vertu de l'interprétation donnée par un article spécial desdites

(165) Voir retro, point 4.

(166) Voir retro, points 5 et 7.

lois. D'ailleurs, il peut arriver que dans les cas concrets, ces articles spéciaux sont cumulativement applicables. Les principales extensions (les lois n'en font pas toutes l'objet, ni au même degré) sont celles qui considèrent également comme étant des travailleurs au sens des lois en question:

1° «Ceux qui exécutent personnellement un travail à l'entreprise pour les besoins d'une autre personne», à moins qu'ils doivent être considérés comme des entrepreneurs indépendants; aux termes des articles de loi, cette dernière situation doit être admise lorsque, pour l'application de l'une des lois sur l'assurance-accidents, il a été décidé que les intéressés exercent dans une entreprise une activité assujettie à l'assurance obligatoire; suivant la jurisprudence, elle peut en outre être déduite d'autres circonstances particulières. L'exécution personnelle signifie en l'occurrence que l'intéressé participe à l'exécution du travail et ne se borne pas à diriger ou à surveiller; par ailleurs, l'expression «qui exécute personnellement un travail», employée dans ce cas-ci et dans les autres à étudier ci-dessous, n'implique pas pour autant l'existence d'une obligation d'exécution personnelle comme c'est le cas pour le contrat de travail; en l'espèce, il suffit précisément que le travail soit exécuté en fait par l'intéressé lui-même. Dans le courant des années, le Conseil central a parfois varié dans son interprétation des conditions auxquelles doit satisfaire la détermination du prix et de l'ouvrage. Cependant, abstraction faite de cela, nous pouvons affirmer que, grâce aux dispositions concernant «l'exécution personnelle d'un travail à l'entreprise», l'application des lois sur les assurances des travailleurs a notamment été étendue aux catégories suivantes: petits sous-traitants ou pseudo-sous-traitants du bâtiment; personnes qui, moyennant un prix stipulé au préalable, cultivent un champ, arrachent des betteraves, abattent des arbres, etc.; les équipes de débardeurs travaillant sur les marchés et dans les ports, les bateliers collecteurs de pommes de terre et les ramasseurs de lait, les bouchers à gages, etc.

En corrélation étroite avec ce qui précède, ceux qui «assistent» les personnes visées sous 1 dans l'exécution de leur travail sont également considérés, par interprétation de la loi, comme étant au service du même commettant principal.

2° Les personnes «qui, moyennant rémunération, exécutent personnellement des travaux stipulés par règlement d'administration publique». Ici, l'existence d'un contrat portant sur la prestation de quelques services est souvent établie, mais il n'y a parfois aucune obligation d'exécuter un travail, le bénéficiaire de celui-ci se bornant à ré-

munérer un travail effectivement fourni. De par son caractère général, la définition est tellement vague qu'elle doit être précisée par règlement d'administration publique. C'est ainsi que les mesures d'application énumèrent des activités telles que: port à domicile et vente ambulante de denrées alimentaires etc., port et colportage de journaux, etc. transport de lait et de produits laitiers, ainsi que de produits agricoles en vue de leur transformation industrielle; récolte de fruits et d'autres produits; nettoyage et triage, etc. de produits agricoles et horticoles; abattage de bétail à la tâche; chauffage d'immeubles, nettoyage d'immeubles autres que les maisons particulières, etc. Tous ces cas se rapportent à des personnes de condition analogue à celle des travailleurs se trouvant privés du bénéfice de l'assurance par la jurisprudence sur le contrat de travail et le contrat d'entreprise en tant que notions de droit civil.

3° Les travailleurs «dont la rémunération ne consiste qu'en pourboires». Dans le courant des années, on a commencé par assimiler expressément les pourboires aux salaires, dans les lois spéciales; en outre, la loi du 24 décembre 1953, Stbl. 577, portant coordination dans les assurances sociales qui édicte au sujet du salaire des dispositions qui, pour toutes les lois considérées ici, s'harmonisent autant que possible (ainsi qu'avec la législation de l'impôt sur les salaires), donne désormais du salaire une définition de base plus large que celle du code civil, de manière à englober les pourboires versés par des tiers <sup>(167)</sup>.

4° Les personnes «qui sont occupées dans des entreprises à désigner par règlement d'administration publique, et effectuent ordinairement au profit d'un employeur ou de deux employeurs tout au plus, en dehors de l'atelier de l'employeur, un travail personnel lié à l'activité exercée dans l'entreprise, et qui ne se font ordinairement assister à cette fin que par deux autres personnes au maximum.»

Cette définition vise donc les travailleurs à domicile, dans la mesure où ils ne sont pas devenus de petits patrons indépendants. Mais il faut toujours que les branches d'activité soient désignées expressément.

Pour l'application de ces lois d'assurance sociale, les aides de ces personnes sont également considérées, par la loi, comme étant au service du commettant principal.

5° La personne «qui, en vertu d'un contrat passé avec un tiers, prête régulièrement son entremise, moyennant un salaire ou une com-

---

(167) Article 4 de la loi de coordination: «Le salaire au sens de la présente loi, c'est l'ensemble des avantages tirés d'un emploi».

mission déterminés, en vue de la conclusion de contrats entre, d'une part, des personnes à visiter par lui et, d'autre part, le tiers précité, à la condition qu'il prête cette entremise exclusivement pour ce tiers et que cette entremise ne constitue par pour lui une activité accessoire». Cette définition vise donc les représentants intermédiaires. Point n'est ici besoin de répondre à la question, souvent difficile à trancher, de savoir s'il existe un contrat de travail (cas du voyageur de commerce) ou non (cas de l'agent commercial) <sup>(168)</sup>.

6° En ce qui concerne l'assujettissement à diverses assurances obligatoires, le chef et les membres d'un orchestre se produisant dans un établissement (café ou salle de bal par exemple) sont supposés, par la loi, se trouver au service de l'exploitant dudit établissement, à moins qu'il ait été décidé, en vue de l'application de la loi sur l'assurance-accidents que le chef d'orchestre exerce dans une entreprise une activité assujettie à l'assurance. Étant donné que, en pareil cas, les relations de droit civil ne sont souvent pas très claires (cela vaut tant pour celles existant entre les divers musiciens que pour celles existant entre l'ensemble de ces musiciens ou chacun d'eux, d'une part, et l'exploitant de l'établissement d'autre part) l'assujettissement à l'assurance est, en l'espèce, fondé sur la situation de fait, qui est bien plus nette.

7° La personne «qui a été mise au travail dans le cadre d'une mesure visant à occuper les chômeurs et perçoit à ce titre une allocation en argent». L'ambiguïté possible de cette situation a déjà été étudiée plus haut.

8° Pêcheurs en participation. S'ils passent un contrat de travail, ils tombent *ipso facto* sous le coup des lois ici considérées, mais ils collaborent parfois avec le patron du bateau sur la base d'un contrat de société. Néanmoins, les personnes se trouvant dans cette situation sont assujetties à la seule assurance-accidents.

Il est incontestable que cette casuistique, dont tous les détails n'ont même pas été exposés, comporte des inconvénients. Pour diverses raisons, et notamment par suite des différences qui existent entre les dispositions des diverses lois, on n'a pas un aperçu très clair des règles juridiques. La méthode que nous avons adoptée et qui consiste à procéder par énumération semble assez tatillonne, surtout dans les cas nécessitant en outre des règlements détaillés d'administration publique,

---

(168) Voir retro, point 34 sous b.

et comporte de ce fait, à la limite de chaque cas particulier, de nouveaux cas-limites entachés d'injustice. C'est que, dans le domaine du travail, effectué pour autrui, la vie sociale offre des situations extrêmement variées.

### § 3. CHAMP D'APPLICATION DE L'ARRÊTÉ EXTRAORDINAIRE SUR LES RELATIONS DE TRAVAIL

99. Comme on l'a vu sous les points 75, 76, 81, 82 et 83, les dispositions principales de l'arrêté sous rubrique portent sur l'intervention de l'Office régional de l'emploi en matière de licenciement et d'engagement, et sur celle du Collège des conciliateurs d'État dans le domaine des salaires et autres conditions de travail.

A l'époque, il semblait souhaitable de pouvoir étendre la protection contre le licenciement et l'intervention en matière de salaires à toutes les personnes qui doivent être classées parmi les non-indépendants dans le sens le plus large que l'on donne dans la vie sociale à ce terme. Bien entendu, cette catégorie devait en premier lieu comprendre les personnes ayant conclu un contrat de travail et, pour éviter toute équivoque, il fallait le préciser nettement. Mais l'arrêté précité devait tracer des limites plus larges. Une extension au moyen d'adjonctions suivant les énumérations qui, à cette époque-là, figuraient déjà dans les lois sur les assurances des travailleurs ne présentait guère d'intérêt, étant donné qu'à l'origine, on concevait cet arrêté comme une mesure provisoire, qui devait dès lors être formulée d'une façon plus simple. Pour la même raison, et eu égard au fait que les règles prévues produiraient aussi d'importants effets juridiques sur les relations de droit civil, les définitions de la loi du travail, qui procèdent d'un autre système d'idées, apparaissaient peu indiquées. Aussi a-t-on recherché une formule ample et générale. Une certaine ampleur ne semblait notamment présenter aucun inconvénient du fait que le Collège des conciliateurs d'État allait avoir non pas le devoir, mais le pouvoir d'édicter des règles, et serait par là même en mesure d'observer les limitations nécessaires. Par ailleurs, les dispositions relatives à l'engagement et au licenciement permettaient de prévoir des auto-limitations dans l'exécution pratique. En outre pour le cas où, par la suite, l'application, à certaines catégories, de l'arrêté ou de certaines dispositions de celui-ci devait apparaître inutile ou peu pratique, on a prévu une possibilité de dérogation à l'applicabilité par simple décision ministérielle (cette dérogation a d'ailleurs été accordée dans un certain nombre de cas).

100. Mais, il apparut impossible de réunir sous un seul dénominateur commun le contrat de travail et les autres cas envisagés d'exécution d'un travail. C'est la raison pour laquelle un certain dualisme a subsisté. Du point de vue de la technique juridique, la solution la plus simple a paru consister à rattacher pour l'essentiel, ce dualisme à la définition de la personne qui travaille. Celle-ci est désignée dans l'arrêté par le terme «salarié» qui, dans le langage courant a beau être utilisé concurremment avec le terme de travailleur, mais auquel s'attache le plus souvent dans la technique du droit une signification légèrement différente de celle du concept de «travailleur» au titre du code civil. L'article 1, sous b, de l'arrêté considéré précise que ledit arrêté entend par salarié :

- 1° Le travailleur visé à l'article 1637, a du code civil;
- 2° La personne exécutant en personne un travail pour autrui, à moins qu'elle n'accomplisse ordinairement ce travail pour le compte de plus de deux autres personnes, ou ne se fasse assister par plus de deux autres personnes n'étant ni son conjoint, ni des parents, alliés ou enfants adoptifs, ou encore que ce travail ne constitue pour elle qu'une activité accessoire.»

La définition de l'employeur n'a pas été formulée d'une façon indépendante; aux termes de l'article 1 sous 1, elle s'énonce comme suit:

- «1° L'employeur visé à l'article 1637, a du code civil
- 2° La personne physique ou morale pour le compte de laquelle est exécuté le travail mentionné sous 2.»

L'arrêté extraordinaire contient une troisième définition importante qui présente une corrélation avec les deux autres. Pour la rendre plus claire, il faut revenir un bref instant sur les contrats de travail.

101. Dans le langage juridique comme dans la langue courante, la plupart des contrats civils qui ne prennent pas fin aussitôt mais ont une certaine durée, portent le même nom, qu'il s'agisse de l'acte juridique ou de la relation née de celui-ci entre les parties pour un temps déterminé. C'est ainsi que les termes tels que louage, société, dépôt, prêt à usage, mandat désignent à la fois l'accord des volontés en tant qu'acte et la présence d'un lien unissant les parties durant la période qui suit l'accord; il en va d'ailleurs de même pour le terme de mariage. Dans le présent rapport, j'ai usé du terme de contrat de travail dans



son double sens d'acte juridique et de lien durable. Pour ce contrat, cela est d'ailleurs conforme à l'usage. Mais, à cet égard certaines dispositions législatives établissent ordinairement (mais non d'une façon absolument systématique) une distinction que j'ai intentionnellement tenté d'éviter jusqu'à présent, et qui est la suivante: si l'acte juridique créant des obligations porte le nom de «contrat de travail», le code civil appelle «relation de service» l'ensemble des obligations et des devoirs qui en résultent (alors que les lois d'assurance sociale, partant du point de vue du travailleur, usent généralement des expressions «au service d'une autre personne» ou «en service salarié»). Voici un exemple à titre d'éclaircissement: la section IV du chapitre I du présent rapport est intitulée «L'expiration du contrat de travail», mais la section du code civil néerlandais traitant de ce sujet a pour titre: «Des diverses modalités de cessation de la relation de service créé par le contrat de travail».

102. Or, afin d'adapter les dispositions de l'arrêté extraordinaire aux autres prescriptions du droit du travail, il a fallu introduire une notion qui, dans le champ d'application élargi adopté en l'occurrence, fût de nature à remplir les mêmes fonctions que le concept de relation de service par rapport au contrat de travail. Désirant échapper à l'obligation de faire à nouveau usage du terme relation de service en lui accolant l'expression «au sens du présent arrêté», on a choisi un autre terme qui, couramment employé dans la langue, n'avait pas une signification juridique spécifique, et semblait s'imposer en l'espèce, à savoir le terme «relation de travail».

L'article 1, sous f, de l'arrêté précité donne de cette expression au sens dudit arrêté la définition suivante: «Relation de travail: relation juridique existant entre l'employeur et le salarié». Quant à sa portée, cette notion de «relation de travail» est un concept dérivé, tout comme la notion d'«employeur». Il convient de s'assurer d'abord si la personne qui travaille est un «salarié» suivant la définition de l'arrêté considéré. Dans l'affirmative, la personne au profit de laquelle il accomplit le travail est son employeur, et la relation juridique réciproque est une «relation de travail». Cette notion est ainsi devenue un concept juridique technique inhérent aux dispositions du susdit arrêté et des règlements détaillés établis en vertu de celui-ci.

103. Point n'est besoin, dans le présent rapport, d'examiner en détail la délimitation par l'arrêté considéré de la catégorie de personnes que celui-ci assimile aux travailleurs ayant cette qualité en vertu d'un

contrat de travail. L'absence presque totale de jurisprudence prouve jusqu'à un certain point que la délimitation a donné satisfaction dans la pratique. La formule contient d'ailleurs des éléments empruntés à diverses adjonctions, ayant trait à l'exécution effective d'un travail, qui figuraient dans le texte des lois sur les assurances des travailleurs qui étaient en vigueur à l'époque<sup>(169)</sup>. Le critère, c'est l'exécution effective d'un travail pour autrui; peu importe la nature de la relation contractuelle, voire l'existence de celle-ci. La présence d'une obligation d'effectuer un travail n'est pas davantage indispensable à la condition qu'il y ait en fait exécution personnelle d'un travail. La partie de la formule commençant par «à moins que» tend à exclure les chefs d'entreprise réellement indépendants et les personnes exerçant une activité indépendante ainsi que les emplois de complément pour autant qu'ils n'ont pas fait l'objet de la conclusion d'un contrat de travail.

La définition couvre également les relations de droit public en vertu desquelles s'effectue un travail. Mais l'article 2 de l'arrêté extraordinaire sur les rapports du travail déclare expressément que cet arrêté n'est pas applicable à la relation de travail des salariés employés par un organisme de droit public; dès lors, les dispositions dudit arrêté ne s'appliquent ni aux fonctionnaires, ni aux personnes employées par un organisme de droit public sur la base d'un contrat de travail, cela en raison du fait que l'extension de l'intervention de l'Office régional de l'emploi et du Collège des conciliateurs d'État aux relations de ce genre a été jugé inutile et peu souhaitable. Pour diverses raisons, ce même article exclut en outre la relation de travail de certaines autres catégories (à savoir le personnel enseignant, les personnes exerçant une fonction sacerdotale et les salariés féminins occupés dans le ménage des particuliers). C'est précisément parce que les personnes de ces catégories répondent à la notion de salarié au titre de l'arrêté précité qu'elles devaient faire l'objet d'une dérogation expresse.

#### § 4. CHAMP D'APPLICATION DE QUELQUES AUTRES LOIS DU TRAVAIL

104. Après l'exposé ci-dessus, la délimitation du champ d'application d'autres lois du travail n'appelle plus qu'un bref commentaire.

---

(169) C'est-à-dire vers 1944, car ces formules juridiques et techniques, ainsi que quelques autres formules de ce genre contenues dans l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les relations de travail sont tirées d'un projet intitulé «Réglementation d'urgence du travail» qui avait déjà été établi en secret pendant l'occupation.

Certaines lois partent des notions de droit civil telles qu'elles sont contenues dans les trois contrats portant sur la prestation d'un travail suivant l'article 1637 du code civil. C'est notamment le cas de la loi de 1927 sur la convention collective de travail et de la loi de 1934 sur le travail des étrangers.

D'autres lois s'inspirent de la technique de rédaction adoptée pour la loi du travail, et donnent une définition concrète du travail auquel elles s'appliquent, en rattachant celui-ci d'une façon déterminée à la notion d'entreprise. Il en est ainsi de la loi de 1914 sur le travail dans les ports, de la loi de 1921 sur les tailleurs de pierre, de la loi de 1933 sur le travail à domicile. Ce rattachement est même omis dans la loi de 1951 relative au jour de repos hebdomadaire des musiciens d'orchestres de danse et musette.

Quelques lois promulguées après la seconde guerre mondiale, emploient le terme de «salarié» (*Werknemer*) au lieu de celui de «travailleur» (*Arbeider*).

La loi de 1949 sur l'affiliation obligatoire à une caisse de retraite de la branche d'activité, la loi de 1950 portant organisation de la vie économique et la loi de 1950 relative aux comités d'entreprise ne donnent aucune définition de cette notion. Aux termes de la loi de 1952 sur les caisses de pension et d'épargne, est un salarié «toute personne se trouvant au service d'une entreprise». Dans ces lois, la notion est donc assez imprécise, mais en tout cas plus large que celle de «travailleur» aux termes de l'article 1637, *a* du code civil; il ne semble cependant pas qu'elle recouvre exactement la définition du salarié donnée par l'article 1 de l'arrêté extraordinaire sur les relations de travail. Cette imprécision n'importe guère, étant donné que toutes les lois considérées posent en premier lieu des règles concernant les relations collectives, qui, bien entendu, ne sont pas sans présenter un certain intérêt pour les individus. La mise en application des règles demeure subordonnée à plusieurs mesures d'organisation, qui permettent en tout état de cause de préciser, s'il en est besoin, les limites en ce qui concerne les individus intéressés. Il importe cependant d'observer que, du point de vue de la technique juridique, ces lois donnent à la notion d'entreprise un contenu légèrement différent de celui qu'elle a dans les lois étudiées jusqu'ici dans le présent rapport, telles que la loi sur l'assurance-accidents et la loi du travail. Nous y reviendrons plus loin <sup>(170)</sup>.

---

(170) Voir *infra*, point 111.

*Section III***CONTRAT DE TRAVAIL, RELATION DE TRAVAIL, ENTREPRISE****§ 1. CONTRAT DE TRAVAIL ET RELATION DE TRAVAIL**

105. Il ressort de la section II du présent chapitre que, dans le droit néerlandais du travail également, la portée matérielle de l'autonomie de la volonté des parties individuelles a été sensiblement restreinte par la réglementation de droit privé du contrat de travail, des prescriptions de droit public concernant le travail effectué pour autrui et les réglementations émanant des collectivités professionnelles. La section II explique que, sur le plan formel, ces règles, qui s'appliquent surtout aux cas comportant la conclusion d'un contrat de travail, ne sont rattachées qu'en partie à celui-ci, et qu'elles régissent souvent, à des titres divers, d'autres situations dans lesquelles une personne accomplit du travail pour autrui.

Mais cet état de choses n'a pas amené la doctrine néerlandaise du droit du travail à formuler une théorie générale substituant en tant que base du droit du travail, la notion de «relation de travail» à celle de «contrat de travail».

Divers motifs qui, dans d'autres pays, ont contribué à faire varier cette notion faisaient défaut aux Pays-Bas.

a) Tout d'abord, les spécialistes néerlandais du droit du travail n'éprouvaient nul besoin d'obtenir, grâce à une telle substitution, des résultats équitables en ce qui concerne les effets des contrats de travail entachés de nullité ou annulables. La cause, et sans doute la cause principale qui risque de porter atteinte à la validité en droit civil d'un contrat de travail a déjà été presque entièrement éliminée par la loi de 1907, qui a introduit les règles réalistes, exposées ci-dessus sous les points 40 et 39, relatives à la capacité, en tant que travailleur, du mineur d'âge et de la femme mariée. Les inconvénients qui subsistent, à savoir le caractère contestable, pendant quatre semaines, d'un contrat passé avec un mineur d'âge en l'absence d'une autorisation, et les autres cas de nullité énumérés sous le point 42 n'ont jamais, aux Pays-Bas, soulevé de difficultés dans la pratique. Il n'existe d'ailleurs aucune jurisprudence à ce sujet. La doctrine résout habituellement la difficulté en affirmant que sur le plan du droit du travail le contrat de prostitution est sans conséquence ou effet valables. Dans les autres cas (contrat conclu sans autorisation avec un mineur d'âge durant les quatre premières semaines; contrat de travail passé

avec un enfant de 12 ans, etc.), il peut légalement être mis fin de fait et à tout instant au contrat; dans le premier exemple, seul le mineur d'âge ou son représentant légal peuvent dénoncer le contrat; Dans l'autre l'employeur le peut également. Dans ces conditions, le travail fourni entre-temps a indûment enrichi l'autre partie, et restitution pourrait être demandée. Comme cela n'est plus possible en fait, on lui substitue la valeur de l'indu, qui doit normalement être fixée à un montant équivalent au salaire convenu (en dépit du caractère non valable de cette convention). Faisons encore remarquer que la doctrine civiliste néerlandaise tend généralement à repousser la conclusion dogmatique selon laquelle en cas de nullité ou d'annulabilité d'actes juridiques réciproques il n'y a eu aucun acte juridique; elle s'efforce au contraire de rechercher le dénouement le plus raisonnable, compte tenu des circonstances.

b) Les juristes néerlandais du travail n'avaient en outre nul besoin de substituer à la notion de contrat de travail celle de relation de travail pour faire valoir ainsi certains caractères personnels et sociaux propres qui ne correspondent pas aux principes généraux du droit des contrats, tels qu'ils sont formulés dans la doctrine généralement admise. Il a déjà été indiqué sous le point 3 de l'introduction que la loi de 1907 sur le contrat de travail a pris comme point de départ la vie sociale concrète et que, pour cette raison, elle prévoit en matière de contrat de travail des conséquences de droit civil qui, à bien des égards, diffèrent de celles d'un contrat purement synallagmatique portant sur des droits patrimoniaux. Dans la mesure où cela ne ressortirait pas suffisamment d'une prescription explicite, on peut toujours, en droit néerlandais, recourir aux dispositions des articles 1639, *d* et 1638, *z* du code civil, étudiées sous les points 51 et 57, concernant l'obligation de se comporter en bon travailleur ou en bon employeur. La doctrine néerlandaise du droit du travail ne s'est donc pas vue contrainte à adopter une autre notion que celle du contrat de travail pour exprimer les caractères propres de cette relation juridique dans les règles de droit civil et dans la jurisprudence, mais il a précisément pu se prévaloir à cet effet des intentions du législateur, qui avait modernisé le contrat. La nature propre du contrat considéré peut être pleinement mise en relief, et lorsqu'un élément déterminé se trouve être négligé à cet égard, on attribue cela non pas au fait que l'on a adopté comme base la notion de contrat de travail, mais à une appréciation partiellement fautive du caractère propre de ce contrat. Le droit néerlandais connaît d'ailleurs aujourd'hui d'autres contrats dont les clauses également impératives, s'écartent très sensiblement

des thèses classiques concernant la liberté contractuelle; c'est notamment le cas du bail à ferme, du bail à loyer et de la vente à tempérament; nonobstant, ils conservent leur caractère de contrat. D'ailleurs, aux termes de l'article 1375 du code civil, les conventions obligent entre autres à toutes les suites que l'équité notamment donne à «l'obligation d'après sa nature». La doctrine néerlandaise des contrats a, dans une large mesure, suivi le conseil donné il y a cent ans aux secrétaires chasseurs d'hérétiques par un pasteur néerlandais doublé d'un poète: «Vous dites que dans l'Église il n'y a pas place pour eux; mais en agrandissant votre Église n'agiriez-vous pas mieux?».

c) Enfin, la science juridique néerlandaise n'a pas eu besoin de se débarrasser de la notion de contrat de travail afin de mieux faire valoir, partout où cela était jugé nécessaire, des règles produisant des effets autres que les conséquences purement civilistes. Ces autres règles du droit du travail, telles que la législation protectrice du travail au sens étroit du terme et les assurances des travailleurs, n'ont été directement rattachées au contrat de travail qu'à leurs tout premiers débuts; bientôt, leur champ d'application a été entièrement ou partiellement déterminé au moyen d'autres critères, comme nous l'avons exposé ci-dessus.

106. Le fait qu'on n'ait pas éprouvé le besoin, aux Pays-Bas, de promouvoir l'évolution théorique de la notion de «relation de travail» se substituant à celle de «contrat de travail», ou la complétant, n'empêche que dès le lendemain de la première guerre mondiale, les auteurs néerlandais du droit du travail ont souvent usé du terme de «relation de travail» et que celui-ci continue d'être employé<sup>(171)</sup>. Il en est notamment ainsi dans les considérations générales sur l'objet, la nature et les principes du droit du travail<sup>(172)</sup>. C'est que, depuis l'époque où le «droit du travail» est devenu aux Pays-Bas une branche tant soit peu spécialisée du droit, les auteurs ne se sont pas contentés d'étudier les droits et obligations des travailleurs concluant un contrat du travail au sens du code civil, mais qu'ils se sont également attachés à examiner les règles éventuelles à prévoir pour diverses

(171) Il se pourrait que le terme ait été inconsciemment emprunté à la littérature allemande du temps de la république de Weimar; toutefois, les thèses que Nikisch et consorts y ont rattachées ne furent pas adoptées aux Pays-Bas.

(172) Le terme figure notamment dans le titre de certaines études de M. G. Levenbach, *De aard der arbeidsverhouding*, dans R.B.A. XIX, p. 17 (juin 1933), qui se trouvent également dans son recueil *Arbeidsrecht*, 1951, p. 115; F. J. H. M. van der Ven, *De arbeidsverhouding in de onderneming*, dans *Economie* 1941, et *De werkelijke arbeidsverhouding*, dans *Economie* 1942, ces deux études étant également contenues dans les *Arbeidsrechtelijke en Sociaal-politieke opstellen*, 1945, du même auteur; et dans *Typologie en problematiek der Arbeidsverhoudingen*, dans *Sociale Wetenschappen*, 1956, du même auteur, p. 83.

situations qui, du point de vue juridique formel, ne comportent pas de contrat de travail, mais présentent une grande analogie avec celui-ci, et qui, pour des motifs sociaux identiques, demandent à être réglementées. D'après une définition admise par de nombreux auteurs néerlandais, «le droit du travail constitue l'ensemble des règles juridiques concernant les relations de travail impliquant une subordination personnelle et les conditions de vie qui en sont directement tributaires». Excluant à bon escient la notion restreinte de contrat de travail, cette formule use du terme «relation de travail», dont le sens est plus large. Si certains auteurs critiquent cette définition, ce n'est pas qu'ils la jugent trop large et entendent n'admettre comme base que le contrat de travail, mais c'est précisément qu'ils préféreraient que le droit du travail couvre un domaine encore un peu plus vaste.

Mais la définition d'une branche du droit n'équivaut pas à la détermination d'une norme de droit positif. C'est pourquoi le terme relation de travail a été employé ici au sens qu'il possède généralement dans la littérature juridique néerlandaise, à savoir une signification plutôt sociologique et descriptive, qui n'est pas encore précisée sur le plan juridique formel et normatif. Dans ces conditions, ce terme est entaché d'une certaine imprécision juridique et comporte diverses nuances.

Tantôt, il englobe toutes les relations pouvant exister dans le domaine du travail exécuté pour autrui, y compris les rapports collectifs; dans ce cas, il a à peu près la signification du terme anglais «labour relations».

Tantôt, pour éviter la répétition, on emploie le terme dans des études sur le contrat de travail comme synonyme plus courant de ce que le code civil appelle une relation de service.

Mais souvent l'expression couvre effectivement la relation entre deux individus qui présente un intérêt en droit du travail, mais sa signification dépasse celle de la relation de service découlant d'un contrat de travail. La vie sociale présente en effet des nuances infinies; nombreux sont ceux qui exécutent pour autrui un travail dans une situation qui, du point de vue de la technique juridique, diffère à peine d'une situation fondée sur le contrat de travail, mais présente avec celle-ci une grande analogie sur le plan social parce que, sous cet angle, les personnes considérées ne sont pas vraiment indépendantes. Diverses prescriptions du droit du travail sont également applicables aux cas de ce genre, et cela à juste titre. Dans la discussion générale, on se sert alors aux Pays-Bas du terme «relation de travail». Mais dès

qu'il s'agit de conséquences juridiques précises (celles des lois d'assurance sociale ou des lois protectrices de l'hygiène et de la sécurité, par exemple), la règle juridique en cause doit être déterminée avec plus de rigueur et l'expression imprécise de relation de travail n'est pas utilisée comme critère à cette fin.

Enfin, ce terme est parfois employé pour désigner les rapports, impliquant un travail, qui existent entre deux individus, y compris dans des situations qui, ordinairement, ne relèvent pas du tout du droit du travail.

107. En attribuant au terme relation de travail ces deux derniers sens, on voit clairement que le contrat de travail, bien qu'il soit la cause la plus importante et la plus fréquente d'une relation de travail, n'est nullement la seule. Je me permets de préciser cette affirmation à l'aide d'un schéma global des relations de travail, classées d'après leur origine <sup>(173)</sup>.

#### A - Relations de travail suivant le droit privé:

##### I. Découlant d'un contrat en conformité des dispositions du livre II du code civil:

###### 1° Exécution d'un travail pour autrui:

- a) contrat de travail,
- b) contrat d'entreprise,
- c) contrat portant sur la prestation de quelques services,
- d) contrat sans dénomination propre (exemple: cas du garçon de café dont la rémunération ne consiste qu'en pourboires);

###### 2° Contrat de coopération (contrat de société, etc.);

##### II. Découlant d'autres relations de droit privé

###### 1° Dans un état de subordination, par exemple:

- a) en vertu d'un lien de famille (parents et enfants),
- b) en vertu d'une organisation ne relevant pas du droit patrimonial (exemple: Armée du salut);

###### 2° Sans subordination, par exemple:

- a) en vertu d'un lien de famille (la soeur qui s'occupe du ménage de son frère),

---

(173) Voir pour une étude détaillée M. G. Levenbach, *Arbeidsverhoudingen en Arbeidscontracten*, dans *N.J.B.*, 1940, p. 101.



b) en vertu d'un lien d'association (dirigeants non rétribués).

**B - Relations de travail suivant le droit public:**

**I. Dans un état de subordination:**

- a) à titre volontaire (fonctionnaires),
- b) à titre non volontaire (exemples: militaires appelés sous les drapeaux; personnes détenues);

**II. A titre indépendant (exemple: représentants du peuple).**

Or, en comparant ces diverses relations à la définition du droit du travail mentionnée sous le point 106, ou mieux, en examinant du point de vue matériel pourquoi il y a lieu de considérer qu'un groupe de règles constitue un ensemble cohérent qu'il convient d'étudier au regard du droit du travail en tant que branche particulière du droit, nous constatons que parmi les relations figurant dans le schéma (qui ont presque toutes fait l'objet d'un examen approfondi dans le présent rapport), il y en a plusieurs que l'on n'étudie habituellement pas dans le cadre du droit du travail, soit parce que la personne qui travaille n'est pas placée dans une situation de subordination ou de dépendance, mais se trouve être réellement ou bien l'égale de l'autre partie ou bien indépendante (A I 1 b presque toujours; A I 1 c dans de nombreux cas A I 2; A II 2 a et b, B II), soit parce que le travail accompli dans un état de subordination découle d'une relation juridique qui, tout en impliquant dans son ensemble la subordination, ne vise pas particulièrement un travail (A II 1 a et b; B I b). Cependant, les cas d'espèce couverts par le droit du travail ne se réduisent pas au seul cas fondé sur un contrat de travail. Bien que le schéma s'efforce à éclairer à des fins didactiques, la vie sociale réelle présente de très nombreux cas tangents.

108. Le schéma reproduit ci-dessus est basé sur les causes premières de la relation juridique dans lesquelles les personnes qui travaillent fournissent une prestation de travail. Mais l'emploi dans cette énumération descriptive du terme relation de travail ne signifie nullement que le droit néerlandais du travail substitue la notion de relation de travail à celle de contrat de travail.

Le droit néerlandais est loin de grouper ces cas, dans la mesure où ils relèvent du droit de travail, sous un seul dénominateur commun appelé «relation de travail», auquel se rattacheraient alors toutes les règles du droit du travail. Dès qu'il s'agit de règles juridiques con-

crètes, les critères (comme il a été exposé à la section II du présent chapitre) sont définis avec une plus grande précision et, en outre, diversifiés davantage pour tenir compte de la nature propre des différents ensembles de règles. Aux Pays-Bas, le droit positif du travail est à cet égard très pluriforme, parce que nous estimons que la réalité sociale l'exige; il se peut qu'à ce sujet nous poussions les choses un peu trop loin en ce qui concerne certaines réglementations (notamment l'assurance des travailleurs).

En droit positif néerlandais, la notion de «relation de travail» figure uniquement dans l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les relations de travail; mais il y est employé dans un sens bien plus restreint que celui que l'on y attache dans le langage courant, tel qu'il résulte des exposés ci-dessus, et il y est en outre défini avec précision. Comme il a été exposé sous le point 102<sup>(174)</sup>, le concept de «relation de travail» suivant l'arrêté précité équivaut à ce qui est désigné par le terme «relation de service» dans un contrat de travail au sens du code civil, à savoir la relation juridique existant entre employeur et salarié, ces deux dernières notions ayant une signification un peu plus large (mais aussi exactement délimitée) que la relation créée entre un employeur et un travailleur en vertu d'un contrat de travail. En l'occurrence, la notion de relation de travail n'est donc pas un postulat qui détermine le champ d'application d'une réglementation, mais une notion dérivée à partir d'une délimitation plus large, mais que la notion de contrat de travail contribue à fixer.

Des propositions ont par ailleurs été formulées et défendues qui, à l'instar de l'arrêté extraordinaire sur les relations du travail, tendent à uniformiser la délimitation du champ d'application des lois sur les assurances des travailleurs, cela au moyen d'une définition générale, à élaborer, de la relation de travail non fondée sur le contrat de travail, qui tombe sous le coup desdites lois. Cette définition devrait correspondre, sinon exactement, du moins approximativement, à la délimitation de la législation protectrice du travail<sup>(175)</sup>.

D'autres propositions ont déjà été faites, qui tendent à éluder la difficulté, souvent réelle, à prouver la présence du lien de subor-

(174) C'est-à-dire dans les règles mêmes qu'édicte cet arrêté, car, dans le titre de celui-ci, le terme a un sens beaucoup plus vague, et cette imprécision, par l'intermédiaire du rapport extraordinaire sur les relations de travail du 17 juillet 1944, Stbl. E 52, promulgué par le gouvernement néerlandais de Londres, se rattache probablement aussi à la terminologie allemande des règlements imposés aux Pays-Bas par l'occupant.

(175) W. F. de Gaay Fortman, *De arbeidsverhouding als toetssteen van de verzekeringsplaats*, discours prononcé au IV<sup>e</sup> congrès de l'assurance sociale, janvier 1960, également publié dans *S.M.A.*, 1960, p. 474 et s.; voir aussi son article intitulé *Arbeidsverhouding, arbeidsverhouding en sociale verzekering*, dans *De sociale verzekeringsgids*, 24<sup>e</sup> année, p. 109 (avril 1944).

dination dans le contrat de travail, en modifiant la qualification légale de manière à définir le contrat de travail comme la convention par laquelle une personne s'engage, moyennant un salaire, à travailler dans l'entreprise ou le ménage d'une autre personne. La relation juridique entre travailleur et employeur devrait alors s'appeler «relation de travail» (176).

Jusqu'ici ces deux propositions n'ont encore guère eu d'écho. Bien qu'utilisant l'une et l'autre le terme «relation de travail», elles n'entendent pas remplacer la notion de «contrat de travail» par une notion de «relation de travail», mais visent à délimiter plus nettement les lois sur les assurances des travailleurs et aussi le contrat de travail même par rapport à la communauté de travail.

## § 2. LA COMMUNAUTÉ DE TRAVAIL

109. Si, en droit néerlandais du travail, la notion de «relation de travail» est en général considérée uniquement comme une description sociologique et non comme un concept nettement défini sur le plan juridique formel, et si nous continuons à voir dans le «contrat de travail» la base juridique principale des rapports individuels du travail, il ne s'ensuit nullement que, d'après nous, cette notion épuise parfaitement le contenu de ces rapports. L'autonomie de la volonté des parties a sensiblement diminué, bien qu'à des degrés divers, étant donné la variété extrême que les contrats de travail présentent dans la réalité. Cette autonomie de la volonté des parties subsiste dans tous les cas (excepté un seul que nous négligerons ici) en ce qui concerne la conclusion du contrat et l'établissement consécutif de droits et d'obligations réciproques. Mais ce fait entraîne ipso facto la mise à contribution d'autres sources de droit, celles-ci n'étant pas limitées à la législation. En effet, lorsqu'une personne s'apprête à effectuer un travail pour le compte d'une autre personne, cela ne signifie pas seulement que les intéressés sont tenus de respecter leurs engagements et les dispositions législatives; cela signifie aussi qu'ils sont soumis aux facteurs constitutifs du droit de la communauté de travail de l'employeur dans laquelle le travailleur va entrer, ainsi que de la branche d'activité, facteurs que l'engagement et l'impératif légal ne suffisent pas entièrement à expliquer. En droit du travail, si la situation juridique de l'individu est déterminée par les prescriptions du législateur et par la volonté de l'individu, elle l'est aussi, et surtout, par sa condition sociale, sa position et les institutions avec lesquelles il entre ainsi en

---

(176) H. Versloot, *De grenzen der arbeidsovereenkomst*, dans *S.M.A.*, 1952, p. 162.

rapports. Communauté contractuelle, communauté de travail, branche d'activité ou profession et communauté territoriale souveraine sont les quatre sources, plus ou moins importantes, du droit moderne du travail<sup>(177)</sup>. Dans le cadre du présent rapport, il convient d'examiner encore brièvement la communauté de travail prise isolément.

110. Le contrat de travail ne se réduit pas à un simple contrat d'échange; c'est aussi un rapport de coopération. Bien que d'autres contrats (les contrats de société par exemple) puissent également avoir ce même caractère, celui-ci est spécifique du contrat de travail. Non seulement le travailleur et l'employeur s'engagent à fournir des prestations réciproques, dont chacune peut être considérée en elle-même et isolément, mais, du fait de ce contrat, le travailleur s'insère dans un ensemble de personnes et de choses créé par l'employeur, dans lequel il est appelé à exercer une fonction. Qu'il en est bien ainsi, voilà ce qui apparaît très clairement, d'une part, dans l'entreprise industrielle et, d'autre part, dans le ménage au service duquel entrent des gens de maison. Cependant, même les situations qui semblent être parfaitement définies par l'exécution d'une prestation de travail fournie en échange d'un salaire (exemple: un particulier engage une personne pour opérer le classement de sa bibliothèque juridique) ne laissent pas d'impliquer un minimum d'organisation, puisque l'employeur donne au travailleur des instructions concernant ses biens. Le cas peut évidemment se présenter où, un seul travailleur étant engagé, celui-ci n'entre pas dans une organisation existante, laquelle ne se constitue qu'à la suite de son engagement. Mais lorsqu'il y a un certain nombre de travailleurs occupés, il est très évident que l'on n'a pas seulement affaire à plusieurs contrats de travail isolés, passés séparément avec plusieurs travailleurs isolés, mais à une communauté de travail comprenant un certain nombre de personnes et de choses, organisée en vue d'un objectif commun.

Comme l'existence de cette communauté de travail apparaît le plus clairement dans l'entreprise industrielle moderne et que c'est dans celle-ci que se manifestent avec le plus d'acuité les problèmes juridiques qu'elle soulève, ceux-ci sont habituellement rangés parmi les problèmes juridiques de l'entreprise.

Aux Pays-Bas, c'est surtout M. de Gaay Fortman qui a appelé l'attention sur cette sphère de droit<sup>(178)</sup>. Le droit positif néerlandais

(177) Voir mes exposés cités dans la note 149.

(178) W. F. de Gaay Fortman, *De onderneming in het Arbeidsrecht*, thèse, Université libre, 1934.

du travail ne réserve cependant à celle-ci qu'un rôle modeste. Dans divers passages du présent rapport, nous avons déjà indiqué comment il se fait qu'il est question de la communauté de travail — l'entreprise — dans le droit positif.

Nous avons vu (points 89 et 90) que le droit néerlandais ne reconnaît pas à l'entreprise un pouvoir législatif, et qu'en droit positif, le règlement intérieur est construit selon le droit des obligations contractuelles individuelles. Nous avons vu (sous le point 49) qu'il est de même pour le règlement de discipline. Rares sont en revanche les cas (point 63) où la communauté de travail joue un rôle direct dans la détermination des conséquences juridiques du contrat de travail. Nous avons aussi fait état (point 91) de la loi sur les comités d'entreprise.

Il ressort des dispositions de cette loi — analysée en détail par M. Molenaar, dans le rapport sur «La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.», publié en 1959 — qu'en droit néerlandais positif, cet organe de l'entreprise n'est pas en premier lieu chargé d'établir les droits et les obligations découlant du contrat de travail (Aux Pays-Bas, la détermination des conditions de travail est bien plutôt du ressort de la collectivité plus large que constitue la branche d'activité), mais de créer un climat de travail, de bonnes relations humaines que nous ne considérons pas, au premier abord, comme des relations juridiques.

Quelle que soit l'influence exercée par tous ces facteurs sur les rapports individuels, l'entreprise n'est pas pour autant considérée en droit néerlandais comme une construction définitive en ce qui concerne ses rapports.

111. En technique juridique, la notion d'entreprise a toutefois un sens pour la délimitation de l'applicabilité de la législation protectrice des travailleurs (voir points 39 et suiv. «travail dans une entreprise»), de certaines lois d'assurance sociale (voir point 96) et de certaines lois telle que la loi sur les comités d'entreprise elle-même, qui règlent certains rapports collectifs intéressant l'organisation (voir point 104). c'est pourquoi nous formulons encore quelques remarques au sujet de l'entreprise en tant que notion sur le plan de la technique juridique.

De Gaay Fortman distingue dans l'entreprise deux aspects, d'abord celui de l'organisation technique c'est-à-dire de l'organisation de personnes, de choses et de moyens auxiliaires immatériels qui tend constamment à un objectif technique déterminé. C'est l'aspect interne, la nature juridique de l'entreprise en tant qu'institution étant expliquée

par de Gaay Fortman en conformité des idées d'Hauriou. La réalisation d'un bénéfice ne joue ici aucun rôle, mais elle concerne éventuellement l'autre aspect, c'est-à-dire l'entreprise en tant qu'organisation économique et commerciale. Or, ces deux aspects de l'entreprise, organisation technique et organisation économique et commerciale, sont indissolublement liés. Mais, en droit du travail, l'entreprise s'impose surtout à nous en tant qu'organisation technique. L'ouvrage de de Gaay Fortman contient à ce sujet des développements très intéressants. Nous estimons néanmoins que la terminologie adoptée par lui a créé une certaine confusion dans la définition des notions techniques de droit. La définition que Fortman donne de l'entreprise en tant qu'organisation technique s'applique, selon moi, à n'importe quelle communauté de travail, pour le moins à toute communauté de travail participant à la vie économique. Mais, dans le langage courant, cela s'appelle une « exploitation »; la science de l'organisation industrielle fait état d'« économie de l'exploitation ». Dans le langage courant, dans l'organisation industrielle, et aussi dans le droit positif de la législation protectrice des travailleurs et de la loi sur l'assurance-accidents, la notion d'« entreprise » ne désigne que l'organisation technique poursuivant un but lucratif. Ce dernier aspect n'est pas la face externe du premier. Il n'en est ainsi que de l'entreprise capitaliste. Mais il existe diverses autres communautés de travail qui répondent à la définition, formulée par Fortman, de l'entreprise en tant qu'organisation technique, mais dont le but n'est pas lucratif (exemples: services publics, institutions sociales et de charité, établissements hospitaliers, cercles, etc.) En groupant toutes ces communautés sous la notion d'entreprise, on fait bon marché de certaines différences. On introduit des nuances dans le droit lorsque, à l'instar de la loi du travail, par exemple, on prend ces diverses communautés de travail en considération sous la dénomination qui leur est propre et en les soumettant alors ou non, selon les besoins juridiques de la vie sociale, au même régime que l'entreprise capitaliste. La présente étude sur les rapports individuels du travail ne se prête pas à des développements sur ce point. Si j'en ai touché un mot ici, c'est uniquement pour expliquer le fait, mentionné sous le point 104, que les dernières lois du travail utilisent la notion d'entreprise dans un sens un peu moins précis en technique du droit, ce qui est dû à l'influence qu'a exercée l'ouvrage de Fortman.

## CONCLUSION

112. Aux Pays-Bas, comme dans d'autres pays, le rôle du contrat de travail a sensiblement changé. L'autonomie formellement totale de la volonté des parties qui, il y a cent ans, a dominé ce contrat sur le plan juridique, mais allait en fait de pair avec un exercice de pouvoir presque entièrement unilatéral, a fait place à un droit du travail moderne, aussi varié que complexe. Les notions et constructions juridiques nouvelles qui se sont développées dans ce droit n'ont cependant pas éliminé le contrat de travail en tant que base, créant des obligations, des rapports individuels du travail.

A l'occasion du 25<sup>e</sup> anniversaire de l'entrée en vigueur de la loi sur le contrat de travail, le grand juriste Meijers<sup>(179)</sup>, évoquant les nombreuses innovations du droit du travail déjà acquises alors, ainsi que les nouveaux projets encore à réaliser, écrivait: «Personne ne sait quels sont, parmi tous ces projets, ceux qui seront un jour réalisés dans notre pays. Mais quelles que soient les surprises que nous réserve l'avenir à cet égard, une chose est certaine: Aucun État moderne ne peut plus se passer d'une bonne réglementation du contrat de travail».

Depuis cette époque, un nouveau quart de siècle s'est écoulé, et le droit du travail s'est développé au rythme accéléré que nous avons retracé. Mais, aujourd'hui encore, les spécialistes du droit néerlandais du travail estiment que nous ne pourrions plus nous passer du contrat de travail en tant que construction juridique, ni d'une bonne réglementation de droit civil de ce contrat<sup>(180)</sup>.

---

(179) E. M. Meijers, *Een terugblik: 1909-1934*, dans *R.B.A.* XIX, p. 81 (1<sup>er</sup> février 1934).

(180) Pour l'établissement du présent rapport, l'auteur a été heureux de pouvoir utiliser la documentation réunie par M. T. Koopmans qu'il a publiée en juillet 1962 à l'université d'Amsterdam, dans la thèse sur «*De begrippen werkmán, arbeider en werknemer*». Étant donné que ce rapport a été achevé avant ladite thèse, il n'a pas été possible d'y renvoyer en chaque cas particulier.





## **LE DROIT DU TRAVAIL DANS LA COMMUNAUTÉ**

### *Ouvrages déjà parus:*

- Les sources du droit du travail.
- La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.
- La représentation des travailleurs sur le plan de l'entreprise dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.
- Grève et lock-out.
- La protection des travailleurs en cas de perte de l'emploi.
- La participation des travailleurs à l'organisation de la vie économique et sociale en France.

### *En voie d'édition:*

- Le régime juridique des organisations professionnelles.

### *En préparation:*

- La juridiction en matière de travail et de sécurité sociale.

FF 39,50 FB 400,— DM 32,— Lire 5000 Fl. 29,—

---

SERVICES DES PUBLICATIONS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

3568/2/65/1