

LE DROIT SOCIAL FACE AU TRAVAIL PRECAIRE

ENSEIGNEMENTS D'UNE CARTOGRAPHIE JURIDIQUE DU TRAVAIL ATYPIQUE*

PAR **DANIEL DUMONT** , SOPHIE GÉRARD*** , JULIETTE GILMAN**** et
AMAURY MECHelynck*******

** Professeur, Université libre de Bruxelles, Centre de droit public et social

*** Chercheuse, Université libre de Bruxelles, Centre de droit public et social

**** Assistante-doctorante, Université libre de Bruxelles, Centre de droit public et social

***** Chercheur-doctorant FRESH, Université libre de Bruxelles, Centre de droit public et social

*« Voilà que tout le monde se retrouvait plus ou moins larbin, à présent.
La silicose et le coup de grisou ne faisaient plus partie des risques du métier.
On mourait maintenant à feux doux, d'humiliation, de servitudes minuscules,
d'être mesquinement surveillé à chaque stade de sa journée ; et de l'amiante aussi.
Depuis que les usines avaient mis la clef sous la porte, les travailleurs n'étaient plus que du
confetti. Foin des masses et des collectifs. L'heure, désormais, était à l'individu,
à l'intérimaire, à l'isolat. Et toutes ces miettes d'emploi satellitaient sans fin
dans le grand vide du travail où se multipliaient une ribambelle d'espaces divisés,
plastiques et transparents : bulles, box, cloisons, vitrophanies. »*

Nicolas Mathieu, *Leurs enfants après eux*, Arles, Actes Sud, 2018, p. 212.

* Pour sa relecture particulièrement attentive d'une première version du texte, les auteurs tiennent à remercier chaleureusement Élise Dermine, professeure de droit du travail à l'Université libre de Bruxelles. Ils remercient également Charlotte Bruynseraede, chercheuse-doctorante en droit de la sécurité sociale à la KU Leuven. L'une comme l'autre ne sont toutefois nullement liées par les analyses proposées.

1. INTRODUCTION : LES DIMENSIONS JURIDIQUES DU TRAVAIL PRECAIRE

Depuis deux décennies maintenant, un important courant dans la littérature juridique qui se développe à l'échelle internationale argumente que les mécanismes du droit social classique ne sont pas adaptés à la situation des travailleurs atypiques et ne prennent pas en compte les déterminants de leur vulnérabilité. Les exemples ne manquent pas, en du droit du travail¹ comme de la sécurité sociale². De fait, les illustrations sont nombreuses qui conduisent à pointer les limites, dans la plupart des pays industrialisés, de l'aptitude du cadre juridique de la relation de travail classique à appréhender les situations de travail qui ne correspondent pas à la configuration pour laquelle il a été historiquement pensé, à savoir le travail à durée indéterminée, à temps plein et sous l'autorité d'un employeur unique.

Les pages qui suivent apportent de l'eau à ce moulin pour ce qui concerne la Belgique, en identifiant de nombreuses situations de sous-protection juridique des travailleurs. Elles sont issues d'une vaste recherche réalisée au sein du Centre de droit public et social de l'ULB pour le compte de l'Observatoire de la santé et du social de Bruxelles-Capitale en 2020 et 2021³. Dans le cadre de l'élaboration de son dernier *Rapport bruxellois sur l'état de la pauvreté*, ledit Observatoire a réalisé une longue enquête sur le thème des travailleurs pauvres et du « précaire » (en région bruxelloise), dont l'objet a été de documenter et d'analyser des situations dans lesquelles des personnes qui travaillent expérimentent tout de même des situations de pauvreté ou de précarité.

(1) J. Fudge et R. Owens, Introduction, in J. Fudge et R. Owens (dir.), *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, Oxford, Hart, 2006, pp. 3-27 ; K. Stone et H. Arthurs, The transformation of employment regimes : a worldwide challenge, in K. Stone et H. Arthurs (dir.), *Rethinking Workplace Regulation : Beyond the Standard Contract of Employment*, New York, Russell Sage Foundation, 2013, pp. 1-20 ; L. Rodgers, *Labour Law, Vulnerability and the Regulation of Precarious Work*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016.

(2) M. Matsaganis et al., *Non-Standard Employment and Access to Social Security Benefits*, research note 8/2015, Bruxelles, Commission européenne, 2016, 42 pp. ; S. Spasova et al., *Access to Social Protection for People Working on Non-Standard Contracts and as Self-Employed in Europe. A Study of National Policies*, rapport du European Social Policy Network à la Commission européenne, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2017, 100 pp. ; M. Westerveld et M. Olivier (dir.), *Social Security outside the Realm of the Employment Contract. Informal Work and Employee-Like Workers*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019 ; I. Daugareilh, Introduction : social protection for digital platform workers in Europe, *International Social Security Review*, vol. 74, n° 3-4, special issue, Social Protection for Digital Platform Workers in Europe, 2021, pp. 5-12.

(3) S. Gérard, J. Gilman, A. Mechelynck et D. Dumont, *Le travail précaire. Une cartographie juridique du travail atypique et des protections garanties par le droit social*, rapport pour le compte de l'Observatoire de la santé et du social de Bruxelles-Capitale, Bruxelles, Centre de droit public et social de l'ULB, 2021, 438 pp., en ligne sur le site de l'Observatoire : www.ccc-ggc.brussels/fr/observatbru/publications/rapports-thematiques-pauvrete-0. La recherche a été menée entre septembre 2020 et juin 2021. Le rapport repose sur l'état de la législation en vigueur au moment où il a été clôturé. Postérieurement à notre rapport, voir celui coordonné par l'Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains, en partie appuyé sur le nôtre : Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains, Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, Myria et Conseil central de surveillance pénitentiaire, *Rapport parallèle au Comité européen des droits sociaux*, 2022, 92 pp., [https://institutfederaldroitshumains.be/sites/default/files/2022-10/Rapport parallèle IFDH Droits du travail.pdf](https://institutfederaldroitshumains.be/sites/default/files/2022-10/Rapport%20parall%C3%A8le%20IFDH%20Droits%20du%20travail.pdf).

(4) *Le Rapport bruxellois sur l'état de la pauvreté* est élaboré par l'Observatoire de la santé et du social sur la base de l'ordonnance de la COCOM du 20 juillet 2006 relative à l'élaboration du rapport sur l'état de la pauvreté dans la Région de Bruxelles-Capitale. Tous les deux ans, un « rapport thématique » met en exergue une problématique particulière en matière de pauvreté. Le rapport thématique bisannuel 2020 de l'Observatoire est consacré aux travailleurs pauvres à Bruxelles.

Réalisée à cette occasion mais de façon indépendante, notre recherche, pour sa part, a analysé la thématique du travail précaire sous l'angle du droit social. Plus précisément, elle a eu pour objet l'étude des protections garanties par le droit du travail et le droit de la sécurité sociale aux travailleurs, en particulier les travailleurs atypiques, contre la précarité. Nous avons examiné dans quelle mesure le droit social assure aux travailleurs (atypiques) une protection contre les principaux risques de précarité ou, au contraire, constitue lui-même, par ses limites et ses évolutions, un facteur de précarisation. Nous avons réalisé cette recherche dans une perspective diachronique, afin d'identifier si les protections légales ont eu tendance à être renforcées ou affaiblies avec le temps, et ce essentiellement depuis la fin des années 1970 et le début des années 1980.

Élaboré au départ du volumineux rapport dont il est issu, mais destiné à pouvoir être lu indépendamment de lui, le présent article expose nos principales conclusions. Il tient compte des réformes intervenues jusqu'au 1^{er} janvier 2023. Sa plus-value ne réside pas dans l'analyse technique fine et détaillée de tel ou tel dispositif juridique déterminé. Pour des raisons de lisibilité et d'économie d'espace, il a du reste été à dessein fait l'impasse sur les textes légaux et réglementaires ; on trouvera en revanche tous les renvois nécessaires dans le rapport complet. La valeur ajoutée de l'article, espérons-nous, est plutôt de proposer un panorama à caractère très englobant, qui couvre de façon synthétique le contenu et l'évolution des principaux volets du droit social, systématiquement appréhendés sous l'angle de leur application aux travailleurs précaires. Ce panorama est sans précédent à notre connaissance, en ce qu'il couvre, et le droit du travail, et le droit de la sécurité sociale. Même s'il est centré sur la mise en évidence de nos constats les plus saillants, le texte délimite les corps de règles que nous avons scrutés et la façon dont nous nous y sommes pris pour les ausculter, afin de permettre au lecteur de jauger la portée de nos conclusions, qui sont exprimées en des termes assez généralisants.

Au fil de notre étude, nous avons été amenés à relativiser, ou plutôt préciser, l'idée largement répandue selon laquelle les protections assurées tant par le droit du travail que par le droit de la sécurité sociale auraient périclité de façon linéaire depuis les années 1980, de sorte que les travailleurs, de façon générale, seraient de moins en moins protégés contre la précarité. C'est que les diverses réformes survenues dans le champ du droit social ces quatre dernières décennies n'ont pas toutes participé à un déclin des droits. Au contraire, nous avons pointé ci et là des protections qui soit sont nouvelles, soit ont été renforcées ces dernières années. Mais parallèlement, il est incontestable que des détricotages significatifs ont aussi eu lieu, essentiellement par le biais de la consécration de nouveaux statuts peu protecteurs sous l'angle du droit social. Paradoxalement, les nombreux statuts dérogatoires qui ont proliféré ont souvent eu pour objectif affiché de mieux encadrer des situations de travail particulières, jusque-là peu ou mal appréhendées par le droit social général. Ce résultat est toutefois loin d'avoir été toujours atteint, tant les défauts de conception sont nombreux. Protections inapplicables, protections désamorçées, protections inefficaces, protections non pertinentes : la palette des problèmes est large. A distance des lectures sur le mode du « grand effondrement », mais tout en ne demeurant pas aveugle à certaines évolutions préoccupantes, notre recherche a ainsi tenté d'établir un panorama global qui reflète adéquatement les bougés à l'œuvre et qui, partant, est contrasté.

Avant d'en venir à l'exposé plus détaillé de nos résultats, il convient de prendre le temps de préciser d'abord le périmètre de la recherche qui a été réalisée. La recherche a porté sur les dimensions juridiques du travail précaire. Pour l'introduire, nous exposons en premier lieu la manière dont les scientifiques, principalement des économistes et des sociologues, ont conceptualisé la notion de travail précaire. Nous ne détaillons évidemment pas l'ensemble de l'imposant *corpus* de littérature qui existe à ce sujet : nous résumons seulement, et de façon succincte, les cadres théoriques les plus communément suivis, de manière à pouvoir mettre en évidence le rôle central que joue le droit social dans la régulation du phénomène du travail précaire (1.1.). Nous revenons ensuite sur la notion de travail atypique, mieux connue des juristes, et sur la distinction entre le travail précaire et le travail atypique. Si ces deux notions ne se recoupent pas entièrement, les travailleurs atypiques sont particulièrement susceptibles de connaître une situation de travail précaire, de sorte que l'analyse du sort des premiers est une bonne manière d'approcher le second phénomène (1.2.).

Dans la foulée de ce balisage des concepts centraux de travail précaire et de travail atypique, nous détaillons le choix des quatre ensembles majeurs de protections juridiques contre la précarité du travail que nous avons passées sous la loupe : la protection contre l'instabilité de l'emploi, la protection contre l'imprévisibilité des prestations de travail, la protection contre l'atomisation des travailleurs et, enfin, la protection contre les grands risques sociaux. Le cœur de la démarche a consisté à examiner dans quelle mesure les règles de droit qui matérialisent chacun de ces différents ensembles s'appliquent aux travailleurs atypiques, en les comparant aux travailleurs « ordinaires » (1.3.).

1.1. LE TRAVAIL PRÉCAIRE : UN PHÉNOMÈNE MULTIDIMENSIONNEL, DANS LA RÉGULATION DUQUEL LE DROIT SOCIAL JOUE UN RÔLE PIVOT

Quelle que soit la façon dont il est appréhendé, le travail précaire fait entrer en scène le droit social.

Dans le langage courant, le terme « précaire » désigne ce qui « n'offre nulle garantie de durée, de stabilité, qui peut toujours être remis en cause »⁵. Pour sa part, le droit belge ne définit pas la notion de travail précaire.

Sans surprise, ceux qui se sont attelés à établir une généalogie du concept de travail précaire ont mis en évidence que l'usage de ce concept dans les débats politiques et académiques a évolué différemment dans chaque contexte national⁶. Quelques constantes intéressantes émergent toutefois. Il ressort ainsi de ces études que la notion de précarité a commencé à être utilisée pour caractériser l'emploi et les conditions de travail à partir du début du XIX^e siècle, notamment dans les écrits fondateurs du

(5) Dictionnaire Larousse.

(6) J.-C. Barbier, La précarité, une catégorie française à l'épreuve de la comparaison internationale, *Revue française de sociologie*, vol. 46, n° 2, 2005, pp. 351-371 et Id., A conceptual approach of the destandardization of employment in Europe since the 1970s, in M. Fritz et M. Koch (dir.), *Non-Standard Employment in Europe : Paradigms, Prevalence and Policy Responses*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, coll. Work and Welfare in Europe, 2013, pp. 13-28.

marxisme⁷. De manière révélatrice, le sujet paraît ensuite avoir presque disparu du radar au cours des Trente Glorieuses, soit les trois décennies de prospérité économique et sociale que les pays ouest-européens ont connues au lendemain de la seconde guerre mondiale. Il semble que l'essor de l'emploi stable et protégé dans le contexte d'une économie fordiste ait fait passer la problématique à l'arrière-plan. Ce n'est qu'à partir de la fin des années 1970, lorsque le modèle fordiste a commencé à se déliter, que le travail précaire est (re)devenu un thème récurrent dans le débat politique et académique⁸. À partir de ce moment, les chercheurs ont tenté de conceptualiser le travail précaire, qu'ils ont considéré comme un phénomène clairement exacerbé par les crises économiques de l'époque⁹.

C'est dans le cadre des premières rencontres scientifiques internationales sur le sujet, en 1989, que Gerry Rodgers, un économiste britannique, a réalisé la conceptualisation encore la plus influente à ce jour de la précarité du travail¹⁰. Selon Gerry Rodgers, la précarité du travail peut présenter quatre aspects. Plus ces aspects sont cumulés, plus le degré de précarité est marqué¹¹. Le premier aspect concerne le degré de certitude quant à la poursuite de la relation de travail. Le travail précaire regroupe ainsi des relations de travail qui sont de courte durée ou pour lesquelles le risque de perte d'emploi est élevé. Le deuxième aspect concerne le contrôle sur le travail, c'est-à-dire la possibilité pour les travailleurs d'influer (individuellement ou collectivement) sur leurs conditions de travail. Dans cette perspective, le travail est précaire lorsque le travailleur n'a pas ou seulement très peu d'influence sur ses conditions de travail. Le troisième aspect est le manque de protections. Sous cet angle, est précaire le travail dans le cadre duquel le travailleur n'est pas protégé contre les discriminations, les licenciements abusifs ou les conditions de travail inacceptables, et n'a pas accès à la sécurité qu'assurent les différentes prestations de sécurité sociale (couvrant la santé, les accidents du travail, la retraite, le chômage, etc.). Un quatrième et dernier aspect de la précarité du travail concerne les moyens d'existence auxquels le travail donne accès. Est considéré comme précaire le travail qui génère de faibles ressources financières et qui, de ce fait, expose les travailleurs à la pauvreté et à l'insécurité pécuniaire.

(7) M. Quinlan, The 'pre-invention' of precarious employment : the changing world of work in context, *Economic and Labour Relations Review*, vol. 23, n° 4, 2012, p. 5 ; E. Betti, Historicizing precarious work : forty years of research in the social sciences and humanities, *International Review of Social History*, vol. 63, n° 2, 2018, pp. 277-278.

(8) P. Cingolani, *La précarité*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je?, 2006, pp. 7-9 ; M. Quinlan, The 'pre-invention' of precarious employment : the changing world of work in context, *op. cit.*, p. 16 ; E. Betti, Historicizing precarious work : forty years of research in the social sciences and humanities, *op. cit.*, p. 280.

(9) Voir par exemple, G. Caire, Précarisation des emplois et régulation du marché du travail, *Sociologie du travail*, vol. 24, n° 2, 1982, pp. 135-158.

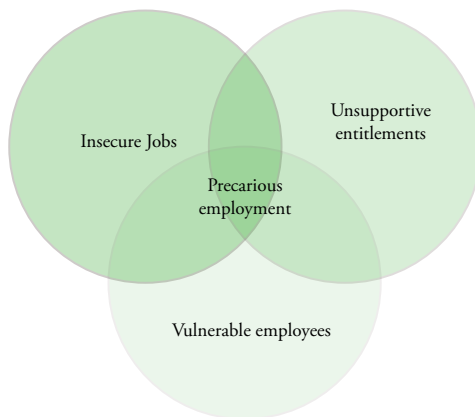
(10) K. Bosmans, K. Van Aerden et C. Vanroelen, Precaire arbeid in België, in *Jobkwaliteit in België in 2015. Analyse aan de hand van de European Working Conditions Survey EWCS 2015 (Eurofound)*, Louvain, HIVA KU Leuven, 2016, p. 248 ; E. Betti, Historicizing precarious work: forty years of research in the social sciences and humanities, *op. cit.*, p. 283.

(11) Les lignes qui suivent sont une paraphrase de G. Rodgers, Precarious work in Western Europe : the state of the debate», in G. Rodgers et J. Rodgers (dir.), *Precarious Jobs in Labour Market Regulation. The Growth of Atypical Employment in Western Europe*, Genève, International Labour Organization, 1989, pp. 1-16.

Cette définition multidimensionnelle est encore régulièrement reprise dans les études récentes, même si elle sert souvent de point de départ pour de nouvelles conceptualisations de la précarité du travail¹².

Le sociologue néerlandais Martin Olsthoorn a notamment proposé une conceptualisation affinée, sur la base d'une synthèse de la littérature des années 2000 sur le sujet¹³. Comme celle de Gerry Rodgers, cette conceptualisation insiste sur le caractère multifactoriel de la précarité du travail. Selon lui, le travail précaire se caractérise avant tout par le risque, ou la menace, d'insécurité (*threatening insecurity*) à laquelle ce travail confronte les personnes concernées. Le risque d'insécurité résulte non seulement des caractéristiques de l'emploi occupé et des droits dont les travailleurs peuvent ou non bénéficier, y compris en matière de sécurité sociale, mais aussi, ajoute l'auteur par rapport à Rodgers, des caractéristiques personnelles des intéressés, comme par exemple leur niveau de richesse personnelle au-delà de la rémunération perçue ou leur niveau d'éducation¹⁴.

Selon Olsthoorn, la précarité au travail résulte souvent de l'addition de ces différentes dimensions, dont la superposition tend à accroître l'acuité : l'emploi est-il stable ou instable (*insecure job*) ?, le travailleur bénéficie-t-il d'un ensemble de prérogatives protectrices ou en est-il dépourvu (*unsupportive entitlements*) ?, présente-t-il par ailleurs des caractéristiques personnelles l'exposant à la vulnérabilité (*vulnerable employee*) ? Le caractère « intersectionnel » des dimensions de la précarité est illustré par le schéma suivant :



Olsthoorn, 2014

(12) Pour un exemple, en plus de l'étude de Martin Olsthoorn citée ci-dessus : N. Duell, Defining and assessing precarious employment in Europe : a review of main studies and surveys, discussion paper, Munich, Economix, 2004, p. 10, <https://economix.org/de/a55ets/publications/ECONOMIXanalysis-precarious-employment-Europe.pdf>.

(13) M. Olsthoorn, Measuring precarious employment: a proposal for two indicators of precarious employment based on set-theory and tested with Dutch labor market-data, *Social Indicators Research*, vol. 119, 2014, pp. 421-441.

(14) M. Olsthoorn, Measuring precarious employment, *op. cit.*, pp. 423-426.

En intégrant la vulnérabilité des personnes comme dimension de la précarité de l'emploi, Olsthoorn permet de saisir qu'une situation de travail donnée peut s'avérer précaire quand bien même l'emploi proprement dit n'est pas particulièrement instable.

Un peu dans la ligne d'Olsthoorn, l'Organisation internationale du travail (OIT), l'agence des Nations Unies en charge du développement du droit social international et du contrôle de son respect, préfère à la notion de travail précaire celle de travail exposant le travailleur à un risque d'insécurité. Cela permet, selon l'OIT, de ne pas qualifier mécaniquement un emploi atypique de précaire, pour plutôt se concentrer sur les risques d'insécurité qu'un emploi déterminé comporte. L'OIT considère que l'insécurité du travail se manifeste dans sept domaines distincts : l'emploi, les revenus, les heures de travail, la sécurité et la santé au travail, la couverture par la sécurité sociale, la formation, et la représentation collective¹⁵.

Plusieurs conceptualisations du travail précaire – principalement d'ordre sociologique et économique – existent donc. Chacune présente des spécificités, mais toutes ont en commun d'insister sur le caractère multifactoriel de la précarité du travail.

Étant donné la nature très multidimensionnelle du phénomène il est difficile de s'exprimer de façon générale sur l'évolution globale de la précarité. Pour ce qui concerne spécifiquement la Belgique, on semble toutefois pouvoir diagnostiquer, au regard des données disponibles, que cette précarité est demeurée au mieux stable au cours des dernières décennies, avec par contre une légère augmentation pour les travailleurs spécifiquement. Dans un exercice de synthèse, couvrant une période de plus de 30 ans (1988-2020), qui a porté sur l'évolution d'une large palette d'indicateurs de pauvreté – en l'occurrence, le risque de pauvreté monétaire, la privation matérielle, la faible intensité d'emploi et le recours à l'aide sociale –, Jill Coene a ainsi constaté que les chiffres sont demeurés « obstinément stables » au cours de la période étudiée¹⁶. Par contre, l'exposition au risque de pauvreté des personnes en âge de travailler qui présentent un niveau de formation faible a fort augmenté depuis le changement de siècle, grimant de 18,7 à 32,7% entre 2005 et 2018. Parallèlement, l'exposition à la pauvreté des travailleurs (*working poor*), si elle demeure limitée, connaît elle aussi une tendance plutôt haussière, passant de 4,4 à 5,1% entre 2013 et 2018¹⁷.

Pour notre propos, le point central est que, quelle que soit la liste exacte des facteurs de précarité au travail, le droit social influe sur nombre d'entre eux. Il remplit en effet une fonction-clé pour éviter ou, à l'inverse, permettre que le travail devienne « précarisant ». Ainsi, les règles qui encadrent le licenciement limitent l'insécurité de l'emploi ; les barèmes salariaux permettent de garantir un certain niveau de revenus ;

(15) Bureau international du travail, *Non-Standard Employment around the World. Understanding Challenges, Shaping Prospects*, Genève, BIT, 2016, pp. 18-19, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf.

(16) J. Coene, Dertig jaar armoedecijfers, in J. Coene et al. (dir.), *Armoede en sociale uitsluiting. Jaarboek 2021*, Bruxelles, University Press Antwerp/Uitgeverij ASP, 2021, p. 73.

(17) SPF Sécurité sociale, *The Evolution of the Social Situation and Social Protection in Belgium 2020. Persistent Challenges*, Bruxelles, SPF Sécurité sociale, 2021, respectivement p. 5 et pp. 17-18, <https://socialsecurity.belgium.be/sites/default/files/content/docs/en/publications/silc/silc-analysis-social-situation-and-protection-belgium-2020-en.pdf>.

la couverture contre les accidents du travail protège contre un ensemble d'aléas susceptibles de survenir dans le milieu professionnel ; etc. Inversement, la création par le droit social de certains statuts de travailleur dérogatoires a pu augmenter l'instabilité de la relation de travail, de même que la dégradation des prestations de sécurité sociale peut fragiliser les conditions d'existence de franges de la population.

Bien sûr, la précarité du travail ne se résume pas à l'absence de protections par le droit social. Ainsi que l'a souligné notamment Olsthoorn, les caractéristiques personnelles des travailleurs concernés et, plus encore, le contexte socio-économique plus général jouent un rôle important dans la présence ou non de la précarité. Même sans bénéficiaire de beaucoup de protections par le droit social, certains travailleurs parviennent ainsi à se ménager des conditions de travail qui les protègent de l'insécurité. On peut notamment penser aux dirigeants de grandes entreprises qui, malgré un statut d'indépendant peu ou en tout cas moins protégé par le droit social, parviennent à négocier des contrats rémunérateurs et à être en mesure de faire valoir leurs intérêts face à leurs cocontractants : ces travailleurs ne peuvent pas être qualifiés de précaires. Inversement, même en présence de règles très ou relativement protectrices, un travailleur peut devenir précaire, par exemple parce qu'il n'est pas adéquatement représenté par un syndicat ou qu'il n'est pas en mesure de faire effectivement valoir ses droits devant une juridiction en cas de litige. Le droit social constitue donc une pièce essentielle du puzzle de la précarité, mais il n'est pas le seul élément à prendre en compte, loin s'en faut.

Cette précision faite, c'est bien à l'analyse des déterminants *juridiques* de la précarité que l'étude a été consacrée. Nous avons à l'esprit les autres éléments qui peuvent expliquer ladite précarité, mais ils ne formaient pas l'objet de notre recherche.

1.2. TRAVAIL PRÉCAIRE, TRAVAIL ATYPIQUE : QUELLES ARTICULATIONS ? LES FORMES DE TRAVAIL ATYPIQUE COMME PORTE D'ENTRÉE PRIVILÉGIÉE POUR SAISIR LE TRAVAIL PRÉCAIRE

Le travail atypique est, le plus souvent, défini de manière négative, par opposition au contrat de travail « typique » ou « standard », à savoir le contrat de travail à temps plein, conclu pour une durée indéterminée, presté sous l'autorité d'un employeur unique et dans son entreprise. Partant, sont considérées comme des formes de travail atypique, les relations de travail subordonnées ou quasi-subordonnées qui ne répondent pas à ces caractéristiques¹⁸. Certaines de ces formes de travail font partie du paysage juridique et socio-économique depuis longtemps, comme les contrats de travail à temps partiel ou à durée déterminée, ou encore le travail intérimaire. D'autres formes de travail atypique sont plus récentes, comme le travail de plateforme.

(18) J. Herman et W. van Eeckhoutte, *Atypische vormen van tewerkstelling*, Deurne, Kluwer, coll. Sociale praktijkstudies, 1992, pp. 1-6 ; B. Oversteyns, *Arbeidsrecht en flexibiliteit. Een juridisch onderzoek van atypische arbeidsovereenkomsten*, thèse de doctorat en droit, Louvain, KU Leuven, 1993, pp. 10-14 ; M. Jamoulle, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1994, p. 221 ; P. Schoukens et A. Barrio, 'The changing concept of work : when does typical become atypical ?', *European Labour Law Journal*, vol. 8, n° 4, 2017, p. 308.

Le travail atypique constitue, encore aujourd'hui, une figure dérogoire voire une « anomalie » en droit social. En effet, ce dernier a été construit à une époque où le travailleur-type était masculin et travaillait pour une durée indéterminée à temps plein auprès d'un seul employeur tout au long de sa carrière. Cette relation de travail correspondait, au moment de sa généralisation, au besoin de stabilité des entreprises fordistes, ainsi qu'à une organisation familiale basée sur une stricte séparation des tâches de soins et des activités professionnelles. C'est le fameux *male breadwinner model*, ou modèle de « monsieur gagne-pain »¹⁹.

A ce jour, le contrat de travail « standard » reste la norme, juridiquement et en pratique. Juridiquement, tout d'abord, les formes atypiques de travail se présentent pour la plupart comme des régimes d'exception, autorisés dans des situations énumérées de façon restrictive par les réglementations. Ainsi, le travail intérimaire ne peut être mobilisé que pour prester du travail temporaire qui recouvre des opérations limitativement énumérées par la loi ; la conclusion de contrats de travail à durée déterminée successifs est plafonnée, à moins d'être justifiée par « la nature du travail ou par d'autres raisons légitimes » ; les flexi-jobs ne sont autorisés que dans un nombre précis de secteurs ; etc. Par ailleurs, pratiquement toutes ces relations de travail particulières doivent toujours faire l'objet d'un contrat écrit, une exigence qui témoigne également de ce qu'il s'agit de régimes d'exception. En pratique, ensuite, le contrat de travail « standard » représente encore une large majorité des emplois, même si cette part est déclinante. En Belgique, les contrats de travail temporaires ne concernent ainsi encore « que » un travailleur sur dix ; le travail indépendant, 17% des travailleurs, et parmi ces indépendants, tous ne sont bien sûr pas, tant s'en faut, en situation de dépendance économique (ou quasi-subordination), et donc ne peuvent être considérés comme atypiques ; et le travail à temps partiel, 25% des travailleurs²⁰. S'agissant du travail à temps partiel, il faut toutefois noter sa distribution particulièrement inégale sous l'angle du genre, puisque si le phénomène concerne moins de 10% des hommes, il touche par contre plus de 40% des femmes²¹, de sorte que, pour ces dernières, il ne peut certainement pas être qualifié de marginal.

Quelle que soit la conceptualisation de l'emploi précaire à laquelle on se réfère (*supra*, 1.1.), on constate que celui-ci ne coïncide pas nécessairement avec le travail atypique. Que le travail s'inscrive ou non dans le moule du contrat de travail standard n'épuise

(19) J. Fudge, Beyond vulnerable workers : towards a new standard employment relationship, *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 12, n° 2, 2005, p. 168 ; A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe* (1999), nouvelle édition, Paris, Flammarion, 2016, p. 45 ; J. Fudge, The future of the standard employment relationship : labour law, new institutional economics and old power resource theory, *Journal of Industrial Relations*, vol. 59, n° 3, 2017, p. 380. Sur le cas belge, N. Ramlot, Le travail domestique gratuit et l'État social. Une analyse critique féministe du statut d'aidant proche en Belgique, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 90, 2023, à paraître.

(20) M. Nautet et C. Piton, An analysis of non-standard forms of employment in Belgium, *NBB Economic Review*, juin 2019, pp. 15-16 (et p. 6 pour la précision par les auteurs des figures juridiques qu'ils agrègent sous le vocable *temporary contracts*). Pour de nombreux autres chiffres, déclinés par catégories de travailleurs vulnérables et centrés sur la prévalence de la pauvreté, voir E. De Becker, A. Dockx et P. Schoukens, In-work poverty in Belgium, in L. Ratti (dir.), *In-Work Poverty in Europe. Vulnerable and Under-Represented Persons in a Comparative Perspective*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, coll. Bulletin of Comparative Labour Relations, 2022, pp. 37-83.

(21) M. Nautet et C. Piton, An analysis of non-standard forms of employment in Belgium, *op. cit.*, p. 13.

en effet pas la question de savoir s'il est précaire ou non. Ce qui importe, quand on se préoccupe de précarité, ce sont les protections dont jouissent les travailleurs – contre la rupture inopinée de la relation d'emploi, contre l'imprévisibilité des horaires de travail, contre la difficulté à faire entendre sa voix, etc. Si cette protection est faible, l'emploi peut être précaire quand bien même l'on a affaire à un contrat de travail standard. En outre, alors que le concept de travail atypique est entièrement centré sur les caractéristiques juridiques de la relation de travail, la précarité peut s'expliquer, ainsi qu'on l'a vu (*supra*, 1.1.), par des facteurs « extérieurs » tels que les caractéristiques personnelles du travailleur (par exemple, un faible niveau de formation) ou le contexte institutionnel et économique (par exemple, la structuration des relations collectives et l'état du marché du travail). Les caractéristiques juridiques de la relation de travail ne sont donc qu'un des facteurs qui peuvent expliquer la précarité de l'emploi²².

Pour les raisons qui précèdent, une large majorité des chercheurs qui ont conceptualisé l'emploi précaire insistent sur la nécessité de ne pas le confondre avec l'emploi atypique²³. Il n'empêche, il faut bien constater, en dépit de ces avertissements, que les deux phénomènes sont tellement liés qu'ils sont souvent analysés conjointement dans la littérature, en sciences juridiques comme dans les autres sciences sociales, et en ce compris par les auteurs évoqués à l'instant. A tel point qu'ils semblent former ensemble un unique objet de recherche²⁴.

Cette assimilation de fait de deux phénomènes pourtant considérés comme conceptuellement distincts peut s'expliquer de deux façons complémentaires. Tout d'abord, étant donné que le travail précaire est multidimensionnel, il est très difficile à mesurer de façon précise à l'aide de données chiffrées. C'est pourquoi les formes atypiques de travail, au sujet desquelles les statistiques sont par contre nombreuses, tendent à être utilisées comme outil de mesure par défaut, pour donner une approximation quantitative de l'ampleur du travail précaire²⁵. Ainsi, la proportion de travailleurs à temps partiel ou intérimaires, dans un secteur d'activités déterminé est régulièrement employée comme *benchmark*. Ensuite, le travail atypique, bien qu'il ne soit pas entièrement subsumable dans le travail précaire, n'en demeure pas moins avoir beaucoup plus de chance d'être précaire que la relation de travail ordinaire. Cela tient non seulement à l'instabilité généralement plus grande liée à ces types de contrat de travail, qui offrent souvent de mauvaises conditions de rémunération

(22) M. Vultur, La précarité : un 'concept fantôme' dans la réalité mouvante du monde du travail, *SociologieS* (en ligne), Débats, 2010, pp. 3-5.

(23) C. Büchtemann et S. Quack, How precarious is 'non-standard' employment ? Evidence for West Germany, *Cambridge Journal of Economics*, vol. 14, n° 3, 1990, pp. 315-329 ; Z. Hannif et F. Lamm, When non-standard work becomes precarious : insights from the New Zealand call centre industry, *Management Revue*, vol. 16, n° 3, special issue, Flexible Work = Atypical Work = Precarious Work?, 2005, pp. 324-350 ; M. Vultur, La précarité : un 'concept fantôme' dans la réalité mouvante du monde du travail», *op. cit.*, pp. 1-7 ; K. Bosmans, K. Van Aerden et C. Vanroelen, Precaire arbeid in België, *op. cit.*, p. 247 ; M. Olsthoorn, Measuring precarious employment, *op. cit.*, pp. 424 à 426 ; I. Florczak, Precarious employment V. atypical employment in the EU, in J. Wratny et A. Ludera-Ruszel (dir.), *New Forms of Employment. Current Problems and Future Challenges*, Wiesbaden, Springer, 2020, pp. 203-214.

(24) En ce sens, I. Florczak, Precarious Employment V. Atypical Employment in the EU, *op. cit.*, p. 213.

(25) A. Broughton et al., *Precarious Employment in Europe. Patterns, Trends and Policy Strategies*, étude réalisée à la demande du comité de l'Emploi et des Affaires sociales du Parlement européen, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016, p. 21.

et une faible couverture par la sécurité sociale, mais également au fait que l'emploi atypique concerne en pratique des publics habituellement plus vulnérables, comme les femmes, les migrants et les jeunes. Les multiples dimensions de la précarité – *insecure jobs*, *unsupportive entitlements* et *vulnerable employees*, dans la typologie de Olsthoorn (*supra*, 1.1.) – se combinent fréquemment dans le cas des travailleurs atypiques, à leur détriment²⁶. C'est le cas en particulier dans les pays d'Europe continentale qui, comme la Belgique, connaissent un marché du travail assez dualisé, avec, d'un côté, des contrats de travail standards encore peu exposés à la vogue de la déréglementation et, de l'autre, des poches de travail atypique en voie d'expansion et de diversification²⁷.

S'il n'y a pas de stricte équivalence entre travail atypique et travail précaire, le travail atypique constitue donc un excellent « candidat » à la précarité²⁸. Pour cette raison, il forme souvent le principal objet des études qui concernent l'emploi précaire. Dans cette ligne, notre recherche, sans toutefois tenir pour interchangeables les deux notions, a utilisé le travail atypique comme approximation – un « proxy », dirait-on en économie – du travail précaire.

1.3. STRUCTURE DE L'ÉTUDE : UNE ANALYSE PAR STATUT PUIS PAR PROTECTION

Afin d'appréhender les dimensions juridiques du travail précaire et leurs évolutions, nous avons procédé en deux temps. Nous avons proposé tout d'abord une présentation des principaux statuts juridiques précaires, ou « précarisant » (2.), avant de passer ensuite à une analyse plus transversale des protections garanties (ou non) par le droit social aux travailleurs, et surtout aux travailleurs engagés dans ces différents statuts dérogatoires (3.).

Ce double temps dans l'étude des interactions entre le droit social et la précarité se justifie en ce que l'étude des protections qui sont garanties par le droit social ne peut se faire qu'une fois les principaux statuts atypiques de travail, mais aussi les principales « positions » en sécurité sociale, bien posés et compris. Cela a constitué la première phase de notre recherche. Sur le plan diachronique, elle a permis de mettre en évidence la succession de plusieurs moments-clés, inscrits dans des directions assez différentes, en matière de droit du travail comme de sécurité sociale. Elle a ainsi conduit à « déshomogénéiser » un ensemble – l'atypicité – souvent perçu comme monolithique.

Il fallait ensuite rendre compte des protections concrètes qui sont fournies par le droit social contre les facteurs de précarité. Cela a été l'objet de la seconde phase de notre recherche. Cette seconde étape était capitale pour comprendre l'évolution des différentes protections assurées par le droit social aux travailleurs ordinaires, qui constituent toujours la majorité de la population active, mais également, et surtout, pour saisir les limites de ces protections lorsqu'elles doivent être appliquées à des travailleurs atypiques.

(26) *Ibid.*, pp. 168-171 et les nombreux exemples invoqués par ces auteurs.

(27) Sur ce scénario de la dualisation, comparé avec d'autres trajectoires de libéralisation – essentiellement le néolibéralisme anglo-saxon et la flexicurité scandinave –, K. Thelen, *Varieties of capitalism : trajectories of liberalization and the new politics of social solidarity*, *Annual Review of Political Science*, vol. 15, 2012, p. 147.

(28) K. Bosmans, K. Van Aerden et C. Vanroelen, *Precaire arbeid in België*, *op. cit.*, p. 247.

Cette étape nécessitait un travail de sélection des protections analysées. En effet, la quasi-totalité des dispositifs qui composent le droit social peuvent être rattachés, d'une façon ou d'une autre, à la lutte contre le travail précaire. Il ne pouvait évidemment être question d'analyser l'ensemble du droit social. C'est pourquoi nous avons sélectionné quatre facteurs centraux de précarité que l'on rencontre dans la plupart des conceptualisations en matière de travail précaire (*supra*, 1.1.) et nous avons, pour chacun, examiné les protections concrètes que prévoit le droit social belge. Notre choix a été guidé par la pertinence des corps de règles pour l'analyse du sort particulier des travailleurs pouvant être précaires.

Dans le domaine de la conciliation entre vie privée et vie professionnelle, par exemple, nous avons privilégié l'étude des règles régissant le temps de travail à celles concernant la possibilité de prendre des congés parentaux, car cette dernière problématique paraît comparativement moins vitale pour les travailleurs atypiques. Par ailleurs, nous avons également préféré l'analyse de domaines du droit social dans lesquels des règles spécifiques existent pour les travailleurs atypiques, par opposition aux domaines du droit social qui connaissent des règles similaires pour tous les travailleurs. Ainsi, nous avons volontairement laissé de côté l'étude des règles anti-discrimination, celles régissant la rémunération des travailleurs ou encore celles relatives au bien-être au travail, car le droit applicable y est pratiquement similaire pour les travailleurs « classiques » et ceux qui sont atypiques. Il nous a semblé en effet moins pertinent de nous pencher sur ces protections, dans la mesure où elles ne présentent pas ou peu de particularités concernant les travailleurs atypiques, de sorte que leur analyse n'éclaire pas beaucoup la situation de ces derniers.

Positivement, les quatre ensembles de règles de droit social retenus sont les suivants.

Tout d'abord, nous avons analysé la protection contre *l'instabilité de l'emploi*. Concrètement, ce risque vise l'incertitude quant au maintien de l'emploi et la possibilité de perdre celui-ci de manière imprévue ou arbitraire. Le droit social tend à limiter ce risque depuis longtemps en imposant des règles qui garantissent la stabilité de la relation de travail. Il s'agit notamment des règles qui imposent le respect d'un préavis avant la rupture du contrat, de celles qui encadrent la succession de contrats à durée limitée, des règles qui visent à lutter contre la rupture arbitraire du contrat de travail ou encore des dispositifs qui permettent au contrat de travail de survivre à des incidents comme la maladie du travailleur ou des difficultés économiques dans le chef de l'employeur. Nous avons choisi de traiter cette dimension, car l'insécurité d'emploi est un facteur décisif sur le plan de la précarité du travail : si un emploi peut prendre fin à tout moment, le travailleur est constamment confronté au risque de perdre sa principale source de revenu et est soumis au seul bon vouloir de l'employeur. La stabilité de l'emploi importe surtout pour la stabilité de la rémunération qu'elle emporte avec elle. Or, les règles en la matière ont connu de nombreux changements au cours de la décennie précédente, notamment dans le cadre de l'harmonisation des conditions de licenciement des ouvriers et des employés.

La seconde protection que nous avons étudiée vise à armer les travailleurs contre *l'imprévisibilité des prestations de travail*. Le droit social prévoit un ensemble de dispositifs qui ont précisément pour objet de permettre au travailleur de connaître

son horaire et son volume de travail et d'avoir un certain contrôle sur eux (durées de travail minimum et maximum, publication des horaires, etc.). Nous avons étudié l'évolution de ces règles étant donné que les heures peu nombreuses ou imprévisibles exposent le travailleur à l'insuffisance des revenus. De plus, le fait d'être soumis à des changements d'horaires fréquents impacte la santé et complique l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée. Par ailleurs, les règles relatives à la prévisibilité des prestations de travail ont fait l'objet de changements importants suite à la loi dite « Peeters » adoptée en 2017, puis à nouveau en 2022, à l'occasion de la transposition en droit interne d'une nouvelle directive européenne. Cette thématique est donc elle aussi à la fois cruciale dans la lutte contre le travail précaire et particulièrement actuelle.

La troisième protection retenue est relative au danger de *l'atomisation des collectifs de travail*. Elle consiste en l'insertion des travailleurs dans le jeu de la négociation collective. Cela permet d'éviter que le travailleur doive négocier seul l'ensemble de ses conditions de travail avec son employeur, lequel est en position de force. La possibilité de participer, par le biais de mécanismes de représentation, à la négociation d'accords collectifs est une garantie qui permet de compléter et d'améliorer l'effectivité de l'ensemble du droit du travail. Les interlocuteurs sociaux disposent en effet d'une grande marge de manœuvre et peuvent couvrir, pour ainsi dire, tous les aspects de la relation de travail. Dans de nombreux secteurs d'activités, les règles générales relatives à la stabilité de la relation de travail ou au temps de travail sont ainsi précisées dans des conventions collectives de travail. Symétriquement, un travailleur qui ne bénéficie pas du fruit de la négociation collective risque de connaître des conditions de travail désavantageuses par rapport aux autres travailleurs, de nature à l'exposer à la précarité : stabilité d'emploi réduite, horaires de travail moins prévisibles, rémunération plus basse, nombre plus faible de jours de congé, etc. Dans le contexte actuel, notamment, de l'augmentation des « petits » indépendants qui ne sont pas des travailleurs salariés, ou en tout cas qui ne sont pas reconnus comme tels, mais qui dépendent économiquement de leur cocontractant (freelances, travailleurs de plateforme, etc.), la question de savoir si ces travailleurs peuvent bénéficier des produits de la négociation collective est centrale.

La quatrième et dernière protection que nous avons analysée est celle assurée par la sécurité sociale contre *les grands risques de l'existence* que sont le chômage, l'incapacité de travail, la maladie, la pauvreté, etc. La précarité peut principalement découler soit de l'absence de couverture par la sécurité sociale, soit d'une couverture ineffective. Parfois, le statut d'un travailleur ne lui permet tout simplement pas d'être éligible à certaines prestations ; dans d'autres situations, ce travailleur échoue en pratique à satisfaire aux conditions d'accès à ces prestations, en particulier lorsqu'il change régulièrement de statut. En constant remaniement, la sécurité sociale a connu des évolutions importantes ces vingt dernières années, surtout pour les travailleurs indépendants – vers une protection plus importante –, mais également pour les jeunes salariés – dans leur cas, vers une protection amoindrie. Les obstacles dans l'accès (effectif) aux prestations sont nombreux.

Pour chacun des quatre grands « blocs » de protections retenus, nous avons identifié les règles de droit pertinentes, retracé leurs principales évolutions – afin de détecter les

affaiblissements et renforcements au fil du temps²⁹ – et examiné dans quelle mesure ces règles générales s’appliquent plus spécifiquement aux travailleurs atypiques. Ceci nous a permis de vérifier si l’introduction des différentes formes de travail atypiques n’a pas eu pour effet de « déborder » les règles de droit social générales. En effet, si ces règles ne s’appliquent pas aux statuts atypiques, ou si elles s’y appliquent mais apparaissent peu pertinentes au vu de leurs spécificités, alors la promotion des relations de travail atypiques constitue un moyen d’éviter l’application des protections centrales du droit social. Ce qui équivaut, *de facto*, à un phénomène de dérégulation du travail.

Nous y revenons de façon circonstanciée en conclusion, en livrant un bilan au sujet de notre question directrice : le droit social protège-t-il encore contre la précarité du travail ?

Une précaution importante encore, pour clore cette longue introduction. Notre objet d’étude a été les remparts de nature juridique à l’encontre de la précarité selon les statuts, c’est-à-dire selon le type de contrat de travail et selon la position au regard de la sécurité sociale. Mais nous n’avons pas eu la prétention de chercher à établir des liens de causalité entre les réformes étudiées et l’accroissement de la précarité, tant déterminer avec sérieux des corrélations univoques constitue un exercice particulièrement complexe, impliquant la mobilisation de techniques socio-économiques qui ne relèvent pas de notre champ de compétences. Nous n’avons pas davantage cherché, pour la même raison, à identifier le poids respectif de chacune de ces différentes réformes dans la persistance voire l’augmentation globale de la précarité qui peut être observée au regard d’un certain nombre d’indicateurs statistiques (*supra*, 1.1.).

2. LES STATUTS DE TRAVAILLEURS ATYPIQUES ET LES STATUTS DE SECURITE SOCIALE

Afin d’étudier les processus de précarisation au travail en Belgique, il faut commencer par s’intéresser aux cadres réglementaires des différents statuts pouvant engendrer des situations de précarité. Nous avons appréhendé la précarité – effective ou potentielle – comme découlant soit d’un statut de travailleur qui est atypique par une dimension au moins de la relation de travail, soit d’un statut de bénéficiaire d’un revenu de remplacement, de type contributif ou assistanciel, à charge de la sécurité sociale. Ce

(29) Nous avons laissé de côté les très nombreuses mesures temporaires adoptées dans le cadre de la crise socio-sanitaire du covid-19, en raison de ce qu’elles ont connu beaucoup de changements en peu de temps et sont aujourd’hui pour la plupart éteintes. Ces mesures ont en revanche été couvertes dans notre rapport complet. Sur ces mesures, voir les analyses successives de E. Dermine et D. Dumont (dir.), *Journal des tribunaux du travail*, double numéro spécial « Le droit social face à la crise du COVID-19 : penser le présent et penser l’après », 2020, pp. 153-192 (1^{ère} partie) et pp. 193-228 (2^{ème} partie), téléchargeable à l’adresse www.larcier.com/fr/le-droit-social-face-a-la-crise-du-covid-19 ; E. Dermine et D. Dumont, collaboration à E. Slautsky, F. Bouhon et C. Lanssens *et al.*, Belgium : Legal Responses to Covid-19, in J. King et O. Ferraz (dir.), *Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, Oxford, Oxford University Press, coll. Oxford Constitutional Law, 2022, partie V, Social and employment protection measures, en ligne à l’adresse <https://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-occ19/e1.013.1/law-occ19-e1> ; Q. Detienne, La sécurité sociale, arme de soutien massif en période de pandémie. Analyse des mesures phares adoptées pendant la crise, in F. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier (dir.), *Le droit public belge face à la crise du covid-19. Quelles leçons pour l’avenir ?*, Bruxelles, Larcier, coll. Bibliothèque de droit public, 2022, pp. 903-939 ; A. Hachez et V. De Greef, Le soutien financier aux travailleurs par les secteurs d’activité durant la pandémie de covid-19, in E. Dermine et J.-F. Neven (dir.), *Le droit social sectoriel, un monde méconnu*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 413-462.

sont là les catégories de personnes pour lesquelles le risque de précarité est le plus important. Les différentes variantes de travailleur atypique ne sont en effet pas les seules à être particulièrement touchées par le risque de précarité. Tel est également le cas des bénéficiaires de prestations de sécurité sociale : chômeurs, malades, pensionnés, etc. L'absence de protection efficace par la sécurité sociale peut avoir pour conséquence de rendre le travail précaire. Une relation de travail particulièrement instable sera moins précaire si, en cas de cessation de la relation de travail, les personnes concernées peuvent rapidement accéder à un revenu de remplacement satisfaisant. Tout comme un travail mal rémunéré sera moins précarisant si, arrivé à l'âge de la retraite, le travailleur pourra néanmoins bénéficier d'une pension décente. Le statut des bénéficiaires de prestations de sécurité sociale est donc un élément capital à prendre en compte pour analyser l'évolution des dispositifs juridiques qui touchent au travail précaire.

La première phase de notre étude a eu une vocation panoramique et a tenté d'établir un relevé le plus complet possible des différents statuts juridiques précaires qui existent en Belgique, en allant du droit du travail (2.1.) vers la sécurité sociale (2.2.). Cela a permis de mettre à plat les données juridiques nécessaires pour l'analyse du fonctionnement des différentes protections et de leur application aux travailleurs, protections que nous avons décortiquées dans la seconde phase de notre enquête.

2.1. LES STATUTS DE TRAVAILLEURS ATYPIQUES

2.1.1. Les statuts de travailleurs atypiques étudiés

Nous avons dû opérer des choix dans les formes de travail atypiques à ausculter. Si nous les avons presque toutes examinées, certaines ont été laissées de côté.

Afin de limiter l'ampleur de nos investigations, nous n'avons ainsi pas étudié les cas de mise à disposition de travailleurs autres que l'intérim (à savoir la mise à disposition dans le cadre d'un groupement d'employeurs, la mise à disposition dans le cadre d'un trajet de mise au travail approuvé par la Région, le prêt de personnel entre employeurs exceptionnellement autorisé par l'inspection du travail ou encore la mise à disposition du personnel communal, etc.), parce qu'en pratique, l'intérim représente la très large majorité des cas de mise à disposition. Nous n'avons pas examiné non plus les travailleurs saisonniers et le travail temporaire dans les secteurs de l'agriculture et de l'horticulture, car ils sont très peu nombreux en région bruxelloise, laquelle constituait notre périmètre géographique initial. Nous avons également fait l'impasse sur les apprentis, c'est-à-dire les personnes qui suivent une formation en alternance, en partie à l'école et en partie en entreprise, car ces étudiants ne se trouvent pas encore réellement sur le marché du travail et, surtout, parce que l'étude de la réglementation en la matière nous aurait menés trop loin dans les méandres du droit de l'enseignement – alors que l'étude se concentre sur le droit social. Enfin, nous n'avons pas davantage abordé le travail associatif, dans la mesure où la loi de 2018 en la matière a été annulée par la Cour constitutionnelle en 2020. Lorsque notre étude était déjà bien avancée, une loi temporaire sur le sujet avait été adoptée en décembre 2020 en réaction, mais qui n'a été d'application que jusqu'au 31 décembre 2021³⁰, de sorte que le mécanisme

(30) Loi du 24 décembre 2020 relative au travail associatif, *M.B.* 31 décembre 2020.

institué n'était pas pérenne. Depuis le 1^{er} janvier 2022, la disparition de ce régime provisoire a été compensée par un élargissement du mécanisme dit de « l'article 17 ONSS », qui exclut certaines prestations occasionnelles dans le secteur socio-culturel du régime de sécurité sociale des salariés, et prévoit un traitement fiscal avantageux pour les revenus dégagés par cette activité³¹.

Positivement maintenant, le menu a été le suivant. Non moins d'une petite quinzaine de contrats ou « statuts » particuliers ont été successivement passés en revue. Il s'agit : (1) du contrat de travail à durée déterminée, (2) du contrat de travail à temps partiel, (3) du travail indépendant, mais, ainsi que nous nous en expliquons ci-dessous, limité à la perspective d'appréhender les faux indépendants et les indépendants économiquement dépendants, (4) du contrat de remplacement, (5) du contrat de travail étudiant, (6) des contrats de stages – en particulier les stages *first*, la formation professionnelle individuelle en entreprise et les stages dits libres –, (7) du contrat de travail dit « article 60 » en CPAS, (8) du contrat de travail pour les agences locales pour l'emploi ou « ALE », (9) du contrat de travail intérimaire, (10) du contrat titres-services, (11) du volontariat, (12) du contrat de travail occasionnel dans l'horeca – plus connu sous le nom de contrat d'« extra » – et, enfin, (13) du contrat flexi-jobs.

Concernant les indépendants, ce statut n'est pas, à proprement parler, atypique. Toutefois, la littérature identifie une catégorie grandissante d'indépendants qui se situent dans une zone grise en marge du salariat, en particulier les faux indépendants et les indépendants économiquement dépendants³². Ainsi, les faux indépendants sont des personnes qui sont indépendantes d'un point de vue formel, tant et aussi longtemps que leur relation de travail n'est pas requalifiée, mais qui exercent les mêmes tâches que les travailleurs salariés d'une entreprise ou d'un maître d'ouvrage, et de la même manière que ceux-ci, c'est-à-dire dans le cadre d'un lien de subordination au sens juridique du terme. Les indépendants économiquement dépendants, quant à eux, sont des travailleurs indépendants à part entière qui sont employés à titre exclusif ou à titre principal par une seule entreprise ou un seul client et dont la rémunération dépend exclusivement ou principalement des revenus de cette entreprise ou de ce

(31) Loi du 17 mars 2022 modifiant plusieurs dispositions relatives à l'article 17 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, *M.B.*, 31 mars 2022 ; loi du 26 avril 2022 fixant le régime fiscal des rétributions pour des activités d'association visées à l'article 17 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, *M.B.*, 6 mai 2022 ; arrêté royal du 23 décembre 2021 modifiant plusieurs dispositions relatives à l'article 17 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, *M.B.*, 30 décembre 2021.

(32) Sur ce thème central, voir notamment, parmi beaucoup d'autres, A. Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, *Droit social*, 2000, n° 2, pp. 131-145 ; Organisation internationale du travail, *La relation de travail*, conférence internationale du travail, session n° 95, rapport V(1), Genève, BIT, 2006, 94 p. ; F. Rosioru, Legal acknowledgement of the category of economically dependent workers, *European Labour Law Journal*, vol. 5, n° 3-4, 2014, pp. 279-305 ; F. Kéfer, L'avenir du travail : les défis lancés au droit du travail et de la sécurité sociale, *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2019, pp. 230-233 ; E. De Becker et P. Schoukens, Atypisch werk, werken in armoede en sociale zekerheid : noodzaak (of kans) om de fundamente van het Belgische socialezekerheidsstelsel te herdenken ?, *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2023, n° 1, numéro spécial Les fondements du droit social/De grondslagen van het sociaal recht, pp. 12-13.

client. Ces formes de travail indépendant entrent dans la notion de travail atypique. Les travailleurs concernés risquent de se trouver dans une situation précaire. Il nous semblait donc indispensable de nous pencher sur leur situation. Dans la mesure où ces indépendants atypiques ne constituent pas une catégorie juridique à part, nous nous sommes intéressés aux travailleurs indépendants dans leur ensemble.

Dans le tableau ci-dessous, nous avons repris les différents éléments par lesquels le travail atypique peut se distinguer du contrat de travail standard. Pour chaque différence mise en lumière, nous avons relevé les principales relations atypiques de travail qui présentent ladite différence avec le contrat de travail standard.

| Différence avec le contrat de travail standard | Statuts correspondants |
|---|--|
| Les relations de travail à durée limitée, par opposition au contrat de travail classique qui est conclu pour une durée indéterminée | Contrat à durée déterminée, contrat de remplacement, intérim, contrat d'occupation étudiant, travail occasionnel dans l'horeca (extra), flexi-jobs |
| Les relations de travail à temps partiel, par opposition au contrat de travail classique qui est conclu à temps plein | Contrat de travail à temps partiel |
| Les relations de travail triangulaires, par opposition au contrat de travail classique qui met en relation le travailleur avec une partie unique, l'employeur | Contrat « article 60 », intérim, ALE, titres-services |
| Les relations dont l'objet n'est pas l'échange d'un travail contre une rémunération, alors que cet échange est l'objet du contrat de travail classique | Stages et volontariat |
| Les relations de dépendance économique sans subordination juridique, par opposition au contrat de travail classique qui place le travailleur sous l'autorité de l'employeur | Faux indépendant et indépendant économiquement dépendants |

Bien entendu, les contrats de travail atypiques peuvent cumuler plusieurs caractéristiques qui les distinguent du contrat de travail standard. A titre d'exemple, un contrat d'intérim peut se distinguer du contrat de travail standard sur deux ou trois points. Il s'agit d'une relation en tout cas instable, en ce qu'elle est conclue pour une durée déterminée, d'une part, et triangulaire, d'autre part, mais elle peut en outre se dérouler à temps partiel et non à temps plein. De manière plus générale, tous les différents types de contrats peuvent être conclus soit à temps plein, soit à temps partiel.

2.1.2. Une diversification et une flexibilisation croissantes

De l'étude de la petite quinzaine de positions juridiques particulières sur le marché de l'emploi successivement auscultées, il est ressorti que le législateur a diversifié fortement, surtout dans les années 1980, et ensuite depuis le début des années 2010, qui constitue un vrai tournant, le nombre de statuts dans le cadre desquels un travail peut être presté. Plusieurs « vagues » réglementaires successives peuvent être distinguées.

Certaines formes de travail (aujourd'hui perçues comme) atypiques existent depuis l'origine du droit du travail, pour ainsi dire. C'est principalement le cas du travail sous contrat à durée déterminée (ci-après « CDD »), du travail sous contrat de remplacement et du travail indépendant marqué par la dépendance économique.

Dans les années 1970, le législateur a mis en place les premiers statuts de travail spécifiques, pour des travailleurs qui se trouvaient dans des situations particulières : ainsi, les étudiants (1970) – pour lesquels les règles générales n'étaient tantôt pas adéquates, tantôt systématiquement contournées – et les contrats « article 60 » pour les travailleurs relevant du CPAS (1976) – un cas de figure qui n'existait pas auparavant. C'est aussi à ce moment que voient le jour les premières formes, d'emblée très disparates, d'encadrement des stages pour les jeunes en formation professionnelle. A l'époque, l'objectif du législateur était de régir des situations jugées spécifiques en raison des qualités inhérentes aux travailleurs concernés (étudiant, personne relevant du CPAS, jeune en formation professionnelle), et de les encadrer au moyen d'un statut *ad hoc*. Le législateur a prévu des règles dérogatoires, mais néanmoins protectrices, pour ces travailleurs. Au cours de cette décennie, le législateur a également modifié le régime des contrats de remplacement (1978), à l'époque réservé aux seuls employés. Auparavant, il avait déjà revu le régime des contrats à durée déterminée (1969). À ces occasions, le législateur a souhaité apporter de la clarté et une certaine sécurité aux travailleurs remplaçants et aux travailleurs à durée déterminée, en limitant la flexibilité de ce type de contrat. Pour l'essentiel, il s'est donc agi, au cours de cette première période, de faire entrer dans le périmètre du droit social des situations particulières préexistantes.

Du début des années 1980 au milieu des années 1990, le législateur a changé d'approche. Confronté à des crises économiques successives, il a fait le choix de miser sur la flexibilisation du droit du travail pour permettre aux entreprises belges de s'« adapter » à un environnement économique en mutation et de garantir leur compétitivité, la préservation de cette dernière devenant un leitmotiv majeur. Cela s'est traduit par l'extension des contrats de remplacement aux ouvriers (1985), par l'introduction de contrats de travail à temps partiel avec horaire variable (1989), et par la mise en place d'une nouvelle forme de travail faiblement encadrée pour les chômeurs, les ALE (1987). La volonté de permettre aux entreprises de bénéficier d'une flexibilité en matière d'effectifs disponibles ressort aussi de l'adoption d'un cadre définitif pour le travail intérimaire (1987). Jusque-là, l'intérim organisé par des agences privées s'était développé d'abord hors de toute réglementation, puis, à partir de 1976, dans un cadre légal, mais présenté comme expérimental. Le cadre définitif acte la « normalisation » de l'intérim, dans une mesure qui se voulait relativement restrictive, car l'intérim était autorisé uniquement dans trois hypothèses, mais qui a été rapidement débordée dans les faits. La volonté de flexibiliser est encore attestée par l'introduction de nouvelles possibilités de conclure des CDD successifs (1994).

Du milieu des années 1990 jusqu'à la fin des années 2000, le législateur a encore créé plusieurs nouveaux statuts atypiques. Toutefois, ces interventions ont été beaucoup moins teintées par la volonté de flexibiliser le marché du travail que durant la période précédente – peut-être en raison de l'amélioration de la situation économique ou du changement de l'orientation politique dominante des coalitions gouvernementales

successivement en place au niveau fédéral. Ainsi, la création d'un statut pour les volontaires (2005) ou la mise en place d'un cadre légal général pour définir si une relation de travail est de nature salariée ou est une collaboration indépendante (2006), ont visé plutôt à mettre de l'ordre dans l'encadrement des modalités de travail préexistantes. Le but poursuivi n'a pas été de créer de nouvelles formes de travail ou de faciliter l'engagement d'une main-d'œuvre flexible. Durant cette période, la mise en place du système des titres-services, en 2001, doit aussi être épinglée. Certes, il s'est agi d'introduire un nouveau statut dérogatoire par rapport aux règles du droit du travail standard, mais ce dispositif a visé également à « normaliser », c'est-à-dire à faire sortir de la clandestinité et à encadrer, un segment du marché de l'emploi qui, dans les faits, échappait massivement à l'emprise du droit social. Au total, il nous semble qu'il s'agissait donc plus d'apporter une protection et un cadre clairs pour ces travailleurs que de flexibiliser le marché du travail.

Une exception non négligeable à l'analyse qui précède concerne le secteur de l'horeca, dans lequel le législateur a mis en place, à partir de 2003, le régime dit des « extras ». Ce régime permet aux employeurs de faire appel à des travailleurs ponctuellement, pour des périodes extrêmement courtes (un jour ou deux), selon leurs besoins, tout en offrant très peu de sécurité aux travailleurs. Après quelques années de tergiversations, durant lesquelles le législateur a semblé « tester » la mesure, ce régime a finalement été pérennisé en 2013. Le contrat d'extra est une marque indéniable et importante de la flexibilisation du droit du travail, même s'il est, à ce jour en tout cas, limité au seul secteur de l'horeca.

Après 2010, les interventions du législateur traduisent à nouveau l'idée, comme au cours du tournant des années 1980, que les protections assurées par le droit du travail minent la compétitivité des entreprises, menacent la viabilité de certains secteurs, voire contrediraient l'aspiration des travailleurs à une collaboration moins rigide, adaptable en fonction de leur situation personnelle. Ainsi, après avoir fixé les règles relatives aux « extras », le législateur, au cours de cette décennie, a facilité encore l'engagement de travailleurs occasionnels dans l'horeca, en introduisant en 2015 le régime extrêmement instable des flexi-jobs, qui a, lui, rapidement été étendu bien au-delà du secteur de l'horeca (2018 puis 2022).

Outre la création de ces nouveaux statuts, le législateur a également assoupli, toujours au cours de la décennie écoulée, les règles relatives à plusieurs statuts existants. Citons notamment : la création de l'intérim d'insertion (2012) et l'extension de l'intérim à tout le secteur privé (2018), ainsi qu'à certains services du secteur public (2019) ; la « simplification » de la rupture des CDD dans le cadre de l'unification des statuts d'ouvrier et d'employé (2013) ; l'assouplissement des règles relatives à l'occupation d'étudiants (2017 et 2022) ; l'adoption de la loi sur le travail dit faisable et maniable (2017), qui a notamment facilité le recours au travail à temps partiel et introduit des changements importants en matière de temps de travail (en particulier le régime des heures supplémentaires volontaires) ; et l'extension des situations dans lesquelles un contrat de remplacement peut être conclu (2018).

En parallèle, se développe encore le travail de plateforme, qui présente également une grande flexibilité et pose de nombreuses questions au regard du droit du travail et de

la sécurité sociale. Cette forme de travail, qui met en évidence la problématique de la dépendance économique et les limites des classifications classiques du droit du travail, n'est à ce jour pas régie par des règles précises, sous réserve de quelques mécanismes de présomption de salariat et si ce n'est de manière très limitée en matière d'impôts et de cotisations de sécurité sociale. La construction en vigueur – une non-réglementation³³, soutenue par des incitants fiscaux et parafiscaux – met en lumière la passivité voire la complaisance du législateur. Le cadre actuel du droit social ne serait pas adapté à de telles activités « accessoires », lesquelles, dans l'esprit du législateur, ne nécessiteraient pas la même protection qu'une activité (vraiment) « professionnelle ».

Nous avons ainsi montré que l'évolution des statuts de travailleurs atypiques n'est pas rectiligne. Le législateur n'a en effet pas agi dans une seule direction ni en un seul mouvement, qui permettrait de conclure simplement à une augmentation ininterrompue des statuts précaires.

Durant certaines périodes, les années 1970 et puis les années 2000 principalement, le législateur a plutôt cherché à garantir une position juridique à la fois adaptée et protectrice à des travailleurs qui n'en bénéficiaient auparavant pas. Il a ainsi créé de nouveaux statuts ou étendu certains statuts préexistants à de nouveaux publics, afin d'assurer une protection à des travailleurs dont la situation échappait en pratique largement au droit. Il est permis de faire l'hypothèse que, ce faisant, l'exposition à la précarité des travailleurs en question a été plutôt réduite.

A d'autres moments, en revanche, dans les années 1980 et depuis les années 2010 pour l'essentiel, le législateur a plutôt cherché à donner plus de flexibilité aux employeurs. A cet effet, il a notamment assoupli les règles protectrices attachées à un certain nombre de statuts. Il n'est pas déraisonnable de suspecter que cela a pu avoir un effet néfaste sur la qualité de l'emploi et augmenter l'état de précarité d'une partie des travailleurs. Mais pour pouvoir le confirmer, il faudrait savoir si la création de ces statuts plus précaires a entraîné dans son sillage des glissements, d'emplois classiques vers ces nouveaux statuts, ou si elle a été de pair avec la création de nouveaux emplois. L'on dispose d'indices sérieux que cette première tendance est avérée. Entre autre exemples, on peut ainsi lire ceci dans un rapport de la Cour des comptes consacré à évaluer l'impact sur l'emploi de la promotion de nouvelles formules atypiques dans le secteur de l'horeca : « les emplois générés par le plan horeca ne constituent pas tous des emplois supplémentaires. Une part importante des flexi-jobs (au moins 35,3 %), du travail occasionnel (au moins 28,2 %) et des heures supplémentaires nettes (au moins 10,8 %) sont des emplois qui existaient déjà, mais qui ont subi un glissement vers ces régimes moins onéreux. Ce glissement va de pair avec une diminution des recettes pour la sécurité sociale »³⁴. Même s'il a massivement contribué à régulariser du travail au noir, il semble que cet effet de déplacement au sein du travail salarié, de

(33) Les présomptions ne constituent pas à proprement parler une réglementation du travail de plateforme. Elles portent uniquement sur la preuve à fournir pour démontrer que le prestataire concerné doit être qualifié de salarié ou d'indépendant.

(34) Cour des comptes, *Incidence du plan horeca 2015. Flexi-job, travail occasionnel et heures supplémentaires*, rapport à la Chambre, Bruxelles, Cour des comptes, 2019, p. 73, www.ccrek.be/FR/Publications/Fiche.html?id=aa528964-797d-4770-8275-754dd1c3b156.

l'emploi ordinaire vers l'emploi atypique, ne soit pas absent non plus du système des titres-services³⁵.

2.2. LES STATUTS DE SÉCURITÉ SOCIALE

2.2.1. Les statuts de sécurité sociale étudiés

Nous avons ensuite analysé les statuts des bénéficiaires des principales allocations de sécurité sociale qui existent en Belgique (chômage, pension, revenu d'intégration, etc.).

Nous nous sommes concentrés sur les bénéficiaires de revenus de remplacement, c'est-à-dire les différents dispositifs qui ont comme objectif, ou bien de pallier la perte des revenus professionnels (logique assurancielle), ou bien de veiller à garantir un minimum de moyens d'existence pour les personnes qui ne peuvent subvenir elles-mêmes à leurs besoins et qui n'ont pas accès aux autres branches de la sécurité sociale (logique assistancielle). Nous n'avons pas abordé les revenus de complément, qui ont pour objectif distinct de permettre de faire face à une charge additionnelle qui altère le niveau de vie, soit, concrètement, les soins de santé et les allocations familiales, ainsi que l'allocation d'intégration dans le champ du handicap. Ces prestations viennent en complément du revenu professionnel ou du revenu de remplacement. Elles ne sont pas la source principale de revenus de leurs bénéficiaires. Par ailleurs, elles posent en pratique beaucoup moins de difficultés que les revenus de remplacement, en raison de ce qu'elles sont aujourd'hui, s'agissant des branches « santé » et « famille », quasiment universelles, du moins pour la population en séjour régulier.

Les bénéficiaires d'allocations de sécurité sociale ont toute leur place dans l'analyse de la position juridique des travailleurs précaires, car les revenus de remplacement ont été historiquement adossés au monde du travail et continuent largement de l'être. C'est l'impossibilité de participer activement au monde professionnel qui opère comme principal déclencheur du droit. Que le bénéficiaire d'un revenu de remplacement perçoive celui-ci parce qu'il est médicalement incapable de travailler, trop âgé, souffrant d'un handicap, déchu de son emploi ou sans ressources, c'est à chaque fois l'impossibilité – temporaire ou définitive – de travailler qui enclenche la demande puis l'octroi du revenu de remplacement.

Nous avons abordé les statuts de bénéficiaires de la sécurité sociale en suivant la distinction interne à la sécurité sociale belge qui en est la plus fondamentale, soit la différence entre les revenus dits contributifs et les revenus non contributifs.

Les prestations sont contributives quand il est nécessaire d'avoir travaillé et cotisé un certain temps pour pouvoir y prétendre. Dans ce cadre, nous avons étudié les allocations de chômage ordinaire, les allocations d'insertion accordées aux jeunes sortant des études – qui, bien qu'elles dérogent au principe de la contributivité, font techniquement partie de l'assurance chômage –, le droit passerelle – c'est-à-dire l'assurance chômage propre aux travailleurs indépendants –, les indemnités d'incapacité de travail et les pensions de retraite. N'ont par contre pas été étudiés les

(35) D. Lens, I. Marx, J. Oslejova et N. Mussche, Nice work if you can get it : labour market pathways of Belgian service voucher workers, *Journal of European Social Policy*, vol. 33, n° 1, 2023, pp. 117-131.

risques professionnels, soit les accidents du travail et les maladies professionnelles, moins centraux s'agissant d'appréhender juridiquement la précarité de la population sur le plan de la protection sociale. Nous avons également laissé de côté les pensions de survie, à destination des veufs et des veuves. Enfin, l'assurance maternité n'a pas été couverte non plus, pas plus que le statut de conjoint-aidant (lequel n'est du reste pas une prestation de sécurité sociale, mais plutôt un type de travailleur indépendant, qui bénéficie d'un régime de sécurité sociale particulier).

Nous avons ensuite examiné les principales prestations non contributives, soit celles dont l'octroi ne dépend pas d'un quelconque passé professionnel mais qui présentent par contre un caractère résiduaire, c'est-à-dire sont conditionnées à l'établissement d'un état de besoin pécuniaire. Ont été tour à tour étudiés, le droit à l'intégration sociale, avec un focus particulier sur sa modalité principale qu'est le revenu d'intégration, la garantie de revenus aux personnes âgées (GRAPA) et l'allocation de remplacement de revenus (ARR) pour personnes handicapées.

2.2.2. Améliorations du sort des indépendants et de l'aide sociale, contre détricotages dans le régime des salariés

Le panorama des différentes branches de la sécurité sociale que nous avons réalisé nous a permis d'appréhender tant le régime des travailleurs salariés que celui des travailleurs indépendants, ainsi que le régime de l'aide sociale, qui ne s'adresse pas à des travailleurs cotisants mais à des personnes considérées comme étant dans le besoin.

L'analyse des principales réformes apportées depuis la fin des années 1970 et, plus en profondeur, depuis le changement de siècle aux différents statuts de bénéficiaires d'allocations de sécurité sociale, montre que, ici non plus, il n'existe pas un mouvement unique qui serait commun à toutes les branches de la sécurité sociale belge prise dans son ensemble. Notre analyse a mis en évidence, d'une part, que la sécurité sociale des travailleurs indépendants a été largement améliorée et que ceux-ci bénéficient aujourd'hui d'une protection sociale bien plus importante qu'auparavant. Mais elle a aussi conduit à identifier, d'autre part, un glissement « assistanciel » dans la protection offerte par la sécurité sociale, le législateur semblant privilégier l'aide aux plus démunis – soit les bénéficiaires de l'aide sociale –, au détriment des assurances sociales des travailleurs salariés. L'évolution des principales prestations de sécurité sociale s'avère ainsi traversée par deux grands mouvements en tension.

Le premier courant que nous avons identifié est donc la nette et constante amélioration de la protection des indépendants par la sécurité sociale.

Chacune des prestations de sécurité sociale en faveur des travailleurs indépendants est née plus tardivement que dans le régime des travailleurs salariés. En effet, les assurances obligatoires contre les grands risques datent toutes de la première moitié du XX^e siècle pour les travailleurs salariés (pensions en 1924-1925, chômage et indemnités d'incapacité de travail en 1945), alors que les indépendants ont dû attendre 1956 pour que l'assurance vieillesse leur soit rendue obligatoire, 1971 pour les indemnités en cas d'incapacité de travail et 1996 pour que le droit passerelle apparaisse dans le paysage. Et encore, toutes ces protections nées tardivement demeurent moins étendues que celles dont bénéficient les salariés.

Cependant, le statut social des travailleurs indépendants a connu depuis lors de nombreuses réformes, toutes dans le sens d'une couverture sociale plus large et plus protectrice. Pas plus tard qu'il y a 25 ans, les travailleurs indépendants ne connaissaient pas d'assurance contre le risque de cessation de leur activité professionnelle, ils devaient attendre 3 mois avant de commencer à être indemnisés en cas d'incapacité et de travail, et seuls les deux tiers approximativement de leurs revenus professionnels (plafonnés) étaient pris en considération pour le calcul de leur pension de retraite. Aujourd'hui, les travailleurs indépendants connaissent une ébauche de couverture contre le risque de chômage, sont indemnisés dès le premier jour de leur incapacité de travail (à condition que celle-ci dure plus de 7 jours) et ne subissent plus de « coefficient de correction » pour le calcul de leur pension de retraite – ceci parmi bien d'autres exemples possibles. Globalement, les indépendants sont donc aujourd'hui beaucoup mieux protégés par la sécurité sociale qu'auparavant.

Une différence significative qui subsiste encore par rapport au régime des travailleurs salariés est le caractère forfaitaire des allocations allouées qui, mis à part dans le secteur des pensions, est la règle dans les différents secteurs. Un facteur explique en partie les différences qui persistent entre les deux grands régimes. Ce facteur, étonnamment absent du débat public, est le mode de calcul tout à fait particulier des cotisations de sécurité sociale des travailleurs indépendants. Contrairement à ce qui prévaut dans les autres régimes professionnels, les cotisations de sécurité sociale payées par les travailleurs indépendants sont en effet dégressives. Concrètement, plus le travailleur indépendant perçoit des revenus professionnels significatifs, plus son taux d'imposition marginal diminue, jusqu'à atteindre 0 pour la tranche des revenus professionnels annuels supérieurs à un seuil d'approximativement 105.000 EUR (au 1^{er} janvier 2023). Par ailleurs, ces cotisations dégressives sont établies sur une base qui peut être fortement réduite par rapport aux rentrées financières réelles de l'indépendant, compte tenu de l'ampleur des possibilités de déduction de frais professionnels, d'une part, et de la faculté de loger son activité professionnelle dans une société, exemptée des cotisations ordinaires, d'autre part. Ceci contribue à expliquer les limites des protections garanties aux travailleurs indépendants par la sécurité sociale obligatoire. Il est même frappant de constater l'ampleur des améliorations obtenues par les intéressés alors qu'aucune réforme structurelle du mode de financement de leur régime de sécurité sociale n'a été opérée en parallèle. Pratiquement, toutes les avancées ont été financées par l'intervention de l'État, dont la part dans le financement de la sécurité sociale des indépendants a grandi à mesure que les prestations étaient étendues tandis que les cotisations demeuraient inchangées, et même réduites dans le cadre de la politique de *tax shift*³⁶.

Dans une direction tout autre, le second trait qui ressort de notre recherche est une certaine « assistancialisation » de la sécurité sociale belge, au détriment de son ancrage historiquement assuranciel.

(36) Pour un regard critique sur le mode de financement du statut social des travailleurs indépendants, voir D. Dumont, Le financement de la sécurité sociale des travailleurs indépendants : plus tu gagneras, moins tu paieras (et l'État allongera), in I. De Wilde, P. Humblet et L. Janssens (dir.), *Met gedreven groet. Liber amicorum Ria Janvier*, Bruges, die Keure, 2023, p. 103-119.

Au sortir de la seconde guerre mondiale, la sécurité sociale belge a été construite, ou plutôt a continué à être construite, autour de la figure du travailleur qui cotise pour que, en cas de survenance d'un risque social (perte de l'emploi, maladie, vieillesse, etc.), il soit protégé. Parallèlement, la fin des années 1960 et les années 1970 ont marqué la naissance de l'aide sociale, avec la création du revenu garanti aux personnes âgées et d'allocations d'aide en faveur des personnes handicapées en 1969, puis du minimex en 1974. Mais ce filet assistanciel avait une vocation clairement résiduaire : il devait se limiter à combler les trous dans les mailles des assurances sociales.

Depuis le changement de siècle, le législateur a régulièrement amélioré la protection garantie aux plus démunis, c'est-à-dire en matière d'aide sociale, tout en affaiblissant, dans le même temps, les branches historiques de la sécurité sociale assurancielle³⁷, en tout cas celle des travailleurs salariés. L'exercice de la comparaison entre les versants assuranciel et assistanciel de la couverture de chaque risque social laisse en effet apparaître une tendance générale à la détérioration du premier – à tout le moins pour les salariés, à nouveau – et à un renforcement du second.

Si l'on se tourne maintenant vers les différents secteurs de la sécurité sociale, le premier risque que nous avons étudié est celui de la perte ou de l'absence d'emploi. Ce risque est couvert par l'assurance chômage au sein de la sécurité sociale contributive des travailleurs salariés et par le droit à l'intégration sociale du côté de l'aide sociale. L'évolution parallèle de ces deux branches au cours des deux dernières décennies montre que les réformes opérées dans la branche chômage ont eu comme objectif d'activer les chômeurs et que ceux-ci, certes mieux indemnisés au premier jour de chômage, connaissent ensuite une chute de leurs allocations beaucoup plus rapide qu'auparavant. A l'inverse, le droit à l'intégration sociale n'a pas connu de réforme qui aurait substantiellement diminué le contenu de la protection offerte, tandis que son champ d'application a été par contre élargi, permettant à plus de personnes d'en bénéficier.

Au niveau de l'incapacité de travailler pour cause de santé, ni la branche des indemnités d'incapacité de travail, dans le régime des salariés, ni l'allocation de remplacement de revenus pour les personnes handicapées, au sein de la sécurité sociale non contributive, n'ont connu de réforme fondamentale ces dernières années. Néanmoins, les deux principales évolutions ont été, d'un côté, l'allongement de la période de stage pour qu'un travailleur salarié puisse bénéficier d'indemnités de la mutuelle et, d'un autre côté, et en sens contraire à nouveau, l'élargissement du champ d'application de l'allocation de remplacement de revenus pour les personnes handicapées. Le travailleur salarié entre donc plus difficilement dans le champ d'application de l'assurance indemnités, tandis que plus de personnes peuvent par contre bénéficier de l'allocation de remplacement de revenus.

(37) Dans cette veine, voir l'analyse assez tranchée de D. Zamora et N. Van Mechelen, Les reconfigurations de l'assistance publique et de la sécurité sociale en Belgique : du début du 19^e siècle à nos jours, in I. Pannecoucke, W. Lahaye, J. Vranken et R. Van Rossem (dir.), *Pauvreté en Belgique. Annuaire 2016*, Gand, Academia Press, 2016, pp. 109-129.

Au niveau du risque de vieillesse, la pension de retraite a été largement réformée dans le sens d'un allongement de la durée de la carrière professionnelle et d'une pension qui, de plus en plus, ne constitue plus l'unique revenu du pensionné mais un revenu parmi d'autres, les pensionnés étant largement autorisés, et même encouragés, à continuer à travailler passé l'âge de l'admission à la pension. A l'inverse, le champ d'application de la GRAPA a été élargi, encore une fois. Pareillement, la pension minimum – certes une prestation de type assuranciel, mais qui procède en partie d'une logique assistancielle, en ce qu'elle octroie un revenu minimum à son bénéficiaire qui est déconnecté de la logique actuarielle – est en train d'être significativement augmentée.

Au total, les différentes réformes opérées semblent démontrer que le législateur restreint les assurances sociales des salariés, préférant garantir des revenus minimums *means-tested*, c'est-à-dire octroyés à la condition de ne pas disposer de ressources propres suffisantes, pour les personnes les plus précaires. Ce glissement d'une logique assurancielle vers une sécurité sociale assistancielle se ressent également dans les réformes pratiquées au niveau des allocations d'insertion, au sein du secteur du chômage. Ces allocations ont toujours eu une place un peu à part dans la sécurité sociale belge. Non contributives, elles ne participent pas de la logique d'une assurance sociale. Mais elles ne peuvent pas non plus être qualifiées de purement assistancielles, en ce qu'elles sont versées sans que leur bénéficiaire doive démontrer qu'il est dans le besoin. Les réformes opérées en matière d'allocations d'insertion durant les années 2010 sont symptomatiques du glissement assistanciel, en ce que le législateur a rendu l'accès à ces allocations plus difficile et a limité dans le temps leur octroi³⁸. De ce fait, le législateur a obligé de nombreux jeunes – et moins jeunes – à se tourner vers les CPAS pour obtenir de l'aide. Il a ainsi sorti de l'assurance chômage bon nombre des personnes n'y ayant pas ou peu cotisé, et renvoyé vers l'aide sociale celles parmi elles qui étaient sans ressources.

Comme au sujet des statuts dérogoatoires en droit du travail, il est donc difficile de conclure dans un sens univoque.

Le statut social des travailleurs indépendants a été largement amélioré ces 20 dernières années et, pour eux, le droit de la sécurité sociale n'a jamais été aussi protecteur qu'aujourd'hui. De la même manière, les plus démunis, bénéficiaires de l'aide sociale, ont également vu leur sort amélioré dans certains cas. Dans d'autres, si la protection offerte n'a pas été améliorée, le cercle des bénéficiaires a été élargi, rendant ainsi

(38) Toutefois, une partie de la jurisprudence, confortée en 2020 par la Cour de cassation, considère que certains aspects des réformes opérées violent le principe juridique du *standstill*, c'est-à-dire l'interdiction de principe de diminuer le niveau de protection sociale qui découle du « droit à la sécurité sociale » consacré par l'article 23 de la Constitution. Si ces décisions judiciaires ont une force à chaque fois seulement individuelle et n'invalident pas les réformes entreprises dans leur ensemble, elles montrent que le principe de *standstill* permet aux juridictions du travail de contrôler des reculs marqués dans la couverture garantie par la sécurité sociale et que ces juridictions n'ont pas hésité à remettre de tels reculs en cause. Pour plus de développements, voir les explications et la jurisprudence discutée dans D. Dumont, Le principe de *standstill* comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale. Un plaidoyer illustré, *Journal des tribunaux*, 2019, pp. 621-626. Postérieurement, voir l'important arrêt de la Cour de cassation rendu en 2020 : Cass. (3^{ème} ch.), 14 septembre 2020, V. c/ ONEm, *Journal des tribunaux du travail*, 2021, p. 37. Pour un état des lieux, D. Dumont et I. Hachez, Le principe de *standstill* redéfini par la Cour constitutionnelle : la confirmation logique mais bienvenue de l'exigence d'un test de proportionnalité, *Journal des tribunaux*, 2023, à paraître.

possible la prise en charge par l'aide sociale de personnes, généralement étrangères, qui auparavant existaient pour ainsi dire à peine aux yeux de la sécurité sociale belge.

La frange de la population pour laquelle les réformes opérées pointent par contre clairement vers du « moins » et vers un statut social plus précaire sont les travailleurs salariés, c'est-à-dire le noyau dur de la population active. Ceux-ci, pour qui la sécurité sociale avait pourtant été dessinée en priorité à ses débuts, sont ceux qui semblent avoir le plus perdu dans les réformes successives : dégressivité accrue des allocations de chômage, renforcement de la conditionnalité, allongement du stage requis pour bénéficier d'indemnités d'incapacité de travail, allongement de la carrière professionnelle en pension et limitation de la possibilité de prendre une pension anticipée, etc.

3. LES PROTECTIONS GARANTIES PAR LE DROIT SOCIAL ET LEUR APPLICATION AUX TRAVAILLEURS ATYPIQUES

Après avoir mis à plat de nombreux statuts, pour comprendre le cadre juridique qui régit chacun d'entre eux et son évolution au fil du temps, nous avons étudié l'exposition à la précarité des travailleurs, et plus particulièrement des travailleurs atypiques, par le biais d'une analyse transversale des protections que leur garantit (ou non) le droit social. Ainsi que nous l'avons vu, la littérature sur le travail précaire identifie de nombreux risques qui peuvent engendrer la précarisation des travailleurs (*supra*, 1.1.). Parmi ces risques, ou plutôt parmi les mesures protectrices qui leur « répondent » dans le droit social, nous avons étudié quatre protections majeures assurées par le droit social, celles qui paraissent les plus centrales pour les travailleurs atypiques (*supra*, 1.3.).

Chacun des ensembles de protections assurées par le droit social a été abordé de la même manière, en deux grandes étapes. Pour chacun, nous avons commencé par identifier les principaux mécanismes juridiques qui concrétisent l'objectif général poursuivi : s'agissant de la lutte contre l'instabilité de la relation d'emploi, les règles relatives aux préavis et à la motivation du licenciement ainsi qu'à la suspension temporaire du contrat ; s'agissant de la limitation de l'imprévisibilité des prestations, les règles relatives à l'organisation du temps de travail ; etc. A chaque fois, nous avons précisé les aspects de la législation que nous avons décortiqués et ceux que nous avons dû laisser de côté. En second lieu, et cela a été le cœur de la démarche, l'analyse de chaque « bloc » de protections s'est poursuivie par une confrontation des règles de droit préalablement présentées au sort des différents types de travailleurs atypiques : les travailleurs à temps partiel, les étudiants, les stagiaires, les ALE, les intérimaires, les volontaires, etc. Les nombreuses mesures juridiques étudiées ont été avant tout pensées, comme souvent, pour les travailleurs typiques, c'est-à-dire les travailleurs engagés à temps plein et pour une durée indéterminée auprès d'un employeur unique. Il était donc crucial d'examiner si et comment ces règles s'appliquent aux travailleurs atypiques – c'est-à-dire tous les autres travailleurs subordonnés ou quasi-subordonnés –, en vérifiant si les intentions protectrices du législateur les atteignent également ou si les intéressés ne se retrouvent pas, en pratique, « sur le carreau ». Il était également intéressant d'examiner si, en cas d'inapplicabilité ou d'ineffectivité de la protection classique applicable aux travailleurs typiques, les travailleurs atypiques bénéficient d'une autre protection, similaire ou dégradée. De cette façon, nous avons pu apporter un éclairage sur la (vaste) question de savoir comment la multiplication

des formes atypiques d'emploi influe sur la qualité globale de la couverture sociale de la population active.

Notre analyse montre que les protections juridiques pour lutter contre la précarité du travail atteignent souvent insuffisamment les travailleurs dont le contrat ne s'inscrit pas dans le moule du temps plein à durée indéterminée. Certaines protections ne s'appliquent pas du tout à plusieurs catégories de travailleurs atypiques. Il en va ainsi quand ces derniers sont expressément exclus de son champ par la réglementation concernée. D'autres protections protègent en théorie tous les travailleurs mais échouent en pratique à le faire dans le cas des atypiques. Tel est le cas lorsque la réalité concrète des statuts particuliers mis en place rend les protections *de facto* inapplicables ou ineffectives. Cela nous a conduits à pointer que les failles dans la protection des travailleurs atypiques sont dues tantôt à des exclusions de droit (quand une règle ne s'applique juridiquement pas au travailleur), tantôt à des exclusions de fait (quand une règle est juridiquement applicable mais néanmoins en pratique inopérante). Au total, les carences sont nombreuses.

3.1. LA PROTECTION CONTRE L'INSTABILITÉ DE L'EMPLOI

3.1.1. Règles étudiées : l'encadrement de la fin du contrat de travail

L'instabilité de la relation de travail est un vecteur majeur de précarité pour les travailleurs. Cette instabilité présente trois facettes centrales, sur lesquelles le législateur a tenté d'agir, peu ou prou, afin de protéger les travailleurs.

L'instabilité de la relation de travail est tout d'abord caractérisée par ce que l'on pourrait appeler « l'incertitude du lendemain » quant à l'existence même du contrat, et donc d'une rémunération. Ce premier aspect de l'instabilité est causé, d'une part, par le risque de perdre son emploi rapidement, de manière imprévue ou sans compensation et, d'autre part, par la succession de contrats courts qui empêche toute projection à long terme³⁹. Par « incertitude du lendemain », nous visons la difficulté à se projeter dans l'avenir que ces situations juridiques entraînent, ou autrement dit l'absence de garantie que la fin de la relation de travail – et du revenu qui l'accompagne – pourra être raisonnablement anticipée. Pour tenter de pallier ce risque, le législateur a, premièrement, imposé aux parties à un contrat de travail de respecter un délai de préavis en cas de rupture de la relation de travail, ce qui évite au travailleur de se retrouver sans travail du jour au lendemain. Deuxièmement, le législateur a limité la possibilité pour les parties de conclure des CDD successifs, afin d'éviter au travailleur d'être maintenu indéfiniment dans une relation à court terme, sans savoir si son contrat court sera ou non renouvelé.

Un deuxième facteur d'instabilité de la relation de travail que nous avons identifié est le risque de voir son contrat de travail rompu pour des motifs arbitraires et, par conséquent, imprévisibles, dépendant du seul bon vouloir de l'employeur⁴⁰. On se

(39) Pour de plus amples développements, F. Ghesquière, Précarité du contrat de travail et risque de perte d'emploi en Europe, *Sociologie*, vol. 5, n° 3, 2014, p. 271.

(40) Sur l'importance de la protection contre le licenciement arbitraire pour la stabilité de l'emploi, voir G. Davidov et E. Eshet, Intermediate approaches to unfair dismissal protection, *Industrial Law Journal*, vol. 44, n° 2, 2015, p. 167 : « 'Job security' is usually understood as the legal right of employees not to be dismissed unless there is a just cause ».

situe ici en aval de la rupture du contrat de travail proprement dite, sur le plan de sa justification. Pour faire face au risque d'une rupture arbitraire, le travailleur dispose juridiquement de divers outils, en théorie du moins. Longtemps, le travailleur n'a disposé « que » d'une protection contre l'abus du droit de licencier. Depuis 2014, le travailleur peut également invoquer le droit de connaître les motifs de son licenciement et il bénéficie en outre d'une protection contre le licenciement manifestement déraisonnable (s'il compte minimum 6 mois d'ancienneté).

Un troisième facteur d'instabilité qui pèse sur la relation de travail est le risque que celle-ci ne prenne fin suite à un événement qui empêche temporairement la poursuite de la relation de travail, le plus souvent indépendamment de la volonté des parties (maladie du travailleur, problème technique dans l'entreprise, etc.). Pour faire face à ce risque, le législateur a prévu une myriade de causes de suspension du contrat de travail : en cas de suspension du contrat, celui-ci ne prend pas fin, mais son exécution est temporairement gelée. Le contrat de travail, temporairement suspendu, peut dès lors « survivre » même lorsque le travailleur est empêché de travailler pour des raisons de santé, ou l'employeur de fournir du travail pour des raisons organisationnelles.

Si nous avons pu analyser l'intégralité des mesures prises par le législateur pour contrer les deux premiers facteurs d'instabilité de la relation de travail, il ne nous a par contre pas été possible, s'agissant du troisième, de nous pencher sur toutes les causes de suspension du contrat de travail⁴¹. Nous avons fait le choix de nous concentrer sur une cause de suspension précise, mais dont la logique de base est partagée par les autres causes de suspension : le chômage temporaire. Dans le cadre de la crise causée par la pandémie de covid-19, ce dispositif a été très largement appliqué et a revêtu une importance cruciale pour protéger les travailleurs des conséquences du ralentissement économique et des restrictions imposées par les autorités.

Par ailleurs, nous nous sommes concentrés sur les mesures précitées et n'avons dès lors pas étudié d'autres mesures, de moindre envergure, qui jouent également un rôle stabilisateur sur le travail, telles que l'obligation de fixer certains contrats par écrit. Même si des exceptions existent, essentiellement pour les flexi-jobs successifs, la grande majorité des contrats de travail atypiques doivent être constatés par écrit, ce qui permet d'avoir plus de certitude sur l'objet du contrat et les modalités du travail.

3.1.2. Constats : des contrats de plus en plus faiblement stabilisés

Quels sont nos principaux constats ? Nous nous exprimons d'abord au sujet de l'évolution des règles générales qui régissent la matière, puis nous nous centrons sur leurs interactions avec les différentes variantes de travail atypique.

En matière de protection générale contre l'instabilité des travailleurs, les lignes ont bougé au cours des dernières années. L'un des principaux vecteurs de changement

(41) Pour des panoramas complets des causes de suspension du contrat de travail, voir par exemple V. Vannes, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 695-790 ; I. Vanden Poel *et al.*, *Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten (2005-2012)*, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2014, n° 1, pp. 258-285 ; V. Neuprez et M. Deprez, *Contrats de travail : l'essentiel*, édition 2018-2019, Liège, Edipro, 2018, pp. 119-142.

a été la volonté de supprimer les discriminations entre les ouvriers et les employés, qui a reçu un coup d'accélérateur avec l'adoption de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés. Au cours de ce processus d'harmonisation, tant les ouvriers que les employés ont perdu certaines protections dont ils bénéficiaient auparavant. On pense notamment à la suppression de l'avantageux régime du licenciement abusif des ouvriers et à la réduction de la durée des préavis de certains employés. Toutefois, chacune des deux catégories de travailleur salarié a aussi « gagné » sur d'autres tableaux. La durée des préavis des ouvriers a ainsi été allongée de manière substantielle, de sorte que les ouvriers sont bien mieux lotis sur ce plan qu'auparavant. Les employés, pour leur part, bénéficient aujourd'hui d'une protection mieux définie contre la rupture arbitraire de leur contrat de travail, grâce à la convention collective de travail n° 109 (ci-après, C.C.T. n° 109) concernant la motivation du licenciement, et ils peuvent être couverts par le chômage temporaire, alors que ce n'était pas le cas auparavant. Pour les uns – ouvriers – comme pour les autres – employés –, ce qui a été perdu à un niveau a donc souvent été compensé à un autre.

Mais parallèlement à ce mouvement d'harmonisation, on constate également que le législateur a adopté certaines mesures qui tendent vers une perte de stabilité de la relation de travail pour tous les travailleurs ordinaires, ouvriers et employés confondus. Même si les mécanismes de base de la protection assurée par le droit social contre l'instabilité de la relation de travail (obligation de respecter un préavis, limitation de la possibilité de conclure des CDD successifs, sanction de la rupture arbitraire, protection par le chômage temporaire, etc.) sont restés acquis, force est de constater que plusieurs mesures ont été prises en faveur d'une plus grande flexibilité générale des relations de travail. On pense ici tout d'abord à l'introduction d'une forme de clause d'essai implicite, par le biais de délais de préavis particulièrement courts, surtout au début de la relation de travail. Ces délais ont été encore fortement réduits en 2018, pour contrecarrer la tendance qui se développait depuis 2014 chez de nombreux employeurs à contourner la suppression de la clause d'essai par le recours à un CDD court avant d'engager dans le cadre d'un CDI. Depuis lors, un travailleur engagé sous CDI pourrait penser se trouver dans une relation stable et de longue durée, mais en réalité voir son contrat rompu assez rapidement, moyennant un préavis très court, et ce durant une période plus longue que celle de l'ancienne période d'essai. L'apparence – le CDI – est donc « trompeuse ». Une autre mesure qui illustre notre propos est l'introduction du régime de licenciement manifestement déraisonnable, dont les sanctions, balisées et restreintes, sont peu dissuasives pour les employeurs et sont nettement moins importantes que ce que les travailleurs, à tout le moins ouvriers, pouvaient obtenir dans l'ancien régime de licenciement abusif précédant l'entrée en vigueur de la C.C.T. n° 109. Le législateur a encore pris d'autres mesures alimentant le mouvement de flexibilisation des relations de travail. On peut notamment citer l'instauration de nombreuses possibilités de conclure plus de CDD successifs que ce n'était normalement autorisé. Au-delà du rapprochement du sort des ouvriers et des employés, on relève donc une tendance, pour tous les travailleurs, vers plus d'instabilité de la relation de travail.

TABEAU 1 : LA PROTECTION CONTRE L'INSTABILITE DE L'EMPLOI DES TRAVAILLEURS ATYPIQUES

| Statut | Protection contre l'incertitude du lendemain | | Protection contre la rupture arbitraire | | | Suspension du contrat |
|---------------------------------|--|-------------------------------------|---|--|--|---|
| | Préavis | CDD successifs | Connaître les motifs du licenciement | Licenciement manifestement déraisonnable | Licenciement abusif | |
| CDD | Protégé | Protégé | Protégé en théorie mais pas/rarement de licenciement en pratique + rarement 6 mois d'ancienneté | Pas protégé | Protégé en théorie mais pas/rarement de licenciement en pratique | Chômage temporaire corona |
| Temps partiel | Protégé | Protégé | Protégé | Protégé | Protégé | Protégé |
| Indépendant | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé |
| Etudiant | Règle dérogatoire moins protectrice | Protégé | Pas protégé | Pas protégé | Protégé | Pas protégé (sauf cours en horaire décalé) |
| Stage libre | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé |
| IBO et EPIE, Stage first | Règle dérogatoire moins protectrice | Protégé | Protection semblable | Protection semblable | Protection semblable | Pas protégé (sauf garantie de revenus pour IBO) |
| Article 60 | Protégé | Protégé | Protection semblable | Protection semblable | Protégé | Protégé |
| Contrat de remplacement | Règle dérogatoire moins protectrice pour les contrats de remplacement à durée indéterminée | Règle dérogatoire moins protectrice | Protégé en théorie mais rarement 6 mois d'ancienneté en pratique | Protégé en théorie mais rarement 6 mois d'ancienneté et rarement CDI en pratique | Protégé | Protégé |
| ALE | Règle dérogatoire moins protectrice | Pas pertinent car CDI | Règle dérogatoire plus protectrice | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé |

| Statut | Protection contre l'incertitude du lendemain | | Protection contre la rupture arbitraire | | | | Suspension du contrat |
|------------------------|---|--|---|--|---|--|-----------------------|
| | Préavis | CDD successifs | Connaître les motifs du licenciement | Licenciement manifestement déraisonnable | Licenciement abusif | Chômage temporaire corona | |
| Intérim | Période d'essai puis bonne protection en théorie mais contrats courts en pratique | Pas protégé | Pas protégé (sauf intérim d'insertion) | Pas protégé | Protégé en théorie mais pas de licenciement en pratique | Protégé en théorie mais que jusqu'à échéance du contrat | |
| Titres-services | Protégé | Pas protégé les 3 premiers mois puis protégé | Protégé | Protégé | Protégé | Protégé (poss. pour 1/2 jour) | |
| Volontariat | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | |
| Extra | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Protégé en théorie mais pas de licenciement en pratique | Protégé en théorie mais que jusqu'à échéance du contrat (très court) | |
| Flexi-job | Protection applicable en théorie mais contrats courts en pratique | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Protégé en théorie mais pas de licenciement en pratique | Protégé en théorie mais que jusqu'à échéance du contrat (très court) | |

Cette tendance générale est d'autant plus marquée pour les travailleurs atypiques⁴², vers qui nous nous tournons maintenant. En effet, lorsque l'on examine conjointement les règles relatives à la protection contre l'incertitude du lendemain, celles relatives à la protection contre la rupture arbitraire et celles qui encadrent la suspension du contrat de travail, on remarque que de nombreuses catégories de travailleurs atypiques tendent à subir une « triple peine », dans le sens où ceux qui ne bénéficient pas de l'une des protections ne bénéficient généralement pas non plus des deux autres, ainsi que le détaille, pour les différents statuts atypiques, le tableau proposé ci-dessus. Outre la diminution des protections générales contre l'instabilité, nous avons mis en évidence que les mécanismes existants protègent moins efficacement les travailleurs atypiques contre l'instabilité de la relation de travail. Pour ces travailleurs, nous constatons que lorsqu'il y a une exclusion – juridique ou pratique – d'un ensemble de protections, il y a souvent également une exclusion – juridique ou pratique, à nouveau – des autres ensembles de protections. Concrètement, si l'on prend l'exemple des travailleurs intérimaires, ces travailleurs ont, en théorie, droit à un préavis en cas de rupture de leur contrat avant le terme initialement prévu, mais ils ne se voient en pratique pas garantir de préavis avant la fin de leur relation de travail, étant donné que celle-ci se présente le plus souvent comme une succession de contrats très courts – hebdomadaires voire journaliers –, contrats qu'il « suffit » de ne pas renouveler pour cesser la collaboration avec l'intérimaire (première peine). Les règles qui régissent le licenciement, et en particulier les préavis spécifiquement prévus pour les intérimaires, sont donc dans les faits souvent dépourvues d'utilité sur le terrain, vu le recours massif aux CDD successifs courts, et le constat vaut également pour d'autres types de travailleurs engagés dans des contrats courts. Du coup, les intéressés ne peuvent pas non plus invoquer les mécanismes censés permettre de contester un licenciement arbitraire, puisque leur relation de travail prend formellement fin en raison du non-renouvellement de contrats courts et non suite à un licenciement (deuxième peine). Par ailleurs, et enfin, le chômage temporaire, même dans sa version renforcée pour faire face à la crise sanitaire, ne les protège que très peu dans les faits. En effet, pour qu'un travailleur puisse bénéficier du chômage temporaire, son contrat de travail doit être suspendu. Or, en cas de difficultés économiques, les contrats courts des intérimaires ne sont pas suspendus mais ne sont tout simplement plus renouvelés (troisième peine). Sur chacun des trois plans, les intéressés sont donc perdants.

Cette situation contraste avec l'équilibre qui semble avoir été toujours recherché pour les travailleurs ordinaires, et qui continue globalement de l'être. Même avant l'harmonisation des statuts, lorsque certains travailleurs, tels les ouvriers, disposaient d'une protection faible contre l'incertitude du lendemain, en raison de délais de préavis courts, ils étaient, comme en échange, plutôt bien protégés contre une rupture arbitraire, par les règles sanctionnant le licenciement abusif. À l'inverse, d'autres travailleurs, cette fois les employés, étaient assez mal protégés contre une rupture arbitraire, mais ils bénéficiaient en compensation d'une bonne protection contre l'incertitude du lendemain. A la faveur du mouvement d'effacement de la frontière entre ouvriers et employés, le législateur a rebattu les cartes, mais en poursuivant la quête d'un équilibre

(42) Dans le même sens, W. Vandeputte, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt. Naar een modernisering van het Belgische ontslagrecht*, Bruges, la Chartre, coll. Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, 2012, p. 237.

global pour les travailleurs « classiques ». Par contraste, de nombreuses catégories de travailleurs atypiques ne sont couvertes par aucune des composantes juridiques de la stabilisation de la relation de travail. Si la situation juridique de certains travailleurs a été encore dégradée au cours des années 2010 (particulièrement pour les intérimaires, avec la légalisation des contrats d'intérim journaliers successifs), d'autres travailleurs ont pour ainsi dire toujours été mal protégés en la matière (en particulier les indépendants en situation de dépendance économique, les remplaçants et les ALE).

Ces constats peuvent être précisés en passant maintenant systématiquement en revue les différentes catégories de travailleurs atypiques. L'analyse de l'application à ces travailleurs des mesures stabilisatrices de la relation de travail fait apparaître que les travailleurs engagés à temps partiel, en CDD, en contrat article 60 ou en contrat titres-services bénéficient d'une relativement « bonne » protection contre l'instabilité de la relation de travail, dans le sens où ils tombent bien sous le coup de la quasi-totalité des différents mécanismes juridiques abordés. Tous les autres travailleurs atypiques se trouvent par contre dans des situations particulièrement instables. Les travailleurs les moins bien protégés en la matière sont, outre les stagiaires libres et les volontaires, qui ne sont tout simplement pas protégés du tout, les « flexi-jobbers », les travailleurs en contrat d'extra, les étudiants, les intérimaires et les indépendants en situation de dépendance économique. Pour tous ces travailleurs, on voit parfois des exclusions juridiques, par exemple l'exigence d'un CDI pour bénéficier de la protection contre le licenciement manifestement déraisonnable. Mais on voit également de nombreuses exclusions de fait. Pour beaucoup de ces travailleurs, nous avons en effet relevé de grandes différences entre les règles qui leur sont théoriquement applicables et la protection dont ils bénéficient effectivement en pratique. En droit, ces travailleurs sont généralement couverts par les mécanismes protecteurs, mais en pratique ils ne peuvent que très rarement, voire jamais, les mobiliser, car les mécanismes sont adossés à la rupture du contrat, rupture à laquelle les employeurs n'ont pas recours en cas de succession de CDD courts. Par exemple, les travailleurs sous contrat flexi-job, extra ou intérim ont, en théorie, le droit de prétendre à une indemnité pour licenciement abusif s'ils considèrent que leur licenciement était abusif, mais en pratique ces travailleurs ne se font pas licencier, leur contrat n'étant simplement pas reconduit. En l'absence de licenciement en tant que tel, ils ne peuvent pas invoquer un licenciement abusif, pas plus que voir leur contrat suspendu.

Il en ressort que l'enjeu premier, pour protéger plus efficacement les travailleurs atypiques contre l'instabilité de leur emploi, n'est pas tellement d'étendre juridiquement les protections générales existantes aux travailleurs atypiques, mais plutôt de mieux lutter contre le recours aux CDD successifs courts – ou, plus fondamentalement, de limiter le recours au travail atypique. Une réforme récente va d'ailleurs en ce sens. Depuis le 1^{er} janvier 2023, le législateur a instauré, une cotisation de responsabilisation pour les entreprises utilisatrices qui engagent trop souvent des intérimaires dans le cadre de contrats d'intérim journaliers successifs. Le dispositif demeure toutefois assez modeste, dans la mesure où la cotisation n'est due qu'à partir de... 40 contrats

journaliers successifs conclus entre le même intérimaire et le même utilisateur⁴³. On peut néanmoins y voir un premier pas.

Le fait que ces travailleurs se trouvent dans une relation de travail instable, sans protections efficaces, implique qu'ils risquent de subir des changements fréquents et significatifs en termes de ressources financières (pouvant passer rapidement d'une situation où ils disposent d'un revenu à une situation d'absence de revenu ou, dans le meilleur des cas, à un revenu de remplacement), d'organisation personnelle (pouvant passer rapidement de périodes d'occupation professionnelle à des périodes sans activité), de statut social (pouvant passer rapidement du statut de travailleur au statut de personne sans emploi), et par conséquent de droits sociaux. De tels changements entraînent inévitablement une insécurité importante pour le travailleur. Ils peuvent en outre avoir pour conséquence que le travailleur risque de « s'y perdre ». Mal protégé, le travailleur concerné peut donc, s'il est découragé, ne pas réclamer ou ne réclamer que partiellement le respect de ses droits.

3.2. LA PROTECTION CONTRE L'IMPRÉVISIBILITÉ DES PRESTATIONS

3.2.1. Règles étudiées : l'organisation du temps de travail

Après avoir étudié la stabilité du contrat de travail, qui touche à l'existence même de la relation de travail, nous nous sommes intéressés à la prévisibilité du volume et des horaires des prestations au sein de cette relation de travail.

Une flexibilité accrue de la relation de travail engendre souvent « des horaires de travail moins réguliers et moins fiables, souvent déterminés à très brève échéance »⁴⁴. En d'autres termes, cette flexibilité rend le travail moins prévisible. La littérature comparative enseigne que, parmi les travailleurs précaires plus particulièrement, on observe « la fréquence accrue du travail à temps partiel (...) et des temps de travail flexibles, discontinus, décalés »⁴⁵. Or, l'imprévisibilité des prestations de travail affecte négativement la sécurité des revenus, étant donné que le montant et même la perception d'une rémunération sont rendus incertains⁴⁶. Des horaires imprévisibles, des prestations de très longue durée et l'absence de pauses adéquates sont en outre susceptibles d'avoir un impact négatif sur la santé des travailleurs, parce qu'ils sont

(43) Loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés, *M.B.*, 2 juillet 1981, nouvel art. 38, §3*vicies semel*.

(44) Bureau international du travail, Du travail précaire au travail décent. Document final du colloque des travailleurs sur les politiques et les réglementations destinées à lutter contre l'emploi précaire, Genève, BIT, 2012, p. 41,

www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/meetingdocument/wcms_179788.pdf, citant P. Bohle, M. Quinlan, D. Kennedy et A. Wilson, Working hours, work-life conflict and health in precarious and 'permanent' employment, *Rev Saúde Pública*, vol. 38 (suppl.), 2004, pp. 19-25.

(45) V. Hélaridot, Précarisation du travail et de l'emploi : quelles résonances dans la construction des expériences sociales ?, *Empan*, n° 60, 2005, p. 31. L'OIT rappelle également que la prévisibilité des conditions de travail est essentielle pour les travailleurs : Bureau international du travail, Du travail précaire au travail décent, *op. cit.*, pp. 3-4 et p. 7.

(46) Bureau international du travail, *L'emploi atypique dans le monde : identifier les défis, ouvrir des perspectives. Vue d'ensemble*, Genève, BIT, 2016, p. 18, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534516.pdf.

sources de stress⁴⁷. Tout cela nuit également à l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée. Le Parlement européen reconnaît que, de manière générale, des horaires peu clairs et des tâches qui changent sont des facteurs de précarité⁴⁸. En outre, ainsi qu'il ressort d'une étude réalisée par la Fondation Travail-Université au sujet de la Belgique, « plus de la moitié des travailleurs ont des horaires variables d'un jour à l'autre. Les femmes sont davantage touchées par l'irrégularité des horaires de travail, en particulier celles travaillant à temps partiel ; 62 % des salariées à temps partiel ont des horaires alternants, à court ou long terme. (...) Toutefois, l'irrégularité des horaires peut être constante et prévisible et permet dès lors l'organisation et l'articulation du temps de travail avec les autres temps de vie : c'est le cas, par exemple, des infirmières ou des enseignantes. C'est l'imprévisibilité, davantage que l'irrégularité, qui peut être une source de difficultés de conciliation »⁴⁹.

Dans le cadre de notre recherche, nous nous sommes concentrés sur deux facteurs centraux de nature à engendrer l'imprévisibilité des prestations de travail, sur lesquels le droit du travail, et en particulier les règles en matière de temps de travail, peuvent influencer. Il s'agit tout d'abord des horaires « impossibles », ou bien constitués de petites périodes de travail qui s'enchaînent rapidement sans laisser de temps de repos suffisant au travailleur, ou bien de prestations au contraire séparées par de longues périodes sans travail, et donc sans rémunération. Pour pallier ce premier risque, le législateur a posé des limites, minimales et maximales, à la durée du travail. Le second risque d'imprévisibilité analysé découle d'une communication tardive des horaires au travailleur, l'empêchant d'anticiper sa journée de travail et d'organiser sa vie privée. Pour endiguer ce danger, le législateur a imposé des règles de publicité des horaires.

Les règles qui encadrent le temps de travail forment une matière complexe et vaste, régie, qui plus est, à différents niveaux. La réglementation-cadre développée par le législateur fédéral est en effet complétée par les textes adoptés par les interlocuteurs sociaux à tous les étages de la concertation sociale, soit les niveaux interprofessionnel, sectoriel et de l'entreprise, ce qui entraîne une superposition de règles. Cet ensemble complexe s'inscrit lui-même dans un cadre supranational, dont les principales composantes sont la directive de l'Union européenne de 2003 relative au temps de travail et la directive de 2019 relative aux conditions de travail transparentes et prévisibles (ci-après, « directive CTTP »).

(47) Bureau international du travail, *La prévention du stress au travail : liste des points de contrôle*, Genève, BIT, 2013, pp. 61-71, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/instructionalmaterial/wcms_233837.pdf ; Bureau international du travail, *Stress au travail : un défi collectif*, Genève, BIT, 2016, p. 3, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_466548.pdf. Une étude d'Idea Consult centré sur le secteur des titres-services souligne en outre que la possibilité de choisir ses horaires et le fait que ces horaires soient fixes dans le temps sont des éléments qui réduisent la probabilité de tomber en incapacité de travail : D. Valsamis et al., *Évaluation du dispositif des titres-Services pour les emplois et services de proximité en Région de Bruxelles-Capitale en 2020*, Bruxelles, Idea Consult, 2021, p. 131.

(48) Résolution du Parlement européen n° 2221/2016(INI) du 4 juillet 2017 sur les conditions de travail et l'emploi précaire, *Journal officiel*, n° C 334 du 19 septembre 2018, point 6.

(49) G. Valencuc, *Les femmes et l'emploi atypique*, étude réalisée par la Fondation Travail-Université (FTU) pour les Femmes CSC, Bruxelles-Namur, CSC-FTU, 2012, pp. 72-73, <http://hdl.handle.net/2078.1/129036>.

Nous avons examiné les règles générales qui visent à garantir la prévisibilité du travail, sans entrer dans le détail des dispositions sectorielles (à quelques exceptions près, telles que les secteurs des titres-services et de l'intérim)⁵⁰, ni, *a fortiori*, d'entreprise. Nous ne sommes pas entrés dans les règles particulières relatives au travail de nuit et au travail du dimanche – qui sont en principe interdits, moyennant exceptions. Nous ne nous sommes pas davantage penchés sur les règles relatives aux horaires flottants, ici parce qu'ils concernent peu les travailleurs précaires et ne posent pas de réelles difficultés en termes de prévisibilité du temps de travail. Les horaires flottants permettent au travailleur de choisir ses propres horaires au sein d'une fourchette donnée par l'employeur : par exemple, le travailleur peut arriver le matin entre 8h et 10h, doit prendre une pause d'une demi-heure entre 12h et 14h, puis terminer sa journée entre 16h30 et 18h30. Les horaires flottants ne doivent pas être confondus avec les horaires de travail variables, qui visent la situation où les jours et heures de travail ne sont pas connus lors de la conclusion du contrat et dans laquelle l'employeur peut déterminer l'horaire qui sera effectivement presté. Eux concernent directement les travailleurs précaires et ont été au cœur de notre enquête.

L'ensemble des dispositions relatives au temps de travail fait apparaître la tension omniprésente qui existe entre la nécessaire protection des travailleurs et le besoin de flexibilité des employeurs. En filigrane, ces deux objectifs apparaissent en effet constamment dans les deux ensembles de protections que nous avons étudiées – contre des horaires impossibles et contre l'information tardive du travailleur. D'une part, le législateur cherche à réduire le temps de travail et pose des limites claires à la durée du travail ; d'autre part, il prévoit des possibilités de dérogation à ces limites. Dans la même veine, il s'assure que les travailleurs soient informés à temps de leurs horaires, mais simultanément, il assouplit les démarches à accomplir à cette fin par l'employeur.

3.2.2. Constats : des horaires peu prévisibles

Comme en matière de stabilité de la relation de travail, la question que nous cherchons à affronter est la suivante : dans quelle mesure les règles « générales » relatives au temps de travail, et les tensions dont elles sont porteuses, s'appliquent-elles aux travailleurs atypiques ?

Depuis leur uniformisation en 1971, les règles générales en matière de temps de travail ont beaucoup évolué, dans un double mouvement de réduction du temps de travail et – surtout – de flexibilisation de celui-ci⁵¹. Faut-il en inférer qu'au cours des cinq dernières décennies, le législateur s'est évertué à déconstruire les règles qui assurent la prévisibilité du temps de travail et que celles-ci n'offrent désormais plus beaucoup de protection aux travailleurs ordinaires ? Ce serait excessif, même si le mouvement général est bien celui de la flexibilisation, et ce pour trois raisons.

(50) Pour cela, voir l'importante étude de E. Dermine, A. Grégoire et A. Vranckx, *Le droit sectoriel du temps de travail : évolutions et pratiques*, in E. Dermine et J.-F. Neven (dir.), *Le droit social sectoriel, un monde méconnu*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 129-279.

(51) Antérieurement, voir les riches analyses de M. Jamoulle *et al.*, *Le temps de travail. Transformations du droit et des relations collectives du travail*, Bruxelles, CRISP, 1997, pp. 56-57, pp. 101-103 et pp. 397-398.

Premièrement, les règles de base qui encadrent le temps de travail depuis 1971, les plus importantes, sont restées inchangées pour l'essentiel. Pour flexibiliser le temps de travail, le législateur n'a pas abrogé ou refondu ces règles, mais il y a adjoint un nombre croissant d'exceptions. Ces exceptions forment autant de brèches, mais elles sont, dans leur grande majorité, assorties de conditions qui limitent objectivement les situations dans lesquelles on peut y avoir recours, imposent une concertation sociale préalable ou nécessitent des formalités visant à assurer un degré minimal de prévisibilité du travail. Ainsi, le régime dit de la petite flexibilité⁵² doit être introduit par convention collective de travail ou dans le règlement de travail, et le nombre d'heures qui peuvent être prestées en-dessous ou au-delà de l'horaire normal est en outre encadré par la loi, laquelle garantit que ces variations ne feront pas fluctuer la rémunération du travailleur.

Par contraste avec ce qui vient d'être dit, les heures supplémentaires volontaires introduites par la loi du 5 mars 2017 sur le travail dit faisable et maniable font par contre figure de véritable rupture. Cette mesure permet en effet aux parties d'augmenter la durée du travail sans qu'il faille se trouver dans une hypothèse déterminée et sur la base d'un simple accord individuel : ce dispositif peut être activé en dehors de toute raison particulière et aucune concertation sociale ne doit être engagée. Le nombre d'heures supplémentaires couvertes par le mécanisme, qui est de 120 par an (sans compter les dérogations sectorielles, lesquelles peuvent faire monter le quota jusqu'à 360 heures par an), permet de réaliser de 2 à 3 heures supplémentaires volontaires en moyenne par semaine, sans que ces heures donnent lieu à récupération. Cela peut donc conduire à une augmentation significative de la durée individuelle du travail en pratique. Le mécanisme a été temporairement adapté et beaucoup utilisé durant la crise sanitaire liée au covid-19, pour augmenter encore le nombre d'heures prestées par certains travailleurs, et cette fois sans sursalaire... Cet assouplissement a été éteint le 31 décembre 2022. La crise énergétique qui a suivi la crise sanitaire a toutefois été l'occasion de faire renaître cet aménagement en principe temporaire : dans l'accord interprofessionnel 2023-2024 conclu au printemps 2023, qui devrait être prochainement mis en œuvre par voie législative, les partenaires sociaux se sont accordés pour proroger la formule encore assouplie des heures supplémentaires volontaire, désormais dites « de relance », pour la période du 1^{er} juillet 2023 au... 30 juin 2025, toujours sans récupération ni sursalaire. À la différence des autres aménagements apportés à la législation de 1971, la mesure de flexibilité que constituent les heures supplémentaires volontaires se singularise par son caractère très faiblement encadré. Comme seul garde-fou, le législateur a prévu que le travailleur doit donner son accord préalable, et pour une durée limitée dans le temps (6 mois). Cette formalité est toutefois très peu protectrice du travailleur. En principe, l'augmentation du temps de travail ne pose pas de soucis en termes de prévisibilité, puisque le travail est effectué par le travailleur seulement s'il le souhaite. Mais on sait qu'en pratique, des pressions peuvent être exercées par les employeurs. *De facto*, les heures supplémentaires volontaires semblent amenées à remplacer les heures supplémentaires pour surcroît extraordinaire de travail. Ces dernières constitu(ai)ent l'hypothèse standard de dérogation à la durée maximale

(52) Le régime de la petite flexibilité permet que les horaires « de base » soient augmentés ou diminués de 5 heures par semaine (soit un total de maximum 45 heures par semaine) et de 2 heures par jour (avec un maximum de 9 heures par jour), pour autant que sur une période de référence d'un an, le travailleur preste en moyenne la durée normale de 38 heures par semaine.

normale, avec la double garantie cruciale que la délégation syndicale doit donner son accord pour qu'il y soit recouru et que les heures supplémentaires ensuite prestées donnent lieu à récupération. Partant, on observe un glissement d'un système objectif qui implique une concertation sociale à un système subjectif sans concertation sociale.

Deuxièmement, certaines des modifications qui ont permis d'introduire plus de flexibilité dans le temps de travail ont eu pour objet d'appréhender des situations dans lesquelles les règles antérieures ne permettaient pas de garantir la prévisibilité du travail. Ainsi, le travail à temps partiel avec horaires variables – c'est-à-dire avec des heures et des jours de travail qui ne sont pas fixés au préalable – est certainement un dispositif dans le cadre duquel la prévisibilité des prestations est particulièrement faible. Mais il faut bien voir que l'introduction de ce dispositif fait partie d'un ensemble de mesures qui a visé à combattre et contrecarrer l'essor du travail à l'appel, dans lequel la prévisibilité était nulle. Il s'agit donc d'un dispositif peu protecteur, certes, mais venu se substituer à un flou juridique qui, quant à lui, équivalait en pratique souvent au degré zéro de la protection.

Troisièmement, il convient de replacer la flexibilisation progressive des règles relatives au temps de travail dans un contexte plus large, en tenant compte d'autres évolutions qui se sont produites parallèlement. Tout au long de la période étudiée, la durée du travail hebdomadaire normale a ainsi été nettement réduite pour tous les travailleurs, passant de 48 heures encore au début des années 1950 à 38 heures aujourd'hui. Par ailleurs, de nouveaux dispositifs ont permis aux travailleurs – en pratique surtout les plus stables, certes – de mieux maîtriser leur volume de travail en fonction de leur situation individuelle. Il s'agit notamment des congés circonstanciels, comme les congés thématiques, les crédits-temps ou encore les congés-éducation, qui permettent aux travailleurs de réduire leur temps de travail pendant une certaine période. La flexibilisation du temps de travail n'est donc pas « à sens unique », en ce qu'elle concerne l'adaptation du temps de travail tant aux besoins de l'entreprise qu'à ceux du travailleur. Si c'est la première dimension qui a été au cœur de notre étude, il ne faut pas oublier la seconde.

Au regard de tout ceci, il faut constater que les règles générales en matière de prévisibilité du temps de travail ont bien été assouplies depuis les années 1980 et offrent, au total, moins de garanties au travailleur qu'auparavant. Toutefois, l'on ne peut pas affirmer que ces garanties auraient été vidées de leur contenu pour les travailleurs ordinaires : les protections demeurent globalement significatives.

TABEAU 2 : LA PROTECTION CONTRE L'IMPRÉVISIBILITÉ DES PRESTATIONS DES TRAVAILLEURS ATYPIQUES

| Statut | Limites journalières et hebdomadaires du temps de travail | Drogations aux limites heures supplémentaires | | Publicité des horaires | |
|--------------------------------|--|--|---|---|--|
| | | Flexibilité et | heures supplémentaires | Information du travailleur | Conservation de documents |
| CDD | Protégé | Protégé | Protégé | Protégés MAIS risque de succession de contrats courts | Protégé |
| Temps partiel | Protégé | Règles dérogatoires moins protectrices (heures complémentaires) | Règles dérogatoires moins protectrices (heures complémentaires) | Horaire fixe : bonne protection Horaire variable : 7 (voire 3) jours | Protégé |
| Indépendant | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé | Pas protégé |
| Étudiant | Protégé (jeunes travailleurs mieux protégés) | Protégé (jeunes travailleurs mieux protégés) | Protégé (jeunes travailleurs mieux protégés) | Mieux protégés | Protégé |
| Stage | Protégé | Protégé en théorie MAIS application inefficace en pratique | Protégé en théorie MAIS application inefficace en pratique | Protégé | Protégé |
| Article 60 | Mieux protégé (min. mi-temps). Règles partic. dans le secteur public | Protégé Règles partic. dans le secteur public | Protégé Règles partic. dans le secteur public | Protégé | Protégé |
| Contrat de remplacement | Protégé comme autre CDI/CDD, temps plein/partiel | Protégé comme autre CDI/CDD, temps plein/partiel | Protégé comme autre CDI/CDD, temps plein/partiel | Protégé comme autre CDI/CDD, temps plein/partiel Risque que contrats courts dans les faits | Protégé comme autre CDI/CDD, temps plein/partiel |
| AIE | Règles dérogatoires moins protectrices | Protégé en théorie MAIS application compliquée en pratique | Protégé en théorie MAIS application compliquée en pratique | Pas protégé | Pas protégé |
| Intérim | Protégé | Protégé en théorie MAIS application compliquée en pratique car contrat court (récupération compliquée) | Protégés en théorie MAIS application compliquée en pratique car contrat court (récupération compliquée) | Protégés en théorie MAIS pas en pratique (succession de contrats courts sans délai d'information) | Protégé |

| Statut | Limites journalières et hebdomadaires du temps de travail | Dérégations aux limites | | Publicité des horaires | |
|------------------------|---|---|--|--|--|
| | | Flexibilité et heures supplémentaires | Information du travailleur | Conservation de documents | |
| Titres-services | Règles dérogatoires moins protectrices (dérogation au 1/3 temps) + Pratique des avenants courante | Protégé en théorie MAIS pratique des avenants courante | Règles dérogatoires moins protectrices | Protégé | |
| Volontariat | Protégé en théorie MAIS application compliquée en pratique | Protégé en théorie MAIS pas en pratique (application inefficace) | Protégé en théorie MAIS application compliquée en pratique | Protégé en théorie MAIS pas en pratique (application inefficace) | |
| Extra | Règles dérogatoires moins protectrices | Protégé en théorie MAIS application peut être compliquée en pratique vu contrat court | Règles dérogatoires moins protectrices | Protégé (s'il dispose d'une copie du règlement de travail) | |
| Flexi-job | Protégé MAIS risque de multijobbing | Protégé en théorie MAIS application peut être compliquée en pratique vu contrat court | Pas protégé | Règles dérogatoires moins protectrices | |

Pour les travailleurs atypiques, le propos doit par contre être plus réservé. En effet, alors que, pour les travailleurs « classiques », la flexibilisation du temps de travail est quelque peu contrebalancée par la réduction collective continue du temps de travail qui a été opérée au cours du dernier tiers du 20^{ème} siècle, les travailleurs atypiques sont, pour la plupart, peu concernés par cette réduction globale du temps de travail, puisqu'ils sont souvent engagés à temps partiel ou pour des contrats très courts, qui ne permettent en général pas de récupérer les heures prestées « en trop » durant leur contrat. Pour eux, la balance est dès lors moins équilibrée et la lame de fond de l'évolution législative tire davantage vers la flexibilisation uniquement.

En outre, si les règles générales en matière de prévisibilité du temps de travail ont globalement tenu le choc des 50 dernières années, leur faculté à appréhender et protéger efficacement les formes de travail qui s'écartent du contrat de travail standard est limitée. Bien qu'en théorie, les règles relatives à la prévisibilité du travail s'appliquent souvent aux différents statuts de travailleur atypiques, force est de constater que la majorité d'entre eux ne bénéficie pas d'une protection complète contre l'imprévisibilité des prestations, ainsi que le détaille le tableau qui figure plus haut. Cette insuffisante protection résulte de deux ordres de facteurs distincts.

Le premier est lié aux règles qui régissent le statut même de ces travailleurs. Ces règles prévoient souvent des dérogations ponctuelles à certaines mesures protectrices du régime général : réduction des limites minimales journalières et hebdomadaires pour les titres-services, dérogations à la plupart des règles pour les ALE, absence de délai minimal pour communiquer les horaires aux travailleurs sous contrat d'extra ou flexi-job, possibilité de faire travailler les travailleurs flexi-job en dehors des limites de temps de travail fixées dans le règlement de travail, etc. Dans certains cas, en particulier celui des travailleurs de plateforme supposément indépendants, les règles protectrices du régime général ne sont même tout simplement pas d'application. Ces dérogations réduisent la prévisibilité des prestations – et de la rémunération – pour les travailleurs atypiques concernés.

Un autre facteur d'affaiblissement de la protection des travailleurs atypiques réside dans les pratiques de certains employeurs qui visent à contourner les règles générales. Ce sont des pratiques dont la prévisibilité des prestations souffre vraisemblablement plus que les autres ensembles de protections ici étudiés. Certaines de ces pratiques sont franchement illégales. Ainsi, le Service d'information et de recherche sociale (SIRS), qui est l'organe de coordination des différents services d'inspection sociale, pointe la fréquence des fraudes suivantes : les congés sans solde pour pallier l'absence de travail ; les heures supplémentaires non payées, sous-payées ou encore payées au noir sans sursalaire et sans intégration dans la durée moyenne de travail ; les pauses non accordées ou non planifiées ; l'absence de comptabilisation, et donc de rémunération, du temps consacré au nettoyage au moment de la fermeture ou de l'ouverture des commerces; etc.⁵³. Tout illégales qu'elles soient, ce sont des pratiques contre lesquelles il est difficile pour le travailleur de lutter.

(53) Service d'information et de recherche sociale, *Plan d'action. Lutte contre la fraude sociale. 2021*, Bruxelles, SIRS, 2021, p. 56, www.sirs.belgique.be/sites/default/files/Downloads/Actieplan/SIRS_plandaction_2021_FR_Def.pdf; Service d'information et de recherche sociale, *Plan d'action. Lutte contre la fraude sociale. 2022*, Bruxelles, SIRS, 2022, p. 48, www.sirs.belgique.be/sites/default/files/SIOD_Actieplan_2022_FR-compressed.pdf.

D'autres pratiques qui visent à contourner la protection des travailleurs atypiques ne constituent pas des violations claires de règles en place. Il s'agit plutôt de stratégies, *a priori* légales, qui permettent d'arriver à un résultat que le législateur avait justement voulu éviter. L'une des pratiques de ce type les plus répandues et les plus problématiques est certainement la succession de contrats très courts, dont les exemples les plus parlants sont les contrats d'intérim journaliers successifs, les contrats d'extra et les flexi-jobs. Cette succession a pour conséquence, d'une part, que le travailleur n'est pas informé à l'avance de ses horaires et, d'autre part, que lesdits horaires peuvent fréquemment et facilement varier. Ce n'est pas illégal, dans la mesure où c'est le législateur lui-même qui a institué ces relations de travail de très courte durée, sans faire obstacle à leur répétition, mais cela débouche sur une situation concrète à l'évidence du type de celle que toute la réglementation du temps de travail vise à éviter. Dans la même veine, des avenants contractuels de très courte durée sont parfois mobilisés pour contourner les règles relatives au travail à temps partiel variable⁵⁴. La « manœuvre » est relativement simple : les parties concluent un premier contrat de travail prévoyant le moins d'heures possible, généralement un tiers temps – parfois encore moins, dans les secteurs où cela est autorisé – et sans s'inscrire dans le système du temps partiel variable. Ensuite, en fonction des besoins de l'employeur, des avenants sont conclus pour une durée déterminée et se succèdent qui prévoient à chaque fois une fluctuation de l'horaire, de sorte qu'en pratique, le taux d'occupation du travailleur varie fortement d'une période à l'autre. Il ressort des règles générales que le législateur a souhaité que les travailleurs à temps partiel occupés dans un horaire variable ne puissent pas se voir proposer un horaire moins de 5 jours ouvrables à l'avance (qui pouvait être réduit à 1 jour par C.C.T. rendue obligatoire par arrêté royal) – un délai porté à 7 jours (qui peut être réduit à 3 jours par C.C.T. rendue obligatoire par arrêté royal) depuis fin 2022 –, mais, par le biais de la pratique susmentionnée, l'on arrive malgré tout à ce que ce souhait soit contrecarré, via la conclusion d'avenants signés en dernière minute et en dehors du régime de l'horaire variable. Ces avenants prévoient une reconduction à durée déterminée du contrat, moyennant un temps de travail modifié, de sorte que, dans les faits, le nouvel horaire de travail est notifié moins de 5 (voire 1) jour(s) – et a fortiori moins de 7 (voire 3) jours – à l'avance.

Concrètement, en raison des dérogations explicites comme des stratégies de contournement qui existent, la majorité des travailleurs atypiques n'est pas protégée efficacement contre l'imprévisibilité des prestations. Le manque de protection se situe parfois sur tous les plans : au niveau de l'information préalable du travailleur concernant ses horaires, lesquels varient souvent et à brève échéance, de la durée minimale des prestations, qui peut être fort faible, et des dérogations aux limites maximales du

(54) Pour une enquête sur cette pratique dans certaines entreprises du secteur du commerce de détail, A. Cloot, La triste histoire du 'mini-CDI' du samedi, *Le Soir*, 21 février 2019. Dans ce secteur, le problème ne semble pas dater d'hier : voir l'exemple figurant déjà dans le *Mémoire* 2008 de la CNE-Commerce, Pour une distribution au service de l'être humain. Congrès du secteur commerce de la CNE, 2008, p. 18, [www.lacsc.be/docs/default-source/acv-csc-docsitemap/6000-centrales/6550-cne/6650-secteurs-\(aper%C3%A7u-avec-liens\)/commerce/memo.pdf?sfvrsn=2a301ef1_0](http://www.lacsc.be/docs/default-source/acv-csc-docsitemap/6000-centrales/6550-cne/6650-secteurs-(aper%C3%A7u-avec-liens)/commerce/memo.pdf?sfvrsn=2a301ef1_0). Cette pratique a également été rapportée par Idea Consult au sujet du secteur des titres-services : O. Brolis et al., *Évaluation du système des titres-services pour les emplois et services de proximité en Région de Bruxelles-Capitale en 2018*, Bruxelles, Idea Consult, 2019, p. 128.

temps de travail par le biais des heures supplémentaires, dont la récupération est loin d'être toujours assurée.

L'arsenal juridique applicable en matière de prévisibilité du temps de travail a été récemment révisé. En 2019, l'Union européenne a en effet adopté une directive « relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles » (dite « directive CTTP »)⁵⁵. Cette directive vise à garantir « un niveau élémentaire de protection universelle, quelle que soit la forme de contrat », donc en ce compris pour les travailleurs atypiques, notamment en matière d'information préalable des travailleurs et de lutte contre les abus de contrats à la demande⁵⁶. Cette directive a été transposée en droit belge par une loi du 7 octobre 2022⁵⁷. Cette loi prévoit notamment un droit pour les travailleurs à temps partiel engagés dans le cadre d'un horaire variable de voir rémunérées des prestations qui seraient annulées tardivement. Elle prévoit également que ces mêmes travailleurs peuvent refuser des prestations demandées tardivement par l'employeur ou qui ne se situent pas dans les plages horaires fixées dans le règlement de travail. Par ailleurs, le Conseil national du travail a adopté une convention collective de travail n° 161 en vue de transposer à son échelle la directive, qui prévoit le droit pour tout travailleur comptant au moins six mois d'ancienneté de demander à bénéficier d'une forme d'emploi procurant des conditions de travail plus prévisibles et plus sûres, ainsi que l'obligation pour l'employeur de donner une réponse écrite motivée à cette demande. La C.C.T. n° 161 permet, par exemple, à un travailleur engagé dans le cadre d'un horaire variable de solliciter un horaire fixe, à un travailleur à temps partiel de demander un horaire à temps plein ou encore à un travailleur engagé à durée déterminée de demander un contrat de travail à durée indéterminée. Elle permet donc aux travailleurs de demander une stabilisation de leur situation professionnelle. On le voit, la transposition de la directive CTTP, sans changer radicalement la donne, a donné lieu à une série de petits pas bienvenus pour la protection des travailleurs contre l'imprévisibilité des prestations⁵⁸.

(55) Directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles *Journal officiel*, n° L 186 du 11 juillet 2019, p. 105.

(56) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final, 21 décembre 2017, p. 4.

(57) Loi du 7 octobre 2022 transposant partiellement la Directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, *M.B.* 31 octobre 2022.

(58) Pour une étude détaillée de la directive et des avancées que sa transposition aurait pu entraîner, voir A. Mechelynck, La directive 2019/1152 du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles : enjeux pour le travail atypique en Belgique, *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2021, n° 3, pp. 421-523. Sur la transposition ensuite effectivement opérée, voir T. Driessse, Examen des principales dispositions en vigueur en matière de travail à temps partiel, *Oriëntations*, 2023, n° 2, pp. 2-18 ; M. De Gols, Les conditions de travail transparentes et prévisibles : quelles adaptations suite à la directive européenne ?, *Oriëntations*, 2023, n° 3, pp. 2-16 ; C. Vandersnickt, Bespreking van de wet van 7 oktober 2022 houdende gedeeltelijke omzetting van Richtlijn (EU) 2019/1152 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, *Oriëntatie*, 2023, n° 5, pp. 162-183.

3.3. LA PROTECTION CONTRE L'ATOMISATION DES TRAVAILLEURS

3.3.1. Règles étudiées : la conclusion de conventions collectives de travail

La troisième protection contre la précarité que nous avons étudiée relève du droit collectif du travail. Le travailleur pris individuellement est, selon l'expression consacrée, la « partie faible » de la relation de travail. En raison de sa position de dépendance vis-à-vis de l'employeur, il est rarement en mesure de négocier des conditions de travail avantageuses avec lui. Si par contre les travailleurs peuvent s'organiser collectivement, ils ont une position plus forte à la table des négociations avec l'employeur, ce qui permet de négocier des conditions de travail plus favorables. Les organisations représentatives des travailleurs peuvent donc jouer un rôle central dans la lutte contre la précarité des travailleurs – en tant que telles, c'est-à-dire comme syndicats, à l'échelle interprofessionnelle et au niveau des secteurs d'activité, et par le biais de leurs élus dans les organes de concertation au sein des entreprises.

On considère généralement que les « droits syndicaux » sont au nombre de trois. Ces droits recouvrent : premièrement, la liberté d'association, c'est-à-dire le droit de s'associer et de s'organiser afin de former un syndicat ; deuxièmement, la négociation collective, c'est-à-dire le droit de négocier collectivement des accords qui s'appliquent ensuite à un ensemble de travailleurs et à un ou plusieurs employeurs ; et troisièmement, l'action collective, c'est-à-dire le droit de faire opposition ou pression, entre autres par la (menace de la) grève⁵⁹. Ces divers droits syndicaux sont évidemment liés entre eux et l'effectivité de chacun dépend de celle des deux autres : la liberté d'association n'a d'utilité que si les syndicats peuvent ensuite négocier librement, la négociation collective ne peut exister que si les travailleurs sont préalablement libres de s'associer, la négociation collective n'est réellement efficace que si les syndicats peuvent menacer d'organiser une grève en cas d'échec de la négociation collective pour contrebalancer la position dominante des employeurs, etc.

Les différentes composantes des droits syndicaux peuvent jouer un rôle clé dans la protection des travailleurs atypiques, étant donné qu'elles sont susceptibles de leur permettre de faire valoir leurs intérêts face à l'employeur et de bénéficier des protections consacrées dans les normes négociées par les interlocuteurs sociaux, en tout cas lorsque ces protections sont adaptées à la situation spécifique des travailleurs atypiques⁶⁰. Dans le cadre de notre recherche, nous nous sommes concentrés sur la négociation collective, soit le second des trois droits. La négociation collective, qui est facilitée par les deux autres droits syndicaux, est en effet le nœud central des avancées protectrices, puisqu'elle aboutit, lorsqu'elle fonctionne, à la conclusion d'accords qui créent des droits et des obligations pour les travailleurs et les employeurs. Le droit

(59) J. Clesse et A. Mortier, Droit collectif et droits de l'homme, *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2011, n° 2, pp. 185-191. Voir aussi S. Borelli, avec la collaboration de D. Dumont, Parlons des droits syndicaux des travailleurs 'tout court'. Réflexions transversales à partir de la situation des travailleurs indépendants de plateforme, in D. Dumont, A. Lamine et J.-B. Maisin (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants. Cadres théoriques et études de cas*, Bruxelles, Larquier, coll. Droit social, 2020, p. 110.

(60) Sur la nécessité d'une couverture adéquate des travailleurs atypiques par les normes issues de la négociation collective et la manière dont celle-ci peut être mobilisée pour améliorer leur protection par le droit social, voir Bureau international du travail, *Non-standard Employment around the World. Understanding Challenges, Shaping Prospects*, op. cit., pp. 283-298.

de mener des négociations collectives vise le droit, pour les syndicats, d'intervenir, par le biais de pourparlers avec un employeur ou une ou plusieurs organisation(s) d'employeur(s), en vue, d'une part, de fixer les conditions de travail et d'emploi d'un ensemble de travailleurs et, d'autre part, de régler les relations entre les (organisations représentatives des) employeurs et les (organisations représentatives des) travailleurs⁶¹. La négociation collective a donc pour objet tant la détermination des conditions d'emploi que l'organisation future des relations collectives en elles-mêmes.

En matière de protection des travailleurs, la concertation sociale connaît plusieurs moments-clés, à savoir : (1) les élections sociales, c'est-à-dire l'élection des représentants des travailleurs qui siègeront dans les organes de concertation au sein de l'entreprise ; (2) l'information et la consultation des représentants du personnel au sein de l'entreprise ; et (3) la conclusion d'accords collectifs, en particulier des conventions collectives de travail (C.C.T.). Les C.C.T. sont des accords collectifs négociés par des représentants des travailleurs et des employeurs et qui s'appliquent ensuite à un ensemble de travailleurs et d'employeurs non signataires, à titre personnel, de l'accord. Pour les travailleurs, il est essentiel d'être représentés collectivement pour négocier et conclure des C.C.T. L'enjeu principal est d'ensuite pouvoir invoquer ces accords collectifs et leur contenu. Il s'agit de l'objectif ultime de la négociation collective, le résultat vers lequel tendent les interlocuteurs sociaux qui participent à la concertation. La concertation sociale joue un rôle très important dans le droit du travail belge, car le législateur a délégué à ses acteurs de nombreux pouvoirs, afin de favoriser la négociation collective et de n'intervenir avec des lois ou des arrêtés royaux qu'en dernier ressort. Les C.C.T. peuvent donc potentiellement couvrir beaucoup de matières et avoir une influence importante sur les droits et obligations des travailleurs et des employeurs.

Dans le cadre de notre recherche, nous nous sommes concentrés sur ce troisième et dernier enjeu, celui de la production collectivement négociée de normes. Au sein de la négociation collective, les trois enjeux précités sont tous essentiels pour les travailleurs. La négociation collective poursuit en effet d'autres objectifs que la « seule » conclusion de conventions collectives de travail. On pense typiquement à l'information et la consultation au sein du conseil d'entreprise et du comité pour la prévention et la protection au travail, ou à la représentation par les délégués syndicaux en cas de conflits individuels ou collectifs avec l'employeur. Toutefois, c'est la conclusion de C.C.T. qui nous a semblé mériter le plus de développements. Elle exerce en effet une influence importante sur de nombreux autres droits sociaux des travailleurs, et donc

(61) Convention OIT n° 154 du 3 juin 1981 sur la négociation collective, art. 2 et 5. Pour un commentaire, J. de Wilde d'Estmael et L. Rigaux, Le champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires (art. 2), in E. Dermine et V. Vannes (dir.), *La loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires. Cinquante ans d'application ?*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 81.

sur leur protection contre ou leur exposition à la précarité, vu le champ très large de la négociation collective⁶².

3.3.2. Constats : une protection collective à haut potentiel

Les interlocuteurs sociaux n'ont pas attendu l'institutionnalisation de la concertation sociale par les autorités publiques pour négocier collectivement entre eux. Cela a permis que le cadre légal de la négociation collective soit établi sur des bases éprouvées et solides. Ce cadre, qui existe maintenant depuis plus d'un demi-siècle, a très peu évolué depuis sa formalisation en 1968.

Si le cadre légal proprement dit est resté largement inchangé, la pratique des partenaires sociaux, quant à elle, évolue et semble donner une place de plus en plus importante à la négociation « locale »⁶³, à tout le moins au sein des grandes entreprises – même si dans certaines branches d'activité, la négociation (inter)sectorielle reste primordiale. Ceci peut induire une diversification des pratiques. Cela permet surtout de créer des règles « sur-mesure » et particulièrement précises, au plus près de la réalité de chaque entreprise. Les partenaires sociaux s'approprient en outre un nombre croissant de sujets en lien avec les conditions de travail, parfois sous l'impulsion du législateur. Ils disposent en effet d'une marge de manœuvre très large et ont la possibilité de se saisir d'une panoplie de sujets très vaste⁶⁴.

Dans les faits, les innombrables C.C.T. négociées par les partenaires sociaux, à tous les niveaux de la concertation sociale, apportent aux travailleurs qui entrent dans leur champ d'application des protections significatives contre la précarité, parfois nettement supérieures au régime légal. Les C.C.T. fixent en effet des barèmes de rémunération et diverses primes, des protections contre le licenciement, des aménagements du temps de travail, des mesures de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, etc. Fruits de la négociation collective, les C.C.T. apportent donc des protections

(62) Bien entendu, un examen des préalables à la conclusion de C.C.T. aurait été particulièrement précieux pour disposer d'une vue d'ensemble de la protection des travailleurs atypiques par les mécanismes du droit du travail collectif. Cependant, les droits qui permettent la participation à ces étapes préalables sont des droits procéduraux, qui n'impactent pas directement les conditions de travail des travailleurs concernés. Par ailleurs, on peut certes supposer que si les travailleurs atypiques sont impliqués (ou du moins, représentés, par le jeu des élections sociales) dans le cadre de l'information et la consultation au niveau de l'entreprise, leur situation pourra mieux être prise en compte dans le cadre du processus de négociation. Toutefois, ce ne sera pas systématiquement le cas : la pleine prise en compte des intérêts des travailleurs atypiques dans le cadre des négociations collectives dépend beaucoup de facteurs largement extérieurs au droit, comme la volonté des organisations syndicales de défendre leurs intérêts. Il nous semble donc qu'éclairer totalement les enjeux liés à la prise en compte des intérêts des travailleurs atypiques dans la négociation demande un travail multidisciplinaire, qui dépassait largement le cadre de la présente étude. Pour des études qui analysent comment les intérêts des travailleurs intérimaires sont défendus (ou non) dans le cadre de la négociation collective au sein des entreprises, voir V. Pulignano, G. Meardi et N. Doerflinger, Trade unions and labour market dualization : a comparison of policies and attitudes towards agency and migrant workers in Germany and Belgium, *Work, Employment & Society*, 2015, vol. 29, n° 5, pp. 808-825 ; N. Doerflinger et V. Pulignano, Left alone outside ? Works councils' responses to non-standard work in the German metal and chemical sectors, in V. Pulignano, H.-D. Köhler et P. Stewart (dir.), *Employment relations in an era of change. Multi-level challenges and responses in Europe*, Bruxelles, European Trade Union Institute, 2016, pp. 57-78.

(63) M. Jadot, Le passé et l'avenir : regard critique sur la concertation sociale en Belgique, in J.-P. Cordier et P. Windey (coord.), *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 179.

(64) Pour des exemples, voir E. Arq, La concertation sociale, *Dossiers du CRISP*, n° 70, 2008, pp. 32 à 39.

importantes contre les différents risques de précarité pointés en introduction. A titre d'exemple, les C.C.T. peuvent ainsi baliser le recours à la petite ou à la grande flexibilité et modifier certaines règles en matière d'heures supplémentaires, pour augmenter ou réduire la prévisibilité des prestations. Elles peuvent aussi contenir une clause de stabilité d'emploi, c'est-à-dire une procédure particulière à suivre, ou des motifs précis à invoquer, pour pouvoir licencier un travailleur, ou encore le paiement d'une prime en cas de licenciement.

Il est vrai qu'une part des C.C.T. n'a pas pour objet d'augmenter les protections minimales prévues par la loi, mais plutôt de mettre en œuvre des dérogations à ces dernières. C'est la flexibilisation négociée collectivement. Ainsi, un nombre significatif de C.C.T. sectorielles a pour objet, ainsi que la loi le permet, d'assouplir les normes générales en matière de temps de travail, afin de permettre des dérogations aux limites journalières et hebdomadaires ou à l'interdiction de principe du travail de nuit et du dimanche. Il n'empêche que, au total, les C.C.T. sont plutôt des instruments octroyant aux travailleurs des droits accrus. Partant, il y a du sens à conserver le postulat que l'insertion des travailleurs dans le jeu de la négociation collective est généralement de nature à renforcer leur position.

TABLEAU 3 : LA PROTECTION CONTRE L'ATOMISATION DES TRAVAILLEURS ATYPIQUES

| Statut | Négociation collective – C.C.T. |
|-------------------------|---|
| CDD | Protégé |
| Temps partiel | Protégé |
| Indépendant | Pas protégé |
| Étudiant | Protégé |
| Stage | Protégé en théorie MAIS mauvaise protection en pratique |
| Article 60 | Règles dérogatoires moins protectrices |
| Contrat de remplacement | Protégé |
| ALE | Pas protégé |
| Intérim | Protégé |
| Titres-services | Protégé (mais C.C.T. sectorielles faibles pour le moment) |
| Volontariat | Pas protégé |
| Extra | Protégé en théorie MAIS mauvaise protection en pratique |
| Flexi-job | Protégé en théorie MAIS mauvaise protection en pratique |

S'agissant des travailleurs atypiques plus particulièrement, et par contraste avec ce qui vient d'être dit, il faut constater que les intéressés ne sont pas toujours bien protégés

contre les risques de précarité par la mécanique de la négociation collective. Là où les autres ensembles de mesures que nous scrutons présentent la difficulté d'être souvent juridiquement peu adaptées à la réalité des travailleurs atypiques, que ce soit en matière de stabilité d'emploi (*supra*, 3.1.) ou de temps de travail (*supra*, 3.2.), ou encore de couverture par la sécurité sociale (*infra*, 3.4.), la difficulté centrale ici ne se situe *a priori* pas dans le mécanisme de négociation des C.C.T. lui-même. Ce mécanisme paraît en effet en soi pertinent pour les travailleurs atypiques, dans la mesure où la très grande majorité d'entre eux peut bien en bénéficier. L'enjeu est surtout que les C.C.T. concrètement adoptées contiennent des règles qui protègent aussi les travailleurs atypiques, sans les omettre de leur giron. Or en pratique, les C.C.T. négociées par les partenaires sociaux « oublient » régulièrement les atypiques, comme le résume le tableau ci-dessus.

Juridiquement, le cercle des bénéficiaires des C.C.T. vise la quasi-totalité des travailleurs atypiques : les protections contenues dans les C.C.T. sont ouvertes à tous les travailleurs « classiques » ainsi qu'à tous les travailleurs atypiques qui ont le statut de salarié ou qui y sont assimilés. Seuls sont légalement exclus du bénéfice des protections négociées collectivement, les travailleurs ALE et, bien entendu, l'ensemble des indépendants, en ce compris ceux parmi eux qui sont en situation de dépendance économique, ainsi que, et c'est bien plus problématique encore, les faux indépendants – auxquels il faut ajouter une interrogation en ce qui concerne les volontaires, dont la situation n'est pas claire. Ces travailleurs ne bénéficient d'aucune protection collective et ne peuvent donc pas bénéficier des avancées sociales prévues dans les C.C.T. Pour eux, il y aurait matière à éventuellement revoir les dispositifs juridiques applicables, moyennant des solutions *ad hoc* au besoin, typiquement pour ce qui concerne les indépendants à l'égard desquels l'insertion dans la dynamique de la négociation collective aurait du sens⁶⁵.

Pour tous les autres travailleurs atypiques, en revanche, le problème est autre. Quand on examine les produits effectifs de la négociation collective, on constate qu'en pratique, les partenaires sociaux limitent régulièrement le champ d'application du fruit de leurs pourparlers à certaines catégories de travailleurs, avec pour conséquence que les travailleurs atypiques sont exclus de la protection offerte par la C.C.T. en question. Cette exclusion peut résulter directement du texte de la C.C.T., comme quand elle ne vise que les travailleurs engagés dans les liens d'un « contrat de travail » (ce qui exclut les stagiaires) ou les « travailleurs permanents » (à l'exclusion alors, notamment, des travailleurs sous CDD, sous contrat de remplacement ou sous contrat d'intérim). L'exclusion des travailleurs atypiques peut également résulter de circonstances de fait, par exemple lorsque les avantages prévus par la C.C.T. ne sont octroyés qu'aux travailleurs qui ont atteint une certaine ancienneté dans l'entreprise, ancienneté que les travailleurs sous contrat d'extra ou de flexi-job n'atteignent jamais dans les faits.

(65) Pour les coordonnées juridiques du débat, voir A. Lamine, D. Dumont et J.-B. Maisin, Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants : une mise en carte de la problématique, in D. Dumont, A. Lamine et J.-B. Maisin (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants. Cadres théoriques et études de cas*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 9-30 ; P. Pecinovsky, De CAO-wet als obstakel voor het recht op collectief onderhandelen van zelfstandigen zonder personeel. De hoogdringende renovatie van het fundament van het collectieve arbeidsrecht, *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2023, n° 1, numéro spécial Les fondements du droit social/De grondslagen van het sociaal recht, pp. 53-86.

Les conditions posées dans les C.C.T. elles-mêmes au sujet de la délimitation de leur périmètre peuvent donc avoir un effet excluant à l'endroit des travailleurs atypiques, en dépit du cadre large et inclusif fixé par le législateur.

Il existe également un autre type d'écueil de nature à réduire la protection des travailleurs atypiques, cette fois lié au secteur d'activité. Dans certains secteurs, les conventions prévoient tout simplement un niveau de protection relativement faible, comme c'est le cas dans le domaine des titres-services. Ou une protection peu adéquate voire inapplicable à certains travailleurs atypiques. Ici, on peut penser aux avantages rémunérateurs, qui sont sans effet pour les stagiaires, car ceux-ci ne perçoivent pas ou peu de rémunération.

Pour notre propos, le point-clé est que ces différents types d'exclusion, qui varient par hypothèse d'une C.C.T. à l'autre, dépendent de la volonté de leurs auteurs, c'est-à-dire des partenaires sociaux. Il s'agit donc d'une question principalement politique, qui relève du cadre global des négociations entre les syndicats et les (organisations représentatives des) employeurs. Ces exclusions peuvent notamment résulter d'un choix posé par les syndicats, ou en tout cas d'un compromis concédé, afin d'obtenir certaines avancées pour une majorité de travailleurs, au détriment d'autres, laissés en marge. Elles sont peut-être aussi dues au fait que les travailleurs atypiques demeurent comparativement moins nombreux sur le marché du travail et, bien plus encore, moins représentés dans le cadre des négociations. Il n'y a en effet pas de représentants qui portent spécifiquement la voix d'un ou de plusieurs ensembles de travailleurs atypiques, mais uniquement des représentants des « travailleurs ». Dans les faits, la représentation des travailleurs atypiques varie fort d'un secteur à l'autre. Dans un secteur d'activité où une catégorie déterminée de travailleurs atypiques est très présente, il y a plus de chances que les interlocuteurs sociaux négocient des règles spécifiques et plus adaptées pour ce type de travailleurs. Une règle conventionnelle peut très bien prévoir des conditions d'accès à un droit adaptées à la réalité de cette catégorie de travailleurs. A condition toutefois, évidemment, que les travailleurs concernés puissent s'organiser et soient en mesure de faire entendre leur voix collectivement. Concrètement, la qualité de la protection assurée aux travailleurs dépend donc beaucoup des forces en présence à la table des négociations, ainsi que l'illustre le contre-exemple des titres-services.

3.4. LA PROTECTION CONTRE LES RISQUES SOCIAUX

3.4.1. Règles étudiées : l'accès à la sécurité sociale

Le quatrième et dernier ensemble de protections juridiques contre la précarité que nous avons étudiées est l'accès à la sécurité sociale⁶⁶. Dans son rapport sur les formes atypiques de travail à travers le monde de 2016, l'OIT épingle parmi les risques

(66) Notre analyse s'est basée en bonne partie sur le travail de S. Remouchamps, La (non-)prise en compte du travail à temps partiel par la sécurité sociale : une première vue transversale, in D. Dumont (dir.), *Questions transversales en matière de sécurité sociale*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 99-154 et surtout de G. Van Limberghen, D. Dumont, F. Louckx, S. Marchal et B. Cantillon, Un regard critique et propositionnel sur les assurances sociales des salariés et des indépendants. Analyse au départ de la recommandation de l'Union européenne relative à l'accès des travailleurs à la protection sociale, *Revue belge de sécurité sociale*, vol. 63, n° 1, 2021, pp. 49-134. Depuis, voir aussi E. De Becker et P. Schoukens, *Atypisch werk, werken in armoede en sociale zekerheid*, *op. cit.*.

majeurs d'insécurité du travail le manque de couverture par la sécurité sociale. L'OIT indique que l'insécurité en matière de couverture sociale découle soit de l'absence de couverture, soit d'une couverture inadéquate⁶⁷. A l'évidence, l'absence de protection sociale, ou en tout cas de protection sociale adéquate, peut avoir pour effet de précariser le travail. Un travail sera plus précaire et insécurisant s'il ne permet pas au travailleur de se construire des droits sociaux. A l'inverse, un travail donnant pleinement accès aux prestations de sécurité sociale stabilise la situation du travailleur, en particulier en cas de cessation de la relation de travail.

Dans le contexte de la multiplication et de l'augmentation des statuts atypiques, doublé de l'enjeu de l'adéquation des systèmes de sécurité sociale à ces nouvelles formes de travail, le Conseil de l'Union européenne a adopté en 2019 une recommandation relative à l'accès des travailleurs salariés et non salariés à la protection sociale⁶⁸. Le Conseil y demande aux États membres de garantir aux travailleurs, qu'ils soient salariés ou indépendants, une couverture sociale qui soit, tout à la fois, formelle, effective, adéquate et transparente. Avec la nuance importante qu'il ne s'agit que d'un instrument de *soft law*, cette recommandation constitue une forme d'équivalent, pour la sécurité sociale, de la directive adoptée la même année en vue de garantir à tous les travailleurs des conditions de travail dites transparentes et prévisibles (*supra*, 3.2.2.). Dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'instruments de nature transversale, dont l'objet est de consacrer un socle de droits de base indépendamment du type de contrat de travail occupé – et même aux travailleurs indépendants, dans le cas de la recommandation sur l'accès à la protection sociale.

En vertu de la recommandation européenne, les travailleurs sont formellement couverts par une branche de la sécurité sociale lorsque celle-ci les comprend dans son champ d'application, c'est-à-dire quand le cercle des bénéficiaires d'une branche de la sécurité sociale inclut le type de travailleur concerné. La couverture sociale n'existe pas seulement formellement mais est aussi effective lorsque, au vu des conditions établies, le travailleur dispose réellement de la possibilité de se constituer des droits dans cette branche de sécurité sociale malgré la situation particulière dans laquelle il se trouve, de telle sorte qu'il bénéficiera, en cas de réalisation du risque, de prestations de sécurité sociale. La couverture sociale est jugée adéquate lorsque, par leur montant, les prestations allouées permettent au travailleur de maintenir un niveau de vie suffisant et de ne pas tomber dans la pauvreté dans le cas où un risque social survient. Enfin, la transparence prônée par la recommandation concerne le fait que les États doivent fournir une information complète et accessible aux travailleurs sur leurs droits en matière de sécurité sociale.

(67) Bureau international du travail, *Non-standard Employment around the World. Understanding Challenges, Shaping Prospects*, *op. cit.*, p. 20.

(68) Recommandation (UE) 2019/C387 du Conseil du 8 novembre 2019 relative à l'accès des travailleurs salariés et non salariés à la protection sociale, *Journal officiel*, n° C 387 du 15 novembre 2019. Pour une présentation détaillée, P. Lelie, La recommandation du Conseil de l'Union européenne relative à l'accès des travailleurs salariés et non salariés à la protection sociale, *Revue belge de sécurité sociale*, vol. 63, n° 1, 2021, pp. 5-48 ; P. Schoukens et C. Bruynseraede, *Access to Social Protection for Self-Employed and Non-Standard Workers. An Analysis Based upon the EU Recommendation on Access to Social Protection*, Leuven, Acco, 2021, 150 pp.

En raison de son caractère récent et de ce qu'il s'agit d'un instrument européen d'application à la Belgique, la recommandation de 2019 nous a paru constituer un cadre méthodologique et théorique approprié pour l'étude de l'accès à la sécurité sociale des travailleurs atypiques. Nous l'avons donc utilisée comme grille d'analyse de la protection des travailleurs précaires par la sécurité sociale. Nous nous sommes concentrés plus précisément sur les couvertures formelle et effective, et cela dans les principales branches de la sécurité sociale belge⁶⁹.

Pour la clarté, nous avons donc entendu par couverture formelle d'une branche de la sécurité sociale le fait qu'un travailleur est admis à y participer, autrement dit qu'il entre dans son champ d'application personnel. A titre d'exemple, les indépendants n'entrent pas dans la couverture formelle de l'assurance chômage, dans la mesure où ils ne sont pas éligibles à cette branche. A l'inverse, les travailleurs intérimaires, en ce qu'ils sont assujettis au régime de sécurité sociale des salariés, sont formellement couverts par la branche chômage.

Pour sa part, la couverture effective renvoie à la possibilité pour les travailleurs qui entrent dans le champ d'application d'une branche d'accumuler concrètement des droits, de telle sorte qu'ils puissent bénéficier de la prestation prévue en cas de réalisation du risque social assuré. A titre d'exemple, si les travailleurs intérimaires bénéficient formellement de la couverture contre le risque de chômage, dans les faits ils n'en demeurent pas moins souvent privés du bénéfice effectif des allocations, parce que les périodes de « stage » à accomplir, c'est-à-dire de passé de carrière, peuvent être difficiles à réaliser pour une forme de travail par intermittence, marqué par du *on* et *off*, comme l'est le travail intérimaire. Dans l'étude du caractère effectif ou non de la couverture, nous nous sommes concentrés sur trois enjeux clés : la prise en compte des particularités du travail par intermittence, du travail à temps partiel et des carrières mixtes – soit le fait pour un travailleur de passer d'un statut à l'autre (salarié, indépendant, bénéficiaire d'une prestation de sécurité sociale).

Nous avons étudié le degré de couverture formelle et de couverture effective de quatre branches clés de la sécurité sociale : les allocations familiales, les soins de santé, l'assurance chômage et l'assurance indemnités. D'abord, il était logique de ne pas retenir les prestations d'aide sociale, en ce que celles-ci s'adressent à « toute personne » – sous réserve des critères de nationalité –, sans considération pour le statut de travailleur. Les prestations d'aide sociale sont d'ailleurs expressément exclues de son champ d'application par la recommandation européenne de 2019⁷⁰. Parmi les branches de sécurité sociale à caractère assurantiel, nous avons à nouveau décidé de laisser de côté les risques professionnels, soit les accidents du travail et les maladies

(69) Nous n'avons pas abordé l'adéquation de la couverture sociale aux besoins, ni l'objectif de transparence. L'adéquation de la couverture sociale aux besoins dépend du montant offert par la protection et doit être jugée au regard du double objectif de permettre à chacun de conserver son train de vie et de mener une vie conforme à la dignité humaine. Ces éléments étaient plus difficiles à appréhender dans le cadre d'une recherche juridique. Quant à la question de la transparence de la sécurité sociale, elle a trait à la problématique de l'accès à des informations claires et de qualité, laquelle est assurément importante mais comparativement moins centrale pour notre propos.

(70) Recommandation (UE) 2019/C387 du Conseil du 8 novembre 2019 relative à l'accès des travailleurs salariés et non salariés à la protection sociale, art. 4.

professionnelles, car ces derniers apparaissent comparativement moins essentiels pour appréhender juridiquement l'exposition à la précarité des travailleurs. Enfin, nous avons également délaissé les pensions de retraite, pour la raison différente que leur analyse demanderait à elle seule une étude distincte, tant les réglementations applicables sont complexes et denses, de même que l'assurance maternité.

Si le choix des branches famille, soins de santé, chômage et incapacité de travail résulte en partie de l'élimination de certains pans de la sécurité sociale, il a aussi et surtout été posé dans l'objectif de retenir deux branches (quasiment) universelles, soit les allocations familiales et les soins de santé, et deux branches dans lesquelles le rattachement à la qualité de travailleur demeure par contre encore très important, en l'occurrence les allocations de chômage et les indemnités d'incapacité de travail. On aura relevé que cette bipartition recoupe la distinction, centrale en sécurité sociale, entre les revenus de complément et les revenus de remplacement. Dans le cas des seconds, le statut socioprofessionnel continue d'avoir un impact majeur quant à l'étendue de la couverture sociale accessible.

3.4.2. Constats : une couverture très variable contre les risques sociaux

Les quatre branches de la sécurité sociale que nous avons analysées présentent des caractéristiques assez différentes et ont évolué séparément.

On peut tout de même relever que l'ensemble des branches que nous avons examinées ont été adaptées, dans une certaine mesure, pour favoriser la couverture de personnes qui sont occupées aux marges de l'emploi traditionnel. Mais les aménagements mis en place et le degré d'« inclusivité » à l'égard des travailleurs atypiques qu'ils permettent d'atteindre varient très fortement d'une branche à l'autre. A l'évidence, l'écart est important entre les revenus de remplacement et les revenus de complément : plus on se déplace, sur l'axe qui va des prestations sélectives (revenus de remplacement) vers les droits universels (revenus de complément), plus les difficultés s'estompent, et inversement. Ainsi, la couverture offerte par les branches qui assurent un revenu de complément (famille et soins de santé) a été quasiment déconnectée de la situation socioprofessionnelle des bénéficiaires. Le fait d'être occupé dans le cadre d'une forme de travail atypique n'impacte donc pas la couverture que procurent ces branches. Par contre, les branches qui assurent un revenu de remplacement sont encore articulées autour du contrat de travail standard – ou du statut d'indépendant. Et cet adossement affaiblit considérablement la couverture des travailleurs atypiques.

TABLEAU 4 : LA PROTECTION CONTRE LES RISQUES SOCIAUX DES TRAVAILLEURS ATYPIQUES⁷¹

| Statut | Allocations familiales | Soins de santé | Perte de l'activité professionnelle | | Maladie | Couverture effective |
|---------------------------------|------------------------|---|---|---|-------------|--|
| | | | Couverture formelle | Couverture effective | | |
| CDD | Couvert | Couvert | Couvert | Couvert mais pas d'aménagement des règles de couverture effective pour l'intermittence | Couvert | Couvert mais aménagement des règles pour l'intermittence pas applicable |
| Temps partiel | Couvert | Couvert (si très faible volume horaire de travail, possibilité de cotiser volontairement) | Couvert | Couvert avec des règles particulières pour s'adapter à la réalité du travail à temps partiel (sauf très faible volume horaire) | Couvert | Couvert avec des règles particulières pour s'adapter à la réalité du travail à temps partiel (sauf très faible volume horaire) |
| Indépendant | Couvert | Couvert | Protégé via droit passerelle sauf prestataires de service et indépendant à titre complémentaire | Couvert mais protection limitée car stage d'attente, risque très spécifique, limitation dans le temps et pas possible de faire valoir les prestations comme salarié | Couvert | Couvert (mais période de carence et en cas de carrière mixte, passage plus simple de salarié à indépendant que l'inverse) |
| Étudiant | Couvert | Couvert (mais pas via le contrat d'étudiant) | Pas couvert | Pas couvert | Pas couvert | Pas couvert |
| Stage libre | Couvert | Couvert (mais pas via le stage) | Pas couvert | Pas couvert | Pas couvert | Pas couvert |
| IBO et FPIE, Stage first | Couvert | Couvert (mais pas via le stage) | Pas couvert | Pas couvert | Pas couvert | Pas couvert |
| Article 60 | Couvert | Couvert | Couvert | Couvert | Couvert | Couvert |

(71) Les colonnes relatives aux allocations familiales et aux soins de santé ne reprennent pas la distinction entre couverture formelle et couverture effective, dans la mesure où, dans ces branches, l'une et l'autre se recourent désormais totalement (allocations familiales) ou presque (soins de santé).

| Statut | Allocations familiales | Soins de santé | Perte de l'activité professionnelle | | Maladie | |
|--------------------------------|------------------------|---------------------------------------|-------------------------------------|--|---------------------|--|
| | | | Couverture formelle | Couverture effective | Couverture formelle | Couverture effective |
| Contrat de remplacement | Couvert | Couvert | Couvert | Couvert mais pas d'aménagement des règles de couverture effective pour l'intermittence | Couvert | Couvert mais aménagement des règles pour l'intermittence pas applicable |
| ALE | Couvert | Couvert (mais pas via le contrat ALE) | Pas couvert | Pas couvert | Pas couvert | Pas couvert |
| Intérim | Couvert | Couvert | Couvert | Couvert mais pas d'aménagement des règles de couverture effective pour l'intermittence | Couvert | Couvert avec aménagement des règles de couverture effective mais pas toujours efficaces pour l'intermittence |
| Titres-services | Couvert | Couvert | Couvert | Couvert avec des règles particulières pour s'adapter à la réalité du travail à temps partiel | Couvert | Couvert avec des règles particulières pour s'adapter à la réalité du travail à temps partiel |
| Volontariat | Couvert | Couvert (mais pas via le volontariat) | Pas couvert | Pas couvert | Pas couvert | Pas couvert |
| Extra | Couvert | Couvert | Couvert | Couvert mais pas d'aménagement des règles de couverture effective pour l'intermittence | Couvert | Couvert mais aménagement des règles pour l'intermittence pas applicable |
| Flexi-job | Couvert | Couvert | Couvert | Couvert mais pas d'aménagement des règles de couverture effective pour l'intermittence | Couvert | Couvert mais aménagement des règles pour l'intermittence pas applicable |

En matière d'allocations familiales, la couverture a été totalement déconnectée du statut professionnel des parents à l'occasion de la remise à plat de la législation par les entités fédérées désormais compétentes, dans la foulée de la sixième réforme de l'État, et recentrée sur l'enfant. Les couvertures formelle comme effective du dispositif se confondent désormais avec le « risque » couvert – pour autant que l'expression ait jamais été adaptée –, c'est-à-dire la charge de famille : le déclencheur du droit est la présence de l'enfant. Dès lors, le fait d'être occupé dans le cadre d'une forme d'emploi atypique n'a aucun impact sur la couverture sociale que procurent les allocations familiales.

L'assurance soins de santé connaît une évolution semblable, mais une évolution qui n'a pas encore été menée jusqu'à son terme. Sur le plan de la couverture formelle, la législation exige toujours que les intéressés entrent dans une des nombreuses « cases » socio-professionnelles qu'elle énumère. Toutefois, ces cases ont été multipliées et élargies, au point de couvrir, dans les faits, la quasi-totalité de la population. Depuis la fin des années 1990, la couverture est ainsi devenue quasiment universelle. Dès lors, l'assurance soins de santé s'applique presque toujours en pratique, quel que soit le statut socio-professionnel des intéressés. L'immense majorité des travailleurs occupés dans des formes d'emploi atypiques sont bien couverts. Quand ils ne le sont pas – comme dans le cas des travailleurs à temps partiel dont le volume horaire est très faible, des volontaires ou des stagiaires –, ils peuvent l'être par le biais de leur simple inscription au Registre national des personnes physiques, en payant toutefois une cotisation à l'assurance soins de santé. Mais persistent encore quelques obstacles qui empêchent que tous les bénéficiaires de l'assurance soins de santé perçoivent effectivement les remboursements de leurs dépenses médicales. Il s'agit principalement de l'exigence d'affiliation à une mutuelle, qui requiert une démarche positive, dont l'absence n'est pas rattrapée par un mécanisme d'affiliation par défaut.

On ne peut pas du tout dire la même chose de la couverture chômage, ni de l'assurance indemnités. Chacun de ces deux ensembles demeure encore articulé autour de la figure du travailleur salarié à temps plein engagé à durée indéterminée, dans le régime général, ou du travailleur indépendant, dans le statut social des indépendants.

Ainsi, tant dans l'assurance chômage que dans l'assurance indemnités, les personnes qui travaillent mais ne sont pas occupées en tant que travailleurs salariés (les volontaires et les stagiaires) ne peuvent pas se constituer de droits. Il en va de même de certaines catégories de travailleurs atypiques, qui disposent bien, quant à eux, d'un contrat de travail, mais qui ne sont néanmoins pas assujettis à la sécurité sociale (les étudiants jobistes et les travailleurs ALE). Ce sont là des catégories limitées, sans doute, mais pour lesquelles, à l'exception sans doute des volontaires, l'absence de toute éligibilité formelle à un revenu de remplacement pose néanmoins question.

Par ailleurs, même si la plupart des travailleurs atypiques sont formellement couverts par l'assurance chômage et l'assurance indemnités (en ce compris les intérimaires, les flexi-jobbers, les travailleurs article 60 et les travailleuses titres-services), les conditions pour être effectivement couverts – et donc réellement assurés en cas de perte d'emploi ou d'incapacité – sont plus difficiles à remplir pour eux que pour les travailleurs sous contrat de travail standard. À cet égard, c'est principalement la condition d'avoir

complété un stage qui pose en pratique problème. Les dispositifs qui conditionnent l'accès aux assurances chômage et indemnités ont bien été amendés pour tenir compte de la situation des travailleurs atypiques, mais les aménagements en question semblent avoir été réalisés de façon sporadique, sans véritable « plan de vol » global. Dès lors, les solutions adoptées diffèrent d'une assurance à l'autre et ne sont par ailleurs pas toujours cohérentes au sein de la même branche. Pour le montrer, nous zoomons tour à tour sur les cas de l'intermittence, du temps partiel et des carrières mixtes.

Les travailleurs intermittents, d'abord, ne bénéficient d'aucun aménagement pour accéder à l'assurance chômage, alors qu'ils bénéficient par contre d'un régime favorable pour accéder à l'assurance indemnités. Dans celle-ci, la condition de stage et de maintien des droits est comptabilisée en heures de travail et non en jours, ce qui est beaucoup plus adapté à leur situation. Encore ce régime favorable ne s'applique-t-il en réalité qu'à certains travailleurs intermittents que la loi précise (les travailleurs temporaires, intérimaires, à domicile et saisonniers), et pas à tous les autres travailleurs connaissant pourtant une intermittence dans leurs prestations de travail (flexi-jobs, CDD courts, etc.). La *ratio* de ces différences de traitement est mystérieuse.

Il existe un régime favorable au travail à temps partiel, ensuite, qui est identique à celui dont bénéficient certains travailleurs intermittents, mais qui est ici d'application dans chacune des deux branches. Normalement exprimée en jours, la condition de stage est traduite en heures, une métrique bien plus adaptée aux travailleurs atypiques. Ces derniers n'en demeurent pas moins susceptibles d'être pénalisés en assurance chômage s'ils sont engagés dans un « mini » contrat à temps partiel, soit un contrat qui n'atteint pas le tiers-temps. Pour être admissible au bénéfice des allocations de chômage, le travailleur doit en effet avoir été occupé dans un régime de travail dont le volume atteint normalement un tiers temps. Pour sa part, l'assurance indemnités n'exclut pas les travailleurs ayant presté en moyenne moins d'un tiers temps. Par ailleurs, elle connaît des aménagements permettant à des travailleurs ayant un volume horaire très faible de parvenir à remplir malgré tout les obligations de stage et de maintien de l'assurabilité, grâce à un allongement important des périodes de référence, c'est-à-dire des « plages » à l'intérieur desquelles le passé de travail requis doit avoir été presté. Il n'empêche, l'obligation de réaliser le stage en un temps déterminé désavantage *de facto* les travailleurs avec un très faible volume horaire si ceux-ci n'ont pas travaillé durant une période assez longue.

Toujours dans le même ordre d'idées, et en matière uniquement de chômage cette fois, la conversion du nombre de jours de travail requis en heures de travail ne s'applique pas pour permettre aux travailleurs à temps partiel d'enrayer plus rapidement la dégressivité de leurs allocations. La durée de la période de reprise du travail qui entre en ligne de compte pour suspendre la dégressivité (3 mois) ou la réinitialiser (12 mois) est en effet la même que pour les travailleurs à temps plein. Les travailleurs à temps partiel ne bénéficient donc pas du même « coup de pouce » qu'au stade de l'établissement de l'admissibilité pour ralentir ou renverser la dégressivité, alors qu'ils en bénéficient pour être initialement admis à l'indemnisation.

Au sujet des transitions entre le statut de salarié et celui d'indépendant, enfin, l'on constate que ces transitions sont facilitées, principalement pour le passage du statut

de salarié à celui d'indépendant, et ce tant en assurance chômage qu'en assurance indemnités. En cas de passage d'une activité indépendante vers une activité salariée, la période du stage dans l'assurance indemnités peut être divisée par deux, alors que le travailleur salarié qui passe à une activité indépendante peut quant à lui se voir totalement dispensé de stage. Il semble que le législateur souhaite ainsi encourager les travailleurs salariés à se lancer en tant qu'indépendants. Mais pourquoi pas, ou moins, l'inverse ?

À chaque fois, ces différences d'une branche à l'autre et celles qui existent au sein d'une même branche n'ont guère été justifiées par le législateur, de sorte qu'il est bien difficile de leur trouver une justification. Il n'est du reste pas assuré que le législateur soit parfaitement conscient de toutes ces disparités. Si des adaptations ont été prévues pour les travailleurs atypiques, elles ne s'inscrivent donc pas dans une logique cohérente. L'accès des travailleurs atypiques aux principaux revenus de remplacement est réglementé par un *patchwork* de mesures qui, outre sa complexité, présente ainsi encore de nombreuses failles. De ce fait, un travail atypique engendre généralement un risque d'accès plus difficile à la couverture sociale, accroissant ainsi encore l'exposition à la précarité qui, en règle générale, va déjà de pair avec ce type de travail (*supra*, 3.1. à 3.3.).

Par ailleurs, des dispositifs propres ont été prévus pour les indépendants en cas de perte d'activité ou d'incapacité : le droit passerelle et l'assurance indemnités propre aux indépendants, respectivement. Dans les deux cas, le risque couvert est défini de manière plus restrictive que pour les salariés. De plus, les conditions à remplir pour être effectivement couvert par ces assurances sont souvent plus sévères que pour les salariés. Ainsi, le droit passerelle est limité dans le temps, à 12 mois, susceptibles d'être renouvelés en cas de long passé contributif. Dans le même ordre d'idées, la période de carence applicable dans l'assurance indemnités des indépendants continue d'exclure de son champ d'intervention les « petites » incapacités de travail – celles de moins de sept jours.

On constate donc que lorsqu'il s'agit de couvrir les indépendants, en ce compris ceux en situation de dépendance économique, par des mécanismes de sécurité sociale, le législateur semble toujours « retenir ses coups ». Les indépendants bénéficient de dispositifs qui demeurent moins protecteurs et généralement plus difficiles d'accès que ceux qui s'appliquent aux salariés. Les concernant, la tendance de fond observable est toutefois à l'élargissement continu des protections (*supra*, 2.2.2.), de sorte que les écarts continueront peut-être à se résorber en leur faveur.

4. CONCLUSION : LE DROIT SOCIAL PROTÈGE-T-IL ENCORE CONTRE LA PRÉCARITÉ AU TRAVAIL ?

Dans les lignes finales qui suivent, nous cherchons à répondre à la question centrale qui a animé toute la recherche ici synthétisée, à savoir : comment caractériser l'évolution des protections que procure le droit social contre la précarité au travail ?

Si l'on consulte l'abondante littérature qui a été consacrée à l'évolution du droit social dans les dernières décennies, l'on est parfois gagné par le sentiment que ce droit serait à l'agonie, ou presque. Depuis le début des années 1980, de nombreux observateurs, en

Belgique comme à l'étranger, ont en effet diagnostiqué, et généralement dénoncé, une forme d'« effondrement » du droit social⁷². L'analyse critique défendue par ce courant est que, depuis la fin des Trente Glorieuses, les protections assurées par le droit social auraient été systématiquement érodées. Ce délitement du droit social aurait eu à la fois pour objectif et pour effet de remarchandiser le travail, c'est-à-dire de le livrer à nouveau aux forces du marché, forces que le droit social avait jusque-là mises hors-jeu, ou du moins tempérées. En d'autres termes, l'effritement du droit social laisserait les travailleurs sans défense face à la puissance économique des employeurs et exposerait une part croissante d'entre eux à la précarité.

En guise de conclusion, nous nous positionnons par rapport à cette lecture très sombre, et assez commune, de l'évolution générale du droit social. Nous nous basons sur les résultats auxquels nous sommes pour notre part parvenus dans notre recherche au sujet du cas belge, au départ de l'analyse de quatre ensembles de protections juridiques majeures : la protection contre l'instabilité de l'emploi, la protection contre l'imprévisibilité des prestations de travail, la protection contre l'atomisation des travailleurs et la protection contre les grands risques sociaux. Nous avons mis la focale sur le sort des différentes catégories de travailleurs atypiques, ou « non standard », en tant qu'ils sont les plus susceptibles d'être exposés à la précarité au travail. S'il est difficile de s'exprimer en termes généralisants au sujet d'une problématique aussi vaste et complexe, il nous semble, pour faire bref, que l'interprétation évoquée n'est pas assez fine. Elle dit une partie de l'histoire, mais une partie seulement, qui ne permet pas de saisir les problèmes spécifiques auxquels les travailleurs atypiques sont souvent exposés. Notre prise de position est déployée en trois moments successifs.

Le premier est consacré à l'évolution du droit social dans son ensemble. Il faut bien constater qu'au cours des dernières décennies, de nombreuses réformes ont effectivement plutôt eu pour effet d'affaiblir les protections garanties par le droit social. Cet affaiblissement résulte d'un relâchement de certaines règles clés de droit social général. Toutefois, et c'est crucial, l'essence de ces règles n'a pas été remise en cause à ce jour, de sorte qu'on ne peut pas diagnostiquer non plus de disparition des verrous protecteurs, tant s'en faut. Par ailleurs, et c'est tout aussi crucial, certaines évolutions constituent des améliorations, parfois très nettes, de la couverture par le

(72) Au sujet du droit du travail, voir, parmi beaucoup d'autres, M. Rigaux, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale ? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis en cause*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 146-150 et p. 198 ; A. Lantinne, *Labour law or social competition law : some concluding critical remarks*, in M. Rigaux, J. Buelens et A. Lantinne (dir.), *From Labour Law to Social Competition Law ?*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 175-187 ; F. Lambinet et S. Gilson, *Découvrir le droit du travail 2021-2022*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 64-73 (les auteurs, sans faire état d'une dislocation du droit du travail, expliquent que « chacun s'accorde pour voir dans la période 1945-1975 un âge d'or des relations de travail qui a ensuite subi de plein fouet la crise entraînant un ralentissement du caractère protecteur du droit du travail et souvent également son instrumentalisation dans la recherche de solutions de compromis qui n'ont pas nécessairement eu la protection des travailleurs comme finalité principale »). Au sujet de la sécurité sociale, voir, à titre simplement illustratif à nouveau, B. Palier, *La dualisation progressive des systèmes de protection sociale bismarckiens*, *Revue belge de sécurité sociale*, vol. 53, n° 3, 2011, pp. 335-343 ; V. De Greef et D. Zamora, *Le système de sécurité sociale belge : de l'universalisation à la dualisation*, in I. Daugareilh et M. Badel (dir.), *La sécurité sociale : universalité et modernité. Approche de droit comparé*, Paris, Pedone, 2019, pp. 209-225 ; C. Leterme, *La sécurité sociale à la croisée des chemins : bilan et perspectives*, *Santé conjuguee*, n° 92, 2020, pp. 25-28.

droit social. La tendance globale est donc plutôt à la fragilisation, certes, mais cette tendance générale demeure encore assez contenue (4.1.).

Le second moment est consacré à l'évolution de la protection des travailleurs occupés dans une forme de travail atypique. L'adoption des régimes spécifiques applicables à ces formes de travail procède souvent de la volonté d'encadrer des relations de travail sur lesquelles le droit social avait, jusqu'alors, peu d'emprise. Ces régimes spécifiques peuvent donc *a priori* présenter une plus-value par rapport au droit social général. Toutefois, les protections normalement garanties par le droit social sont souvent désamorcées par les statuts distincts mis en place. Cette neutralisation procède tantôt de dérogations explicites aux règles du droit social général, tantôt, et même sans doute davantage, de la fréquente inapplicabilité de fait de certaines de ces règles aux travailleurs atypiques. Le développement des formes de travail atypique et leur diversification entraînent donc, pour les travailleurs concernés – et ils sont de plus en plus nombreux –, un recul assez net de la protection assurée par le droit social (4.2.).

Dans le dernier moment, nous tirons les enseignements des deux précédents afin de nous positionner par rapport à la thèse selon laquelle le droit social se serait « effondré » depuis les années 1970. Nous soutenons, au départ des analyses historico-juridiques que nous avons déployées, qu'il existe indéniablement des évolutions et des tendances qui corroborent la thèse d'une réduction globale de la protection assurée par le droit social, mais que ce mouvement ne caractérise qu'une partie de l'évolution du droit social au cours des cinquante dernières années (4.3.).

Nous terminerons en suggérant une orientation normative générale à l'attention des réformistes préoccupés par l'expansion du travail précaire.

4.1. L'ÉVOLUTION DES PROTECTIONS PAR LE DROIT SOCIAL GÉNÉRAL : UN AFFAIBLISSEMENT CONTENU

Notre analyse a relevé plusieurs exemples de réformes qui ont eu pour effet de diminuer le niveau de protection assuré par le droit social général. Ces réformes procèdent souvent de l'idée que la protection par le droit social constituerait une entrave à la croissance économique et au fonctionnement efficace du marché du travail. Trois des quatre grands ensembles de protections analysés – tous, sauf le bénéfice de la négociation collective – ont connu de telles réformes au cours des années qui ont suivi les Trente Glorieuses, essentiellement à partir du début des années 1980. Toutefois, nous avons constaté que les reculs observés ont rarement porté atteinte au cœur de la protection en question. Par ailleurs, pour chacune de ces protections, nous avons relevé aussi d'autres évolutions, qui conduisent à nuancer fortement les reculs constatés.

En ce qui concerne la protection contre l'instabilité des relations de travail, nous avons vu que celle-ci a été réduite par l'instauration de nouvelles possibilités, fort larges, de conclure des CDD successifs, ainsi que par l'introduction de délais de préavis particulièrement courts au début de la relation de travail, qui équivalent à la création d'une forme de clause d'essai implicite. L'objectif de ces mesures était de stimuler l'embauche, en facilitant la rupture au début de la relation de travail. Toutefois, ces reculs ne résument pas à eux seuls l'évolution de la protection contre l'instabilité de

la relation de travail. Cette évolution a en effet été davantage encore marquée par la volonté de supprimer les discriminations entre les ouvriers et les employés. Et nous avons vu qu'au cours de ce processus d'harmonisation, tant les ouvriers que les employés ont perdu certaines protections dont ils bénéficiaient auparavant, mais aussi qu'ils en ont « gagné » d'autres. Ainsi, les délais de préavis des ouvriers ont été substantiellement allongés, tandis que les employés sont désormais protégés contre le licenciement manifestement déraisonnable, ce qui n'était pas le cas auparavant. Au terme de ces évolutions, les mécanismes de base de la protection assurée par le droit social contre l'instabilité de la relation de travail restent globalement acquis pour les travailleurs ordinaires, ouvriers et employés confondus.

Au sujet de la protection contre l'imprévisibilité des relations de travail, nous avons vu que les limites normales du temps de travail ont été assorties de nombreuses exceptions qui visent à flexibiliser le temps de travail, c'est-à-dire à lui permettre de fluctuer davantage pour répondre aux exigences du marché. Ces exceptions permettent tant de dépasser la durée maximale du travail que de faire varier l'horaire du travailleur en fonction des besoins de l'entreprise. Toutefois, nous avons également vu que ces mécanismes, à l'exception notable des heures supplémentaires volontaires, sont encadrés de manière à ce que, même lorsqu'ils sont appliqués, un degré minimal de prévisibilité des prestations de travail et de la rémunération demeure assuré. Par ailleurs, on ne peut discuter de la flexibilisation du temps de travail sans épingler le fait que, en parallèle, la durée du travail a été progressivement mais très significativement réduite avec le temps. Elle est ainsi passée de 48 heures réparties sur six jours de travail encore au début des années 1950 à 40 heures réparties sur 5 jours en 1978, avant d'arriver, au début des années 2000, à 38 heures par semaine, soit la durée hebdomadaire normale toujours d'actualité aujourd'hui – sous réserve, à nouveau, de l'importante brèche des heures supplémentaires volontaires. Ici aussi, il apparaît donc que la protection contre l'imprévisibilité des prestations de travail demeure encore relativement bien assurée pour le noyau dur des travailleurs salariés, même si elle tend à l'être moins.

Quant à la protection fournie par le droit de la sécurité sociale, elle a également été affaiblie sous certains aspects. Certaines branches assurantielles de la sécurité sociale ont fait l'objet de coupes qui ont réduit la protection garantie. Ces évolutions, concentrées sur les revenus de remplacement qui s'adressent à la population active, procèdent souvent de l'idée que des prestations trop généreuses décourageraient leurs bénéficiaires de s'insérer (ou se réinsérer) sur le marché du travail. C'est cette idée qui a présidé à l'introduction de la dégressivité accrue des allocations de chômage, ainsi qu'au renforcement des conditions à remplir pour bénéficier des allocations d'insertion destinées aux jeunes qui sortent des études. Contrairement à ce que nous avons constaté et venons de rappeler pour les deux autres protections, certains de ces reculs ne sont pas loin de vider les dispositifs impactés de leur substance. On pense ici tout particulièrement aux renforcements successifs des conditions à remplir pour accéder aux allocations d'insertion à partir de 2012 : ces restrictions ont entraîné une diminution drastique du nombre de bénéficiaires de la prestation, nombre qui a été divisé par trois en l'espace d'une petite dizaine d'années. Mais si la protection assurée par la sécurité sociale a fait l'objet de reculs dans certaines branches, essentiellement le chômage, nous avons aussi identifié des avancées très franches dans le même temps. La sécurité sociale des travailleurs indépendants a ainsi été considérablement renforcée

depuis le changement de siècle. Les indépendants peuvent désormais bénéficier d'une forme d'assurance chômage en cas d'interruption de leur activité professionnelle, le droit passerelle, tandis que leurs droits en matière d'accès aux soins de santé et de pensions, entre autres, ont été très substantiellement étendus. Dans le même ordre d'idée, les différentes prestations sociales de nature assistancielle ont toutes été ouvertes à un public de ressortissants étrangers plus large qu'auparavant dans le courant des années 2000, alors que leur montant était augmenté – comme il va encore continuer à l'être dans un avenir proche. Enfin, la couverture en matière d'allocations familiales a nettement progressé dans le sens de l'universalisation. Au total, il ne paraît pas possible de considérer que la sécurité sociale des travailleurs évolue dans une seule direction : des régressions côtoient des avancées significatives.

Enfin, la protection contre l'atomisation, assurée par l'inclusion des travailleurs dans le périmètre de la négociation collective et de ses produits, n'a, quant à elle, connu aucun changement législatif significatif. En effet, le dispositif qui encadre cette négociation n'a quasiment pas changé depuis son adoption en 1968. Cette stabilité du cadre légal ne signifie pas que la négociation collective soit devenue désuète. Au contraire, nous avons constaté que les interlocuteurs sociaux s'en sont saisis pour créer de nombreuses protections contre les risques de précarité. Même si les conventions collectives servent parfois aussi à accompagner la flexibilité, c'est ici plutôt l'image du *statu quo* qui domine.

Au regard de ce qui précède, nous pouvons conclure que la majorité des protections de droit social général que nous avons analysées dans cette recherche ont bel et bien connu des affaiblissements à divers égards. Mais en ajoutant tout de suite que les évolutions étudiées ne se résument pas à une succession de coups de canif, ni à une dégradation continue des protections en cause. Certaines de ces évolutions vont précisément dans le sens inverse : sous certains aspects, les garanties du droit social ont été renforcées. Par ailleurs, les reculs que nous avons identifiés laissent subsister, dans leur grande majorité, l'essentiel de la protection concernée. La fonction protectrice des dispositifs de droit social paraît donc bien toujours d'actualité.

4.2. L'ÉVOLUTION DES PROTECTIONS DANS LE CADRE DES FORMES DE TRAVAIL ATYPIQUE : UN AFFAIBLISSEMENT MARQUÉ AUX MARGES DE L'EMPLOI

A présent, nous ramassons nos constats au sujet de l'évolution de la protection assurée par le droit social dans le cadre des formes de travail atypiques. D'un côté, la consécration de ces formes de travail a généralement visé à protéger des catégories de travailleurs que le droit social peinait à couvrir jusque-là (4.2.1.), mais, de l'autre, cette consécration conduit souvent, en dépit de l'objectif initial, à institutionnaliser la précarité (4.2.2.). Ces deux constats apparemment contradictoires nous amènent à souligner le caractère foncièrement ambivalent des règles spécifiques introduites pour réguler les formes de travail atypiques (4.2.3.).

4.2.1. Une volonté de couvrir des formes de travail que le droit social général ne protège pas...

Le fait d'introduire des régimes spécifiques applicables aux travailleurs atypiques est généralement dépeint comme l'institutionnalisation de la précarité⁷³. Cette lecture a des arguments pour elle, mais avant d'y venir, il importe de souligner qu'il ne s'agit que de la moitié de l'histoire. L'introduction de statuts de travail atypiques dans le droit social a en effet fréquemment répondu à la volonté d'encadrer des relations de travail qui, pour des raisons variables, échappaient à l'emprise – et donc aux protections – du droit social jusqu'alors.

L'exemple le plus révélateur de cette dynamique est probablement le système des titres-services. Ce système a été mis en place pour appréhender un segment du marché du travail largement dominé par le travail au noir et occupé par des travailleurs, et surtout des travailleuses, dès lors particulièrement vulnérables. Il a permis de donner à ces travailleuses une porte d'entrée dans le droit social, à travers un contrat de travail ayant une existence légale et donnant accès à une « bonne » protection sociale, celle des salariés. Ce nouveau statut a également permis aux travailleuses concernées d'être effectivement représentées dans le cadre de mécanismes de négociation collective, à travers une sous-commission paritaire spécifique – toutefois, et c'est un bémol important, peu dynamique. Jusqu'à l'adoption du système des titres-services, le droit social n'avait pas permis aux travailleuses en question de bénéficier de telles protections. Si ce régime spécifique n'avait pas été adopté, la protection de ces travailleuses se situerait bien en-deçà de celle dont elles bénéficient aujourd'hui, même s'il reste évidemment du chemin à parcourir pour que cette protection soit parfaitement satisfaisante.

Au siècle précédent, l'introduction du régime du travail intérimaire a répondu, en partie au moins, à la même logique de régulation et d'encadrement de situations qui échappaient auparavant largement au droit social « standard ». Ce régime a été élaboré pour mettre fin au flou juridique dans lequel le travail intérimaire prospérait. Au moment de son adoption, même la simple question de savoir si les intérimaires pouvaient ou non être qualifiés de travailleurs salariés n'était pas tranchée. La mise en place d'un statut propre aux intérimaires a permis de résoudre cette question et de leur appliquer certaines des protections prévues par le droit social, tout en instituant des mécanismes particuliers adaptés au caractère triangulaire de leur relation de travail. Certes, le travail intérimaire permet aux entreprises de disposer d'une main-d'œuvre particulièrement flexible et moins bien protégée que leurs travailleurs « stables ». Toutefois, notre point à ce stade est que, même faible et critiquable, ce niveau de protection aurait difficilement pu être garanti sans l'adoption d'un statut *ad hoc*.

Sans multiplier ici les exemples à l'envi, il nous semble qu'une large part des régimes de travail atypiques étudiés ont permis, toutes choses égales par ailleurs, d'améliorer la protection des travailleurs concernés, auxquels le droit social général avait, bien souvent, fort peu à offrir. Ces statuts représentent une plus-value pour la protection contre la précarité des intéressés. Certes – nous allons y venir – cette plus-value est insuffisante, mais elle n'est pas négligeable pour autant.

(73) R. Castel, Au-delà du salariat ou en deçà de l'emploi ? L'institutionnalisation du précaire, in S. Paugam (dir.), *Repenser la solidarité*, Paris, Presses universitaires de France, 2007, pp. 415-433.

En revanche, et c'est important, toute cette analyse est beaucoup moins vraie au sujet des développements intervenus dans les années 2010. Pendant cette période, le législateur a introduit des formes de travail atypiques qui ne tendent aucunement à faire bénéficier de protections des travailleurs qui sont actifs dans les marges du marché de l'emploi, mais bien plutôt à mettre le droit social largement hors-jeu dans des situations où il était applicable. Ainsi, le régime des flexi-jobs écarte des mécanismes protecteurs fondamentaux du droit du travail général alors que celui-ci pouvait protéger efficacement les travailleurs concernés. L'on pense également au régime spécifique – mais entretemps annulé par la Cour constitutionnelle – pour le travail associatif, les services occasionnels entre citoyens et l'économie collaborative. Dans ce régime, la quasi-totalité du droit social était rendue inapplicable.

Ces interventions législatives donnent à penser que la volonté de couvrir des formes de travail que le droit social général ne protège pas, a faibli au cours de la dernière décennie, au profit d'un agenda de dérégulation plus assumé.

4.2.2. ... mais par le biais de mécanismes souvent déficients

Quelles que soient les intentions du législateur, il faut constater que l'essor des régimes dérogatoires érode l'application effective des protections du droit social pour un nombre croissant de travailleurs. En effet, nous avons constaté que les quatre ensembles de protections contre les risques de précarité étudiés ne protègent pas, ou insuffisamment, une part substantielle des formes de travail atypiques. Par ricochet, les travailleurs concernés, qui sont de plus en plus nombreux, doivent se contenter d'une protection déficiente par le droit social. Ce déficit de protection découle de deux facteurs.

Le premier facteur est l'exclusion juridique des formes atypiques de travail du bénéfice de certains mécanismes protecteurs. Ces exclusions de droit se présentent de deux façons. Tantôt l'exclusion des travailleurs atypiques résulte du fait que ces derniers n'entrent pas dans le champ d'application de certains mécanismes. Ainsi, les stagiaires ne sont pas considérés comme des travailleurs salariés, de sorte qu'ils ne sont pas couverts par le régime de sécurité sociale général ; les indépendants en situation de dépendance économique ne peuvent pas invoquer les droits établis dans les conventions collectives de travail, faute pour eux d'être des « travailleurs » au sens de la législation en la matière ; les règles relatives au temps de travail et à la prévisibilité des conditions de travail ne s'appliquent pas à eux non plus, etc. Tantôt les exclusions prennent la forme d'une dérogation expresse à une règle générale normalement applicable. Par exemple, les travailleurs engagés dans un CDD sont explicitement exclus du champ des destinataires de la convention collective de travail n° 109 relative à la motivation du licenciement, alors qu'ils sont pourtant des salariés à part entière. En l'absence de cette dérogation, les exigences de motivation du licenciement leur auraient été pleinement applicables. De même, une série de règles de portée générale en matière de prévisibilité du temps de travail ont été désamorçées pour les travailleurs sous contrat flexi-job. Etc.

Les exclusions juridiques sont plus aisées à repérer. Elles procèdent de choix clairs du législateur – choix dont l'opportunité peut bien sûr être débattue.

Le second facteur de manque de protection, plus compliqué à débusquer, est l'exclusion de fait des travailleurs atypiques de protections qui leur sont théoriquement applicables. Ces situations résultent de ce que le droit social et ses principales composantes ont été conçus pour s'appliquer à la relation de travail standard qu'est le contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein. Par conséquent, la mécanique de ce droit est parfois prise en défaut lorsqu'elle doit s'appliquer à d'autres relations de travail. Ce phénomène se manifeste à nouveau de deux façons. Dans certains cas, les conditions qui subordonnent le bénéfice des protections s'avèrent en pratique particulièrement difficiles à remplir pour les travailleurs atypiques. Ainsi, les stages à accomplir pour devenir éligibles aux allocations de chômage ou d'incapacité de travail ne sont pas adaptés aux travailleurs intermittents ou sous contrat de travail de courte durée. Souvent, ces travailleurs ne peuvent pas faire valoir des périodes de travail comprenant suffisamment de jours de travail pour accéder aux prestations. Dans d'autres cas, les protections offertes par le droit social se révèlent sans pertinence au regard de la situation concrète des travailleurs atypiques. Ainsi, la suspension du contrat de travail en cas de chômage temporaire n'est d'aucune utilité pour beaucoup de travailleurs intermittents, parce que leur contrat ne sera simplement pas renouvelé en cas de difficultés économiques dans le chef de l'utilisateur. De même, les processus de négociation collective, en ce qu'ils sont généralement centrés sur les aspects rémunérateurs de la relation de travail, sont sans impact pour les stagiaires, puisque leur occupation poursuit un objectif principalement pédagogique et non pécuniaire. Un autre exemple concerne les règles relatives à la publicité préalable des horaires, qui sont sans effet pour les travailleurs sous contrat d'extra ou flexi-job, puisqu'en pratique ces contrats courts, parfois même simplement journaliers, peuvent se succéder avec des horaires différents, notifiés en dernière minute.

Souvent, ces exclusions de fait ne sont pas la conséquence d'un choix lucide du législateur, dans le sens où elles ne procèdent pas nécessairement d'une volonté assumée de mettre hors-jeu telle ou telle protection. Elles résultent plutôt de ce que le législateur veille assez peu, de façon générale, à adapter les dispositifs centraux du droit social à la situation particulière des travailleurs atypiques. Faute de recalibrage systématique, les dispositifs juridiques sont nombreux à demeurer inactivés ou sans effet.

Que ce soit en raison des exclusions de droit ou des exclusions de fait du bénéfice de nombre de protections, l'essor des formes atypiques de travail expose un nombre grandissant de travailleurs à une couverture déficiente par le droit social. Lorsque le législateur adopte des régimes spécifiques qui procurent une protection se situant, juridiquement ou en pratique, en deçà de celle du droit commun, il institutionnalise *de facto* le travail précaire.

4.2.3. Le caractère ambivalent des statuts de travail atypiques

Au regard de ce qui précède, il faut à notre avis conclure que les régimes juridiques spécifiques qui sont applicables aux travailleurs atypiques sont très ambivalents : d'un côté, ils cherchent souvent à apporter une protection, ou un embryon de protection, que les règles générales du droit social étaient impuissantes à assurer avant eux ; mais d'un autre côté, ils créent et pérennisent, par leurs limitations propres autant que

par l'inadaptation de dispositifs connexes, des formes de travail précaire qui sont problématiques.

Le premier volet de cette prise de position doit être bien compris. Nous ne considérons pas que les travailleurs atypiques sont suffisamment protégés par les statuts particuliers qui régissent leur relation de travail. Toutefois, l'adoption de ces statuts nous semble, dans la majorité des cas, avoir contribué à limiter la sous-protection préexistante plus qu'à la détériorer. À notre estime, les travailleurs concernés seraient souvent dans une situation encore plus défavorable si ces statuts *ad hoc* n'avaient pas été introduits, à tout le moins s'agissant de ceux qui sont antérieurs au tournant des années 2010. Le manque de protection assurée par le droit social aux travailleurs atypiques qui persiste malgré tout résulte le plus souvent du fait que, au moment d'introduire des régimes juridiques spécifiques de travail atypique, le législateur laisse subsister de nombreuses lacunes qui continuent de miner leur couverture par le droit social. C'est la persistance de ces carences qui autorise à diagnostiquer une forme d'institutionnalisation du précaire. Si tel n'était généralement pas l'objectif poursuivi, le résultat est fréquemment celui-là.

4.3. NUANCER LA THÈSE DU GRAND EFFONDREMENT

En ouvrant cette conclusion, nous avons rappelé que de nombreux observateurs déplorent, et de longue date, un affaiblissement du droit social. À les suivre, la protection contre l'insécurité garantie par ce droit aurait été « rabougrie » depuis la fin des Trente Glorieuses, comme effacée par des coups de boutoir répétés qui auraient grandement altéré sa faculté à prévenir la précarisation au travail.

Notre étude a relevé de nombreuses mesures de flexibilisation qui apportent du crédit à cette lecture. La réduction de certaines protections assurées par le droit social est effectivement une tendance à prendre au sérieux. Les détracteurs de ces mesures régressives soulignent à raison les risques qu'elles font peser sur les plus vulnérables.

Cela dit, notre analyse a aussi démontré que l'évolution du droit social, dans les domaines investigués du moins, ne se réduit pas à son effritement progressif. En effet, nous avons vu que les protections assurées par le droit social général n'ont pas été substantiellement rabotées : l'affaiblissement est réel, certes, mais il demeure encore assez relatif à ce jour. De plus, l'adoption de régimes spécifiques pour les travailleurs atypiques offre souvent une plus-value en matière de protection par rapport aux règles du droit social général, en ce qu'ils pallient une forme de vide réglementaire.

L'ensemble de ces éléments permet de mieux cerner le niveau auquel les reculs les plus marqués se situent. Si de tels reculs sont à relever, ils ne résultent pas tant d'un affaiblissement des règles générales du droit social que de leur incapacité, jusqu'ici, à encadrer adéquatement des formes de travail qui ne correspondent pas au contrat de travail standard. L'affaiblissement du droit social prend donc plus la forme d'un débordement que d'une réduction du niveau de protection assuré par ses règles de base. Dans les marges, prolifèrent des statuts particuliers qui, tout en poursuivant en général l'objectif d'apporter une réponse « sur mesure » à des situations problématiques, souffrent d'un certain nombre d'insuffisances. Pareille prolifération conforte l'image de la dualisation du marché du travail, qui est le scénario dominant

dans les pays d'Europe continentale (*supra*, 1.2.). Ce phénomène de débordement pèse clairement sur le niveau global de protection contre la précarité de l'ensemble des travailleurs. Pour autant, considérer que l'évolution du droit social depuis la fin des Trente Glorieuses n'est rien d'autre qu'un effondrement ne rend pas justice à la diversité des mutations que les protections ont connues.

Au vu du caractère particulièrement contrasté de notre bilan, il n'est pas possible d'émettre des hypothèses sérieuses au sujet des liens qui existeraient entre les évolutions du droit social et l'essor fréquemment dénoncé de la précarité de façon générale. En effet, si la protection par le droit social avait été aussi clairement réduite à peau de chagrin qu'on l'affirme parfois, il aurait été raisonnable de supposer que cette « disparition » du droit social pourrait expliquer, pour une large part, la montée de la précarité du travail. Mais cette disparition n'a pas eu lieu, pas à ce jour en tout cas. Des évolutions ont probablement accentué la précarité de certains publics – par exemple, la dégressivité accrue des allocations de chômage –, tandis que d'autres ont sans doute eu pour effet de la réduire – par exemple, l'extension du chômage économique aux employés. Il ne nous est toutefois pas possible de déterminer dans quelle mesure les premières évolutions sont compensées ou non par les secondes.

*

**

La présente étude n'a pas eu pour ambition de s'avancer sur le terrain propositionnel⁷⁴. Elle a cherché à fournir plutôt une forme d'état des lieux, en proposant une mise en carte juridique de l'existant. Qu'il nous soit tout de même permis de la clôturer par une brève considération située dans un registre plus prospectif, adossée aux constats que nous avons pu faire.

A l'entame de ce texte, nous avons rappelé qu'une abondante littérature à l'échelle internationale attire l'attention sur le fait que les dispositifs du droit social classique ne sont pas ajustés à la situation des travailleurs atypiques. Notre étude le confirme à l'envi dans le contexte belge. En guise d'ouverture finale, le point que nous voudrions relever et questionner est que, jusqu'à présent, les constats inscrits dans cette veine ont souvent débouché, au plan normatif, sur des plaidoyers académiques en faveur de la nécessité de complètement « refondre » ou « repenser » le droit social⁷⁵. Souvent, ces plaidoyers demeurent toutefois assez éthérés. Dénonçant avec insistance les limites du *standard employment contract*, ils sont peu préoccupés d'identifier « ce qui coince » exactement dans les dispositifs juridiques en place. Or, après nous être justement attelés

(74) Pour quelques recommandations, voir Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains, Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, Myria et Conseil central de surveillance pénitentiaire, *Rapport parallèle au Comité européen des droits sociaux*, *op. cit.*

(75) Voir par exemple L. Vosko, *Managing the Margins. Gender, Citizenship and the International Regulation of Precarious Employment*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 208 à 227 ; K. Stone et H. Arthurs, *The transformation of employment regimes : a worldwide challenge*, in K. Stone et H. Arthurs (dir.), *Rethinking Workplace Regulation : Beyond the Standard Contract of Employment*, New York, Russell Sage Foundation, 2013, p. 5 ; G. Standing, *The Precariat. The New Dangerous Class*, 2^{ème} éd., Londres, Bloomsbury, 2014, p. 278 et 295.

à faire cela dans le contexte national qui est le nôtre, et à ainsi ouvrir la boîte noire du travail non typique, il nous semble que les défauts de conception relevés, s'ils sont nombreux, n'ont, bien souvent, rien d'intrinsèquement incurable. Partant, l'on peut se demander si, pour endiguer le phénomène du travail précaire, la priorité ne devrait pas être d'œuvrer à une adaptation plus résolue et plus systématique des mécanismes du droit social existant aux particularités des relations atypiques de travail⁷⁶. Peut-être est-ce là une voie réformatrice plus prometteuse que la réitération des appels un peu incantatoires à « refonder » le droit social – ou à instituer un revenu de base universel en guise d'omni-remède⁷⁷. Des propositions concrètes dans cette direction existent⁷⁸.

(76) Exactement dans le même sens, et au départ d'une étude comparative des régulations des formes de travail précaire dans six pays européens (Danemark, France, Allemagne, Slovénie, Espagne, Royaume-Uni), J. Rubery, D. Grimshaw, A. Keizer et M. Johnson, Challenges and contradictions in the 'normalising' of precarious work, *Work, Employment & Society*, vol. 32, n° 3, special issue, Against and Beyond Precarity: the Struggles of Insecure Workers, 2018, pp. 521-524.

(77) Pour un argumentaire en ce sens, centré sur la sécurité sociale, D. Dumont, *Le revenu de base universel, avenir de la sécurité sociale ? Une introduction critique au débat*, préface de O. De Schutter, postface de D. Zamora et P. Defeyt, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2021 et Id., Universal basic income as a source of inspiration for the future of social protection systems ? A counter-agenda, *European Journal of Social Security*, vol. 24, n° 4, 2022, pp. 299-318.

(78) Pour ce qui concerne la configuration des assurances sociales en Belgique, G. Van Limberghen, D. Dumont, F. Louckx, S. Marchal et B. Cantillon, Un regard critique et propositionnel sur les assurances sociales des salariés et des indépendant, *op. cit.*

TABLE DES MATIERES

**LE DROIT SOCIAL FACE AU TRAVAIL PRECAIRE
ENSEIGNEMENTS D'UNE CARTOGRAPHIE JURIDIQUE DU TRAVAIL ATYPIQUE**

| | | |
|--|--|------------|
| 1. INTRODUCTION : LES DIMENSIONS JURIDIQUES DU TRAVAIL PRECAIRE | | 278 |
| 1.1. | Le travail précaire : un phénomène multidimensionnel, dans la régulation duquel le droit social joue un rôle pivot | 280 |
| 1.2. | Travail précaire, travail atypique : quelles articulations ? Les formes de travail atypique comme porte d'entrée privilégiée pour saisir le travail précaire | 284 |
| 1.3. | Structure de l'étude : une analyse par statut puis par protection | 287 |
| 2. LES STATUTS DE TRAVAILLEURS ATYPIQUES ET LES STATUTS DE SECURITE SOCIALE | | 290 |
| 2.1. | Les statuts de travailleurs atypiques | 291 |
| 2.2. | Les statuts de sécurité sociale | 297 |
| 3. LES PROTECTIONS GARANTIES PAR LE DROIT SOCIAL ET LEUR APPLICATION AUX TRAVAILLEURS ATYPIQUES | | 302 |
| 3.1. | La protection contre l'instabilité de l'emploi | 303 |
| 3.2. | La protection contre l'imprévisibilité des prestations | 310 |
| 3.3. | La protection contre l'atomisation des travailleurs | 320 |
| 3.4. | La protection contre les risques sociaux | 325 |
| 4. CONCLUSION : LE DROIT SOCIAL PROTEGE-T-IL ENCORE CONTRE LA PRECARITE AU TRAVAIL ? | | 333 |
| 4.1. | L'évolution des protections par le droit social général : un affaiblissement contenu | 335 |
| 4.2. | L'évolution des protections dans le cadre des formes de travail atypique : un affaiblissement marqué aux marges de l'emploi | 337 |
| 4.3. | Nuancer la thèse du grand effondrement | 341 |