

COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE
DU CHARBON ET DE L'ACIER
HAUTE AUTORITÉ

**La stabilité de l'emploi
dans le droit des pays membres
de la C.E.C.A.**

par

G. BOLDT
P. DURAND
P. HORION
A. KAYSER
L. MENGONI
A. N. MOLENAAR



LUXEMBOURG - 1958

COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE
DU CHARBON ET DE L'ACIER
HAUTE AUTORITÉ

**La stabilité de l'emploi
dans le droit des pays membres
de la C.E.C.A.**

par
G. BOLDT
P. DURAND
P. HORION
A. KAYSER
L. MENGONI
A. N. MOLENAAR

Droit du travail - Volume II

LUXEMBOURG-1958

La présente étude sur “La stabilité de l’emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.” s’inscrit dans une série de travaux sur quelques aspects majeurs du droit du travail.

Après avoir procédé dans un premier volume à l’“Étude comparative des sources du droit du travail dans les pays de la C.E.C.A.”, le groupe de juristes, présidé par le professeur Paul Durand, analyse dans six rapports nationaux les dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles qui assurent actuellement aux salariés la stabilité de l’emploi.

Dans un rapport de synthèse, le professeur Durand souligne les tendances communes de ces dispositions, les différences entre les techniques employées et les écueils à éviter pour assurer tout à la fois cette stabilité et la mobilité de la main-d’œuvre qu’exige l’économie moderne soumise à l’impératif du progrès technique.

En préparation:

— “La représentation des travailleurs sur le plan de l’entreprise”
(vol. III).

TABLE DES MATIÈRES

RAPPORT DE SYNTHÈSE

par Paul DURAND

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris

	Page
<i>Chapitre I.</i> Introduction	17
<i>Chapitre II.</i> La stabilité de la relation de travail	19
Section I. L'élimination des causes de cessation des contrats de travail	20
§ 1. L'élimination pure et simple des causes de cessation du contrat de travail	20
§ 2. La suspension du contrat de travail	21
A. Les événements troublant le fonctionnement de l'entreprise	23
B. Les événements intéressant la personne du travailleur	24
1. La dispense temporaire d'exécuter les obligations nées du contrat de travail	24
2. Suspension du contrat et maintien du salaire	27
C. L'influence sur l'emploi des conflits collectifs du travail	29
Section II. La protection de l'emploi dans les contrats de caractère temporaire	31
Section III. Les limitations apportées au droit de résiliation unilatérale de l'employeur dans le contrat de travail à durée indéterminée	34
§ 1. Le délai de préavis	34
§ 2. Le contrôle des services de la main-d'œuvre et des organismes professionnels	39
§ 3. La protection spéciale de certains salariés	42
§ 4. La stabilité dans les fonctions	44
<i>Chapitre III.</i> La réparation du dommage résultant de la perte de l'emploi	45
Section I. L'indemnité pour rupture abusive du contrat de travail	46
Section II. Les indemnités de licenciement non abusif	49
Section III. La réintégration dans l'emploi	50
<i>Chapitre IV.</i> Conclusion	52

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI EN DROIT ALLEMAND

par le professeur Dr. G. BOLDT

Juge au Tribunal fédéral du travail (Bundesarbeitsgericht), Kassel

<i>Chapitre I.</i> Les types de contrats	57
Section I. Contrats de durée déterminée ou indéterminée	57
Section II. Contrats successifs à durée déterminée	57
Section III. Contrats à l'essai	57
Section IV. Contrats d'apprentissage	58
<i>Chapitre II.</i> La conclusion du contrat de travail	59
Section I. Le principe de la mobilité de la main-d'œuvre en ce qui concerne le choix du poste de travail	59

	Page
Section II. Conditions générales requises du travailleur	60
Section III. Limitations imposées par des règlements de droit public à la liberté contractuelle	61
Section IV. Coopération du comité d'entreprise à l'embauchage de travailleurs	62
Section V. Formes de conclusion du contrat	62
Section VI. Certificats de travail	63
<i>Chapitre III. Le contenu du contrat de travail</i>	<i>63</i>
Section I. Obligations et droits du travailleur	63
§ 1. Obligation d'effectuer des prestations de services et droit à rémunération	63
§ 2. Sauvegarde des intérêts de l'entreprise — Obligation de fidélité	64
§ 3. Discipline du travail et répression des infractions	64
§ 4. Congés	65
Section II. Droits et obligations de l'employeur	65
§ 1. Droit de demander des prestations de travail	65
§ 2. Obligation d'employer les travailleurs	66
§ 3. Droit de direction	66
A. Nature	66
B. Teneur	66
C. Droit de direction et cogestion	67
§ 4. Obligation d'assistance et obligation sociale	68
A. Obligation de l'égalité de traitement	68
B. Obligation d'assistance et obligation sociale en particulier	68
<i>Chapitre IV. Cessation du contrat de travail</i>	<i>69</i>
Section I. Motifs de cessation du contrat de travail	69
Section II. Congé — Principes	70
Section III. Congé ordinaire	73
§ 1. Dispositions concernant l'industrie minière	73
§ 2. Industrie sidérurgique	74
Section IV. Congé exceptionnel	75
Section V. Coopération du comité d'entreprise	77
§ 1. En cas de licenciements individuels	77
§ 2. En cas de licenciements collectifs	78
Section VI. Protection générale en matière de licenciement	78
§ 1. Introduction	78
§ 2. Personnes protégées	79
§ 3. La protection applicable en matière de licenciement telle qu'elle est définie par la loi de protection en matière de licenciement	79
§ 4. Protection en matière de licenciement contraire aux bonnes mœurs	82
§ 5. Protection en matière de licenciements exceptionnels et autres	82
§ 6. Moyen de l'invalidité du licenciement (recours en matière de licen- ciement)	83
§ 7. Jugement	84
Section VII. Protection spéciale en matière de licenciement	85
§ 1. Protection des employés âgés	85
§ 2. Protection des grands invalides	86
§ 3. Protection du titulaire d'un certificat d'assistance aux mineurs	88
§ 4. Protection des députés	88
§ 5. Service militaire	88

	Page
§ 6. Protection des rapatriés	89
§ 7. Protection de la mère	89
§ 8. Protection des membres du comité d'entreprise	89
§ 9. Protection en cas de licenciements collectifs	91
Section VIII. Conséquences de la cessation du contrat de travail	92
§ 1. Certificat	92
§ 2. Temps nécessaire à la recherche d'un nouvel emploi	94
§ 3. Salaire	95
§ 4. Obligation de dommages-intérêts	95
§ 5. Remise des papiers de travail	96
§ 6. Restitution des objets appartenant à l'entreprise	96
<i>Appendice I.</i> Grève et lock-out	97
<i>Appendice II.</i> Dispositions relatives à l'emploi de travailleurs étrangers en Allemagne	99

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI EN DROIT BELGE

par Paul HORION

Professeur à l'Université de Liège

<i>Chapitre I.</i> Introduction générale	107
A. Délai de préavis	108
B. Constatation par écrit du terme qui limite les effets de l'engagement	108
C. Événements qui suspendent simplement l'exécution du contrat et ne le rompent pas	109
D. Contrôle des licenciements	109
<i>Chapitre II.</i> La dissolution du contrat par congé	111
Introduction	111
Partie I. Le contrat de travail	113
Section I. Législation	113
Section II. Rupture sans motif grave du contrat à durée indéterminée	113
§ 1. Principes en matière de préavis	113
A. Du droit de mettre fin au contrat par un congé avec préavis	113
B. Point de départ du préavis	113
C. Délai de préavis	113
§ 2. Dérogations	114
A. Ouvriers engagés depuis moins de six mois	114
B. Arrêté royal	114
C. Manque de travail pour causes économiques	115
§ 3. Influence de certains événements sur le délai de préavis	115
A. Incapacité de travail de l'ouvrier par suite de maladie ou d'accident; accouchement de l'ouvrière	115
B. Obligations militaires de l'ouvrier	116
§ 4. Sanction de la rupture sans préavis	117
§ 5. Congé abusif	118
Section III. Rupture pendant la période d'essai	119
Section IV. Rupture pour motifs graves	119
§ 1. Principe	119

	Page
§ 2. Les justes motifs permettant la rupture immédiate du contrat . . .	120
A. Justes motifs de la part du chef d'entreprise	120
B. Justes motifs de la part de l'ouvrier	121
Section V. Rupture de la part de l'ouvrière logeant chez le patron quand l'épouse ou la compagne de celui-ci vient à disparaître	122
Partie II. Le contrat d'engagement pour la navigation intérieure	122
Section I. Législation	122
Section II. Rupture sans motif grave du contrat à durée indéterminée	123
§ 1. Principes en matière de préavis	123
A. Du droit de mettre fin au contrat par un congé avec préavis	123
B. Délai de préavis	123
§ 2. Sanction de la rupture sans préavis	124
Section III. Rupture pendant la période d'essai	124
Section IV. Rupture pour motifs graves	125
Partie III. Le contrat d'emploi	125
Section I. Législation	125
Section II. Rupture sans motif grave du contrat à durée indéterminée	126
§ 1. Principes en matière de préavis	126
A. Notification du préavis	126
B. Point de départ du délai de préavis	126
C. Délai de préavis	127
1. Préavis donné par l'employeur	127
2. Préavis donné par l'employé	127
§ 2. Modification des rémunérations limites	128
§ 3. Contrats de très courte durée	128
§ 4. Congés pour la recherche d'un nouvel emploi	128
§ 5. Influence de certains événements sur le délai de préavis	129
A. Incapacité de travail de l'employé par suite de maladie ou d'accident; accouchement de l'employée	129
B. Obligations militaires de l'employé	129
§ 6. Sanction de la rupture sans préavis	130
§ 7. Congé abusif	133
Section III. Rupture pendant la période d'essai	133
Section IV. Rupture pour motifs graves	135
Section V. Rupture de la part de l'employée logeant chez le patron quand l'épouse ou la compagne de celui-ci vient à disparaître	136
Partie IV. Les autres contrats de louage de services	137
§ 1. Pas de législation appropriée	137
§ 2. Travailleurs à domicile	137
§ 3. Domestiques	137
§ 4. Apprentis	137
<i>Chapitre III. La dissolution du contrat par arrivée du terme</i>	<i>138</i>
Introduction	138
Partie I. Le contrat de travail	139
Section I. Constatation et effets du terme	139
§ 1. Constatation du terme par écrit	139
§ 2. Effets de l'arrivée du terme	140
§ 3. Tacite reconduction	140

Section II. Rupture anticipée du contrat à terme	140
§ 1. Rupture anticipée pour motif grave	140
§ 2. Rupture anticipée sans motif grave — Sanction du terme	140
Partie II. Le contrat d'engagement pour la navigation intérieure	141
Section I. Constatation et effets du terme	141
§ 1. Constatation du terme par écrit	141
§ 2. Effets de l'arrivée du terme	142
Section II. Rupture anticipée du contrat à terme	142
§ 1. Rupture anticipée pour motif grave	142
§ 2. Rupture anticipée sans motif grave — Sanction du terme	142
Partie III. Le contrat d'emploi	143
Section I. Constatation et effets du terme	143
§ 1. Constatation du terme par écrit	143
§ 2. Effets de l'arrivée du terme	144
§ 3. Contrats de très courte durée	144
§ 4. Tacite reconduction	144
Section II. Rupture anticipée du contrat à terme	144
§ 1. Rupture anticipée pour motif grave	144
§ 2. Rupture anticipée sans motif grave	144
§ 3. Effets de l'incapacité de travail sur le contrat à terme	145
<i>Chapitre IV. Des événements qui n'entraînent que la suspension de l'exécution du</i> <i>contrat et non sa dissolution</i>	145
Introduction	145
Partie I. Le contrat de travail	146
Section I. Empêchements de l'ouvrier	146
§ 1. Incapacité de travail	146
§ 2. Grossesse et accouchement	148
§ 3. Obligations militaires	148
§ 4. Obligations familiales et civiques	149
A. Position du problème	149
B. Industries de la construction	149
C. Industries du ciment	150
D. Mines	150
E. Industrie sidérurgique	151
F. Construction métallique	152
Section II. Empêchements de l'employeur	153
§ 1. Intempéries et accidents techniques	153
§ 2. Manque de travail résultant de causes économiques	154
§ 3. Décès de l'employeur	155
§ 4. Cession de l'entreprise	155
Section III. Grève et lock-out	156
Partie II. Le contrat d'engagement pour la navigation intérieure	158
Section I. Empêchements du batelier	158
§ 1. Incapacité de travail	158
§ 2. Grossesse et accouchement	158
§ 3. Obligations militaires	158
§ 4. Obligations familiales et civiques	158
Section II. Empêchements de l'employeur	159

	Page
§ 1. Accidents techniques	159
§ 2. Autres empêchements	159
Partie III. Le contrat d'emploi	159
Section I. Empêchements de l'employé	159
§ 1. Incapacité de travail	159
A. Cas des employés engagés à durée indéterminée et ne se trouvant pas en période d'essai	160
1. Principe de la simple suspension de l'exécution du contrat	160
2. Du premier jour au trentième jour: Continuation de la rémunération	160
3. Du trente et unième au quatre-vingt-dixième jour	161
4. A partir du quatre-vingt-onzième jour, l'employeur a le droit de congédier l'employé moyennant indemnité	161
B. Cas des employés engagés pour une durée déterminée, pour une entreprise déterminée ou à l'essai	163
§ 2. Grossesse et accouchement	163
A. Cas des employées engagées à durée indéterminée et ne se trouvant pas en période d'essai	163
B. Cas des employées engagées pour une durée déterminée, une entreprise déterminée ou à l'essai	164
§ 3. Obligations militaires	164
§ 4. Obligations familiales	165
Section II. Empêchements de l'employeur	165
§ 1. Décès de l'employeur	165
§ 2. Cession de l'entreprise	166
Section III. Grève et lock-out	166
Chapitre V. Le contrôle des licenciements	166
Section I. Conseils d'entreprise	166
Section II. Office national du placement et du chômage	166
Chapitre VI. La protection spéciale des représentants du personnel et des candidats aux conseils d'entreprise ainsi que des membres des délégations syndicales du personnel	167
Section I. Conseils d'entreprise	167
§ 1. Personnes protégées	167
§ 2. Interdiction du licenciement	168
§ 3. Durée de la protection	168
§ 4. Sanction d'un congé illicitement donné pendant la période de protection	169
Section II. Délégations syndicales du personnel	169
§ 1. Mines	170
§ 2. Industrie sidérurgique	170
§ 3. Construction métallique	170
§ 4. Employés de l'industrie sidérurgique et de la construction métallique	171
Chapitre VII. Le secteur public	171
Section I. Les agents des cadres permanents de l'État	172
§ 1. Les agents en stage	172
§ 2. Les agents nommés définitivement	173
A. Mise en disponibilité par défaut d'emploi	173
B. Mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service	174
Section II. Les agents temporaires de l'État	174

	Page
Section III. Les ouvriers temporaires de l'État	175
Section IV. Le personnel de la Société nationale des Chemins de fer belges	176
<i>Chapitre VIII.</i> Aperçu critique	179
Section I. Prolégomènes	179
Section II. Évolution législative	180
Section III. Lacunes	183
Section IV. Discordances	184
Section V. Conséquences économiques et pratiques	186

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI EN DROIT FRANÇAIS

par Paul DURAND

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris

<i>Chapitre I.</i> Introduction	191
<i>Chapitre II.</i> La stabilité de la relation du travail	194
Section I. L'élimination des causes de cessation des contrats de travail	195
§ 1. Les événements intéressant l'entreprise	195
A. L'élimination pure et simple des causes de cessation du contrat de travail	195
B. La suspension du contrat	196
§ 2. Les événements intéressant la personne du salarié	198
A. Fréquence de la suspension du contrat	198
B. La suspension du contrat de travail et les conflits collectifs du travail	203
Section II. Les limites apportées au droit de résiliation de l'employeur	207
§ 1. Délimitation du problème. La stabilité de l'emploi dans le contrat de travail à durée déterminée	207
§ 2. Le contrat à l'essai et le contrat de travail à durée indéterminée	208
A. Le délai-congé	210
B. Le contrôle des services de la main-d'œuvre et des organisations professionnelles	212
C. La protection spéciale de certains membres du personnel	214
D. La réglementation des licenciements collectifs	217
E. La réglementation du pouvoir disciplinaire	218
F. La stabilité dans la fonction	219
<i>Chapitre III.</i> La réparation du dommage résultant de la perte de l'emploi	220
Section I. Les indemnités de rupture du contrat	220
Section II. La réintégration dans l'emploi	224

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI EN DROIT ITALIEN

par Luigi MENGONI

Professeur de Droit du Travail à l'Université catholique de Milan

<i>Chapitre I.</i> Introduction	231
Section I. La règle de la stabilité du point de vue du droit commun des contrats	231

	Page
Section II. Signification particulière du principe de la stabilité en tant que moyen de protection du travailleur	232
Section III. La règle de la stabilité de l'emploi et le contrat de travail à durée déterminée	234
<i>Chapitre II. La solution législative</i>	<i>235</i>
Section I. Contrat de travail à durée indéterminée	235
§ 1. La sanction positive du principe de la rupture "ad nutum" dans le contrat de travail à durée indéterminée	235
§ 2. Nullité de la rupture en raison du caractère illicite des motifs	236
§ 3. Responsabilité relative à la résiliation préjudiciable du contrat	238
§ 4. Nature juridique du congé. Le préavis et l'indemnité pour défaut de préavis	238
§ 5. Durée du préavis	242
§ 6. Réglementation juridique du contrat de travail pendant la période de préavis	242
§ 7. Influence du principe concernant le préavis sur la notion de juste motif de rupture immédiate du contrat de travail à durée indéterminée	243
§ 8. Limites légales au principe de la liberté de licenciement	244
A. Blocage des licenciements	244
B. Suppression du droit de licenciement "ad nutum" dans la réglementation spéciale des contrats de travail des cheminots et tramainots	245
C. Limitation du pouvoir de licenciement "ad nutum" dans la réglementation spéciale des contrats de travail des salariés fixes de l'agriculture	245
D. Limitation du droit de licenciement "ad nutum" en faveur de catégories spéciales de travailleurs	246
E. Limites du droit de licenciement "ad nutum" déterminées par la réglementation concernant l'impossibilité de la prestation de travail	247
1. Accident, maladie, grossesse, accouchement	247
2. Service militaire	249
3. Exercice de fonctions publiques électives	251
4. Grève légitime	251
§ 9. Limites légales de l'autonomie contractuelle de l'employeur en ce qui concerne la réintégration du travailleur dans son emploi	251
§ 10. Extension du principe de la liberté de licenciement aux contrats de travail passés avec les organismes publics économiques dans le cadre des associations syndicales	252
§ 11. L'indemnité d'ancienneté	253
Section II. Contrat de travail à durée déterminée	255
§ 1. Limites imposées à l'établissement du contrat	255
A. Règle de forme	256
B. Nullité de la clause relative à la durée du contrat, insérée en fraude de la loi	256
C. Limites maxima et minima de la durée de certains contrats	256
D. Limites maxima dans lesquelles le travailleur peut s'obliger	257
§ 2. Adaptation au contrat de travail à durée déterminée de règles de stabilité propres au contrat à durée indéterminée	257
§ 3. Réglementation spéciale des contrats de travail à terme dans le droit de la navigation	258

	Page
§ 4. Rupture pour juste motif	258
Section III. Règles de stabilité communes aux deux sortes de contrats . . .	260
§ 1. Tendances à soustraire le contrat de travail aux causes générales de résolution des contrats	260
A. Événements imprévus touchant la personne du travailleur	260
B. Événements touchant l'entreprise	261
1. Cession d'entreprise	261
2. Décès du chef d'entreprise. Fusion de sociétés	262
3. Faillite et liquidation de l'entreprise	262
4. Force majeure	263
5. Lock-out	263
§ 2. Inapplicabilité de la résolution judiciaire pour inexécution	264
§ 3. Tendances à transformer les causes de nullité du contrat de travail en causes de résolution du contrat	264
§ 4. Règles destinées à faciliter le réemploi des travailleurs privés de leur poste	265
A. Restitution du livret de travail	265
B. Certificat de travail	266
C. Déclaration à l'Office de Placement	266
D. Cours professionnels pour chômeurs	266
§ 5. Assistance économique aux chômeurs	266
Section IV. Contrats de travail spéciaux de caractère temporaire	267
§ unique. La règle de la stabilité et les contrats temporaires	267
A. Période d'essai	267
B. Contrat d'apprentissage	268
C. Engagement temporaire	269
Section V. La stabilité des fonctions exercées dans l'entreprise	270
§ 1. Limites légales du principe de l'impossibilité de modifier unilatéralement les fonctions du travailleur	270
§ 2. Limites imposées au déclassement du travailleur en tant que mesure disciplinaire	271
<i>Chapitre III. Solution des conventions collectives</i>	<i>271</i>
Section I. Licenciements individuels	271
§ 1. Admissibilité de limitations conventionnelles au droit de licenciement "ad nutum"	271
§ 2. La Convention collective du 7 août 1947	273
§ 3. La nouvelle Convention collective du 18 octobre 1950	274
§ 4. Licenciements disciplinaires	276
§ 5. Protection spéciale des membres des commissions internes et des délégués d'entreprise (Convention collective du 8 mai 1953, article 14)	277
Section II. Licenciements collectifs	278
§ 1. La Convention collective du 21 avril 1950	278
§ 2. Droit des travailleurs licenciés à être réengagés	279
<i>Chapitre IV. Le système de la nouvelle Constitution</i>	<i>279</i>
§ 1. Contradiction entre le principe de l'article 2118 du Code civil et les principes sociaux de la nouvelle Constitution	279
§ 2. Limites du futur contrôle judiciaire des licenciements	281

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI EN DROIT LUXEMBOURGEOIS

par Armand KAYSER

Président de l'Office des Assurances Sociales du Luxembourg

	Page
<i>Chapitre I.</i> Tableau général	285
<i>Chapitre II.</i> De la preuve du contrat de travail	286
<i>Chapitre III.</i> Du contrat à durée déterminée	286
<i>Chapitre IV.</i> Du préavis	287
<i>Chapitre V.</i> De la résiliation sans préavis	289
<i>Chapitre VI.</i> De la suspension des droits et obligations des parties	290
<i>Chapitre VII.</i> Des interdictions de licenciements	292
<i>Chapitre VIII.</i> Des indemnités de résiliation	293
<i>Chapitre IX.</i> Du contrôle des licenciements	294
<i>Chapitre X.</i> Projets législatifs en cours	295

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI EN DROIT NÉERLANDAIS

par A. N. MOLENAAR

Professeur à l'Université d'État de Leyde

<i>Chapitre I.</i> Stabilité de l'emploi assurée par un contrat de travail de durée déterminée	299
<i>Chapitre II.</i> Sauvegarde des droits des employeurs et des travailleurs contre les effets des contrats de travail temporaires	300
<i>Chapitre III.</i> Contrôle des licenciements et démissions par les Services de l'Emploi ou par des organisations professionnelles	300
<i>Chapitre IV.</i> Action visant à éliminer les causes de rupture du contrat de travail	301
§ 1. Événements se rapportant exclusivement à l'entreprise, tels que cas de force majeure, décès de l'employeur, transfert de l'entreprise, conséquence d'un lock-out, etc.	301
§ 2. Événements intéressant exclusivement le travailleur, tels que conventions personnelles, inaptitude au travail, obligations militaires, grève, etc.	302
<i>Chapitre V.</i> Incidences de ces événements sur les conditions de travail	303
<i>Chapitre VI.</i> Rétablissement dans l'emploi (autre que le rétablissement par voie judiciaire)	305
<i>Chapitre VII.</i> Réglementation des licenciements massifs	306
<i>Chapitre VIII.</i> Licenciement, démission et délais de préavis: règles fondamentales et prescriptions relatives à la forme à observer	306
<i>Chapitre IX.</i> Protection de certains membres du personnel, tels que les membres d'un conseil d'entreprise ou les délégués de syndicats. Protection des candidats à ces postes et des anciens délégués	307
<i>Chapitre X.</i> Réglementations particulières concernant certaines catégories de travailleurs: ouvriers étrangers, fonctionnaires, titulaires de fonctions qualifiées	307
<i>Chapitre XI.</i> Sanctions et réglementation concernant la stabilité de l'emploi	307
<i>Chapitre XII.</i> Droit à la fonction au sein de l'entreprise. Réintégration dans le poste précédemment occupé	310
<i>Chapitre XIII.</i> Étude critique des répercussions de ces mesures	311

RAPPORT DE SYNTHÈSE

PAR

PAUL DURAND

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris



CHAPITRE I

INTRODUCTION

1. En choisissant, après *les sources du droit du travail*, la *stabilité de l'emploi* comme sujet de leurs premières recherches sur les institutions sociales des pays appartenant à la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, les membres du groupe de spécialistes, réuni par la Haute Autorité, avaient le sentiment de se trouver en présence d'une des tendances les plus remarquables du droit moderne du travail. L'étude approfondie qu'ils ont faite de leurs droits nationaux leur a confirmé la richesse du sujet. La stabilité de l'emploi est devenue, dans certains droits, l'une des données capitales du droit du travail. Cette préoccupation est moins forte dans d'autres, mais elle y présente parfois des formes spécifiques dont l'originalité mérite d'être observée.

La tendance actuelle était pratiquement à peu près inconnue au début du XIX^e siècle. Le recours au contrat à durée déterminée (moyen le plus énergique d'assurer la stabilité de l'emploi) était en effet limité par les dispositions qui interdisent à un salarié de s'engager pour la durée de sa vie, ou pour une période de temps si longue qu'elle porterait atteinte à la liberté du travail. Les contrats à durée déterminée ont en fait été rares, et ils n'ont été conclus que pour une courte durée. La forme habituelle du contrat de travail a été le contrat à durée indéterminée qui est caractérisé par le droit de résiliation unilatérale reconnu à chaque partie. La dissolution du contrat de travail a donc été marquée à l'origine par l'égalité des deux parties. La protection parfois donnée à la victime de la résiliation (par exemple, celle des délais de préavis) était réciproque.

2. Insensiblement une évolution s'est produite, sous l'influence d'un ensemble de causes.

1° Le facteur essentiel a été le *souci de mieux garantir la situation des travailleurs, de leur donner une protection contre l'instabilité de l'emploi* et, du fait même, *contre l'insécurité du gain*. Il est inutile d'insister longuement sur l'importance de ce facteur. La stabilité de la relation de travail traduit, dans le domaine de l'emploi, la conception moderne selon laquelle le travail ne peut être considéré comme une simple marchandise. Toute la vie du travailleur et de sa famille en dépend. La stabilité des relations du travail n'apparaît d'ailleurs que comme une forme particulière de l'instinct contemporain de sécurité, dont la politique de sécurité sociale est la manifestation la plus remarquable. On le verra en effet, même dans l'ordre technique, les règles qui protègent le salarié contre le risque de cessation du contrat de travail ne sont pas sans rapports avec les institutions de sécurité sociale.

Ainsi considérée, la stabilité de l'emploi présente un caractère nouveau et diffère de la stabilité inhérente à tout rapport contractuel. La stabilité d'un contrat résulte de l'obligation pour les deux parties de respecter l'accord convenu

entre elles. La stabilité de l'emploi au contraire a, dans un certain nombre de pays, un caractère unilatéral: le salarié est mieux protégé contre le risque de cessation du contrat que ne l'est l'employeur.

2° Un second phénomène est intervenu. Les différentes formes juridiques du travail étaient, au XIX^e siècle, très nettement séparées les unes des autres. Le régime de travail des salariés notamment différait nettement de celui des fonctionnaires. Dans la société contemporaine au contraire, les différentes formes de l'activité professionnelle exercent les unes sur les autres des influences mutuelles. Entre la fonction publique et les entreprises privées, des formes nouvelles de l'activité économique sont d'ailleurs apparues, telles que celles résultant de l'exercice du commerce par des personnes morales de droit public, et d'insensibles transitions relient le droit privé du travail au droit de la fonction publique. Le droit du travail a ainsi évolué au contact d'autres formes de l'activité professionnelle, où la stabilité de l'emploi a été efficacement assurée. Le rapport belge met particulièrement en lumière ce phénomène. Les fonctionnaires et agents nommés définitivement dans les administrations publiques jouissent de la plus grande stabilité de l'emploi. Ils ne peuvent être révoqués qu'en raison de fautes graves. Les cas de défaut d'emploi et de retrait d'emploi sont très rares. Les fonctionnaires jouissent du maintien du traitement pendant les périodes de maladie. En cas d'invalidité prolongée ou définitive, ils ne sont privés de leurs fonctions qu'avec traitement d'attente ou mise à la pension. Cette stabilité de leur emploi est précisément le point de mire des travailleurs salariés des entreprises privées. Toutes leurs revendications tendent à rapprocher le plus possible leur situation du régime des fonctionnaires et agents nommés définitivement dans les administrations publiques.

3° Un dernier fait peut être observé: l'intervention plus active de l'État dans l'organisation économique et sociale.

Des mesures d'économie dirigée se sont développées au cours de la guerre ou pendant les années d'une économie sans abondance. Toutes les manifestations n'en ont pas toujours disparu et, dans certains pays, l'État continue d'exercer un certain contrôle de la vie économique. L'emploi constituant un des facteurs essentiels de la production, l'État n'a pu se désintéresser de la formation et de la cessation des relations du travail.

A cette préoccupation économique s'en est ajoutée une autre, d'ordre social. L'entreprise, qui ne constituait au XIX^e siècle qu'un organisme purement privé, tend à être considérée, même par les chefs d'entreprises, comme chargée de responsabilités sociales: il en est peu d'aussi importantes que celles résultant de l'emploi de la main-d'œuvre. A plus forte raison, en est-il ainsi à l'égard de certains travailleurs, ceux que la maladie ou l'exécution des obligations militaires empêche d'accomplir la prestation de travail convenue, les représentants du personnel et parfois les militants syndicaux, plus exposés que leurs compagnons de travail à la perte de leur emploi.

3. La force de ce phénomène est considérable; on la discerne dans les diverses sources du droit du travail. Lois, conventions collectives, usages, décisions des tribunaux, sentences des arbitres appelés à régler les conflits collectifs du travail, toutes les sources du droit du travail révèlent cette influence. Une large synthèse doit donc être opérée, en regroupant toutes les mesures inspirées par cette tendance autour de deux idées directrices. Le droit du travail s'efforce, tout d'abord, d'éviter la *cessation de la relation de travail*. Puis, si cette cessation n'a pu être empêchée, il se préoccupe de *réparer le dommage résultant de la rupture du contrat*. Le rapport général exposera en deux chapitres ces deux aspects fondamentaux de la stabilité de l'emploi et rassemblera dans une conclusion les enseignements qu'il est possible de tirer de la confrontation des droits nationaux. Son auteur a naturellement utilisé pour chaque droit les intéressantes précisions contenues dans les rapports nationaux, tandis que la construction d'ensemble et l'interprétation qu'il en donne lui sont personnelles et n'engagent pas l'opinion des membres du groupe de travail.

CHAPITRE II

LA STABILITÉ DE LA RELATION DE TRAVAIL

4. Le souci d'assurer la stabilité de l'emploi se manifeste essentiellement dans le contrat de travail à *durée indéterminée*: le droit moderne s'efforce ainsi de protéger la relation de travail contre la résiliation unilatérale du contrat de travail. Mais la politique de stabilité de l'emploi a une portée beaucoup plus vaste, et elle tend à transformer dans son ensemble l'aménagement des relations du travail. Elle s'est ainsi étendue au *contrat de travail à durée déterminée*. Si les relations du travail sont en effet remarquablement protégées en ce cas jusqu'au terme convenu, elles sont au contraire menacées à la fois dans l'ordre juridique par les règles techniques intéressant la cessation de ce contrat, et dans la pratique par la courte durée des contrats à durée déterminée. D'autre part, les règles du droit commun, appliquées au contrat de travail, entraînent une assez grande instabilité de la relation de travail. De nombreux événements intéressant, soit l'entreprise, soit la personne du travailleur, sont susceptibles d'influer sur la permanence des relations contractuelles. Il suffit de penser à la force majeure, à la cession de l'entreprise, à la grève, au lock-out et à l'ensemble des causes qui empêchent le salarié d'effectuer, pendant un temps plus ou moins long, la prestation de travail: la maladie, la maternité, l'exécution des obligations militaires. La tendance à la stabilité de l'emploi se manifeste ainsi sous trois aspects: en premier lieu, *l'élimination des causes de cessation du contrat de travail*, en second lieu, *la protection de la relation de travail dans les engagements de caractère temporaire*, en troisième lieu, les *limitations apportées au droit de résiliation unilatérale de l'employeur dans le contrat de travail à durée indéterminée*.

Section I

L'ÉLIMINATION DES CAUSES DE CESSATION
DES CONTRATS DE TRAVAIL

5. Deux procédés techniques peuvent être envisagés pour éliminer la cessation des contrats de travail. Le premier consiste dans l'*élimination pure et simple de la cause de cessation de la relation de travail* qui se poursuit, sans modification, malgré l'altération survenue dans les rapports du travail. Le second a pour objet de modifier temporairement les effets normaux du contrat de travail; cette hypothèse peut être qualifiée de *suspension* du contrat de travail, sous réserve de préciser ultérieurement le sens de cette dénomination.

§ 1. L'ÉLIMINATION PURE ET SIMPLE
DES CAUSES DE CESSATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

6. L'évolution du droit a conduit dans certains pays de la Communauté à éliminer une des causes de cessation du contrat de travail qui menaçait la stabilité de l'emploi: la *cession de l'entreprise*. Le phénomène mérite d'être particulièrement remarqué; il révèle une profonde transformation dans l'aménagement des relations du travail.

La transmission à l'ayant-cause des droits et des obligations résultant du contrat de travail n'a jamais fait difficulté en cas de transmission de l'entreprise à un ayant-cause universel. L'héritier est en effet placé dans la même situation que son auteur, et rien n'empêche techniquement la continuation des relations du travail, si ce n'est parfois le caractère personnel que peut présenter le contrat de travail.

Il en était tout différemment au cas de transmission à titre particulier, l'acquéreur ne succédant pas aux droits de l'auteur et n'étant pas tenu de ses obligations. Cette solution n'était satisfaisante, dans ses résultats pratiques, ni pour les salariés, qu'elle condamnait à la perte de l'emploi, ni pour le cédant, qu'elle rendait responsable de la rupture du contrat de travail. Elle ne l'était pas davantage d'un point de vue technique, parce que le salarié s'est placé au service de l'organisme économique que constitue l'entreprise, beaucoup plus qu'il n'a contracté avec un employeur déterminé.

C'est pourquoi, en France et en Italie, une règle nouvelle est consacrée: les contrats de travail en cours continuent normalement, avec l'acquéreur à titre particulier, et l'évolution du droit italien est sur ce point des plus remarquables.

7. D'autres pays de la Communauté restent au contraire fidèles à la conception traditionnelle. En Belgique, en l'absence de toute disposition légale, le cédant reste tenu envers le salarié, tandis qu'aucune obligation n'est imposée au cessionnaire. Il en est de même aux Pays-Bas et au Luxembourg. Le principe n'est pour-

tant admis qu'avec certains tempéraments. En Belgique, si le cessionnaire continue d'exécuter les contrats en cours, l'ancienneté du salarié est établie en tenant compte de la durée des services accomplis au service du cédant. Aux Pays-Bas, un arrêt déjà ancien du Conseil supérieur a décidé qu'au cas de transmission de l'entreprise, un nouveau contrat est passé tacitement entre le cessionnaire et le travailleur, et s'accompagne d'une novation. Mais, depuis 1914, les juridictions inférieures ont reconnu l'existence d'une cession d'obligations à l'acquéreur de l'entreprise, et cette solution a été admise par le législateur dans différents domaines. En pratique, la solution des droits français et italien est à peu près consacrée aux Pays-Bas. Au Luxembourg, l'article 18 de la loi portant statut des employés décide que, si la succession de l'employeur ne recourt pas aux services du salarié, l'employé percevra, outre le traitement dû pour le mois en cours et le mois suivant, une indemnité supplémentaire, égale à la moitié de l'indemnité de préavis. La loi incite par ce détour à la prolongation du rapport contractuel. L'avenir permettra de savoir si ces dispositions ne représentent que des exceptions, compatibles avec le système actuel, ou si elles constituent les premiers signes d'une évolution plus sensible des droits nationaux.

La faillite ne constitue pas davantage une cause de cessation de plein droit du contrat de travail. En droit allemand, la faillite de l'employeur permet aux deux parties de dénoncer le contrat en observant le préavis légal. Le droit italien va plus loin. L'article 2119, alinéa 2 du Code civil décide que la faillite, loin d'entraîner la résiliation de plein droit du contrat de travail, ne constitue même pas un motif légitime de résiliation, autorisant la brusque rupture du contrat de travail à durée indéterminée ou la rupture prématurée du contrat de travail à durée déterminée. Seule la fermeture de l'entreprise entraînerait la cessation du contrat de travail.

§ 2. LA SUSPENSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

8. Au cours de la discussion de leurs rapports nationaux, les membres du groupe de spécialistes ont fait une constatation générale: dans tous leurs droits, les causes de rupture du contrat de travail tendent à reculer et cette évolution juridique contribue puissamment à assurer la stabilité de l'emploi. Dans de nombreux cas, le contrat de travail est maintenu en vigueur bien que la prestation de travail ne soit plus fournie. Mais, tout en étant unanimes sur cette observation, les membres du comité ont constaté que le phénomène avait reçu dans leurs pays des qualifications différentes, qui ont été un moment un obstacle à l'unité de leurs vues.

En effet, le rapport belge qualifie cette situation de "*suspension de l'exécution des obligations*" imposées par le contrat, puisque seul un effet normal du contrat se trouve altéré. La terminologie usuelle en France est celle de "*sus-*

pension de contrat”; cette expression marque que le contrat ne produit plus alors la plénitude de ses effets, puisque les obligations du salarié (et le plus souvent, corrélativement, celles de l’employeur) cessent d’être exécutées, sans pourtant que le rapport contractuel prenne définitivement fin. La cause de suspension du contrat disparaîtra dans l’avenir et toutes les obligations résultant du contrat pourront être exécutées de nouveau. Mais le rapporteur néerlandais s’est très justement montré sensible au fait que, dans l’hypothèse dite de la suspension du contrat, les obligations des parties ne disparaissent pas entièrement, et que l’employeur est souvent tenu de verser, au moins pendant un certain temps, une partie ou la totalité du salaire: n’est-ce pas le signe que le contrat n’est pas suspendu, mais qu’il continue de vivre d’une vie ralentie?

Cette discussion n’a pas eu seulement l’intérêt de dissiper les confusions qu’auraient pu entraîner, selon les droits nationaux, les terminologies différentes, appliquées à une même réalité sociologique et juridique. Elle a permis de prendre plus complètement conscience d’un phénomène profond. Dans un contrat dont les effets sont peu nombreux, et librement déterminés par la volonté des parties, l’inexécution des obligations de l’une des parties entraîne corrélativement la dispense, pour l’autre contractant, d’exécuter ses propres obligations. Il se produit une mise en sommeil temporaire du contrat, que l’on peut qualifier de suspension du contrat. Il en est autrement du contrat de travail, dont le législateur et les conventions collectives de travail ont progressivement enrichi le contenu, indépendamment de la volonté des parties. Dans cet ensemble complexe, l’inexécution d’obligations, même essentielles, telle que celle d’exécuter la prestation de travail, n’entraîne plus nécessairement la dispense pour l’employeur d’exécuter toutes ses propres obligations. Le travailleur empêché d’accomplir la prestation de travail ne conserve pas seulement le droit aux prestations de sécurité sociale, qui se sont détachées du contrat de travail, et qui résultent du rapport juridique formé entre l’assuré et les institutions de sécurité sociale, il conserve le droit à certains avantages résultant du contrat de travail. L’obligation de payer un salaire n’apparaît plus seulement comme la contre-partie de la prestation de travail; des salariés privés de leur gain ont ainsi droit à recevoir de leur employeur leurs moyens d’existence.

Le terme de “*suspension de contrat*”, qui traduit très exactement la disparition temporaire des obligations d’un contrat, pourtant toujours en cours, répond moins bien à la situation d’un contrat privé d’une partie seulement de ses effets. On signalera sur ce point l’opposition que fait le droit brésilien entre la *suspension* du contrat, qui paralyse l’ensemble des obligations résultant du contrat de travail, et l’*interruption* du contrat, qui déroge plus profondément aux principes du droit commun, en assurant au travailleur le maintien de son salaire et la conservation des droits conférés par l’ancienneté des services (v. Paul Durand, *Un remarquable exemple de stabilité de l’emploi: la législation fédérale des États-Unis du Brésil*, Droit social, 1954, nos 4, 5 et 9, p. 461 et s.).

Le sens du terme de *suspension du contrat* doit donc être précisé. Mais, sous ces réserves, il demeure possible de décrire le phénomène, en envisageant successivement les événements intéressant l'entreprise, ceux concernant la personne du salarié, et enfin ceux liés aux conflits collectifs du travail.

A. Les événements troublant le fonctionnement de l'entreprise

9. L'influence sur l'emploi des troubles survenus dans le fonctionnement de l'entreprise marque à nouveau l'abandon par certains droits nationaux des purs principes du droit civil, ainsi que l'affirmation du particularisme du droit du travail.

Les troubles survenant dans le fonctionnement de l'entreprise devraient avoir pour conséquence, soit la dispense pour l'employeur de payer tout salaire et la suspension (ou même parfois la résiliation) du contrat de travail, au cas de force majeure, soit l'obligation pour l'employeur de verser intégralement un salaire dans les autres cas, sous réserve de son droit de résilier le contrat de travail. Ces solutions sont, dans les deux cas, peu satisfaisantes: à la fois pour l'employeur, qu'elles risquent de priver de sa main-d'œuvre, et pour les travailleurs privés de leur salaire et parfois même de leur emploi. Il conviendrait donc de pouvoir écarter les principes du droit commun et d'assurer la permanence des liens contractuels.

Les règles du droit commun demeurent applicables aux relations du travail en Italie et au Luxembourg. En Belgique, l'article 28 *ter* de la loi sur le contrat de travail envisage la suspension du contrat de travail résultant de cas de force majeure (intempéries, accidents techniques se produisant dans l'entreprise). Ces événements suspendent le contrat de travail, mais l'employeur n'est dispensé de verser un salaire que si l'ouvrier a été averti de n'avoir pas à se présenter sur les lieux du travail. L'article 28 *quater* permet à l'employeur de suspendre totalement ou partiellement l'exécution du contrat de travail moyennant un préavis réduit lorsque la manque de travail résulte de circonstances économiques qui ne constituent pas un cas de force majeure. Un arrêté royal peut réglementer les conditions de la suspension du contrat et fixer le délai de préavis, ainsi que la durée maximum de la suspension totale du contrat et l'instauration d'un régime de travail à temps réduit. Dans l'un et l'autre cas, l'ouvrier a le droit de mettre fin au contrat sans préavis. En Italie, un décret-loi du 9 novembre 1945 prévoit, au cas de réduction de la durée du travail au-dessous de quarante heures, ou de suspension du travail, une indemnisation égale aux deux tiers du salaire perdu et versée par une caisse spéciale de l'Institut de la prévoyance sociale.

Des solutions plus remarquables peuvent être observées en Allemagne, en France et aux Pays-Bas. Si les règles du droit commun s'appliquent en général dans le droit français du travail, diverses mesures législatives sont intervenues

pour permettre, dans des hypothèses précises, le maintien total ou partiel du salaire. L'indemnisation des heures perdues est tantôt supportée par le chef d'entreprise seul, et tantôt répartie entre l'entreprise, la profession et l'État. Les solutions du droit français rejoignent ainsi par leur esprit, sinon par leurs techniques, la conception du *risque d'établissement* (Betriebsrisiko), par laquelle la doctrine et la jurisprudence allemandes se sont efforcées de déterminer la manière dont l'employeur et les salariés doivent supporter les conséquences des troubles survenus dans le fonctionnement de l'établissement. Dans le droit des Pays-Bas, et selon le Code civil, le travailleur conserve son droit au salaire lorsqu'il n'a pas été en mesure d'effectuer sa prestation de travail parce que l'employeur n'a pas recours à ses services, ou même quand il en a été empêché par un événement fortuit qui lui incombe personnellement: le salaire est cependant réduit à concurrence des indemnités que le salarié peut recevoir d'une caisse d'assurances. D'autre part, en vertu de l'article 8 de l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les conditions du travail, un employeur ne peut réduire la durée du travail au-dessous de 48 heures sauf dans les cas exceptionnels. Parmi les exceptions admises par la loi se trouve celle où l'employeur consent à maintenir le salaire du travail malgré la réduction de travail. Il en est de même quand les salariés bénéficient d'un salaire d'attente, approuvé par le ministre.

B. Les événements intéressant la personne du travailleur

10. Les droits des pays de la Communauté manifestent encore dans ce domaine, le plus souvent, l'abandon des principes du droit civil. Les événements qui empêchent l'accomplissement de la prestation de travail par le salarié devraient, sinon provoquer la rupture de plein droit du contrat de travail, du moins permettre à l'employeur de mettre fin aux relations du travail. Ils devraient, de plus, dispenser l'employeur de ses obligations, et notamment le libérer du paiement du salaire. Le droit moderne du travail décide, au contraire, fréquemment la suspension du contrat de travail. Dans des hypothèses plus rares, le salaire est même maintenu dans sa totalité ou pour partie: ces deux phénomènes seront examinés successivement.

1. La dispense temporaire d'exécuter les obligations nées du contrat de travail

11. La prestation de travail peut être interrompue par des événements d'ordre physiologique, empêchant le salarié d'accomplir cette obligation essentielle. Tous les droits des pays de la Communauté contiennent des règles précises concernant la grossesse et l'accouchement: la période limitée pendant laquelle le travail est rendu impossible, l'influence des conventions de l'Organisation internationale

du travail expliquent les solutions libérales des législations nationales. Il est possible de renvoyer sur ce point aux précisions données dans les rapports nationaux, sans entrer dans le détail de la réglementation. On relèvera pourtant une disposition remarquable contenue dans le droit italien, où la loi du 26 août 1950 n'assure pas seulement la conservation de l'emploi pendant la période d'interdiction de travail, mais aussi pendant toute la durée de la grossesse et pendant l'année suivant l'accouchement. La période d'absence est même prise en considération pour le calcul de l'ancienneté.

12. Une plus grande diversité caractérise les droits nationaux quant au régime de la maladie. Le droit français est le seul qui laisse régir par les règles du droit commun les effets juridiques de la maladie. Mais les conséquences juridiques qui en résultent, préjudiciables au salarié, sont souvent tempérées par les conventions collectives du travail, ou écartées par des statuts spéciaux. La maladie ou l'accident ont au contraire donné lieu à des interventions législatives dans les droits des autres pays. En Allemagne, des dispositions fragmentaires contenues dans le Code civil, dans le Code du commerce, ou dans la loi sur les mines assurent pendant un certain temps la conservation de l'emploi. En Belgique, l'employeur ne peut mettre fin au contrat au cours des six premiers mois de l'incapacité de travail s'il s'agit d'un ouvrier, et au cours des trois premiers mois s'il s'agit d'un employé; le délai de préavis, antérieurement signifié par l'employeur, cesse même de courir pendant cette suspension. Même l'expiration de la période considérée ne met pas fin de plein droit aux rapports du travail. L'employeur a seulement la faculté de résilier le contrat, mais il doit verser une indemnité égale au salaire dû pendant la durée du préavis. Une situation voisine existe en Italie.

La maladie ne constitue pas davantage une cause de rupture du contrat de travail au Luxembourg. L'article 8 du statut des employés assure même pendant trois mois la conservation de l'emploi. La protection donnée au salarié est plus longue encore aux Pays-Bas. Il est interdit à l'employeur de mettre fin au contrat de travail pendant la période de maladie, à moins que l'inaptitude du salarié n'ait duré au moins deux ans.

13. L'exécution des obligations militaires donne lieu dans tous les droits à des interventions législatives protectrices de l'emploi. Sans doute ne trouve-t-on pas encore dans la législation allemande de dispositions générales, en raison de la démilitarisation de ce pays au cours des dernières années; tout au plus, peut-on y relever une disposition relative aux stages d'aptitude en vue de la sélection des soldats volontaires. Il est au contraire facile de relever, dans les autres droits, des dispositions sur la suspension du contrat de travail. Ces mesures ont parfois été limitées à certains aspects de l'obligation militaire (tels que le rappel sous les drapeaux), mais souvent la protection de l'emploi s'est progressivement étendue

aux différents aspects des obligations militaires, ou elle a donné lieu à des dispositions de caractère général. C'est ainsi qu'en droit français la suspension du contrat de travail a été décidée par un ensemble de dispositions successives concernant le rappel sous les drapeaux, le service préparatoire et (depuis la loi du 27 mars 1956) l'engagement pour la durée d'une guerre, tandis qu'un droit à réintégration a été institué en faveur des salariés appelés au service militaire légal. Des formules de caractère général sont contenues dans les droits des autres pays de la Communauté. Au Luxembourg, la loi du 23 juillet 1952 conserve aux militaires non seulement leur emploi, mais même leurs droits à l'avancement. Le droit belge fait de l'appel ou du rappel sous les armes une cause de suspension du contrat de travail; l'exécution des obligations militaires, en quelque circonstance que ce soit, et quelle qu'en soit la longueur, fait ainsi obstacle à la résolution du contrat de travail. En Italie, la distinction ancienne entre le service militaire normal et le rappel sous les drapeaux a été supprimée par le décret-loi du 13 décembre 1946; la règle de la conservation de l'emploi a même reçu une consécration solennelle dans l'article 52 de la Constitution. Aux Pays-Bas, l'employeur ne peut licencier un salarié majeur en raison de l'accomplissement du service militaire, et cette disposition est même étendue aux adolescents qui comptent une année d'ancienneté. Mais la disposition du droit néerlandais est particulièrement remarquable en ce qu'une même protection est donnée au salarié appelé à un service public pour la défense du pays ou de l'ordre public.

14. Dans certains droits, l'accomplissement d'un service public dispense temporairement le salarié de son obligation de fournir une prestation de travail et devient même parfois une cause durable de suspension du contrat de travail.

D'une manière générale, les salariés ont droit à un temps suffisant pour leur permettre de s'acquitter de fonctions de caractère public: la participation à une juridiction, à un organisme de tutelle, au conseil d'administration d'un organisme de sécurité sociale, aux séances d'un conseil municipal ou général. L'article 51, alinéa 3, de la Constitution italienne de 1948 donne à toute personne appelée à exercer des fonctions publiques électives le droit de disposer du temps nécessaire à l'exercice de ces fonctions et lui assure la conservation de son emploi. En Allemagne, l'article 48 de la loi fondamentale (Constitution fédérale) et les constitutions des Länder contiennent des dispositions analogues pour les membres des assemblées législatives.

15. Un dernier point mérite enfin d'être noté: la tendance générale qui inspire les droits des pays de la Communauté à humaniser les relations du travail, en laissant aux salariés la possibilité de disposer de quelques jours de liberté pour leurs convenances personnelles. Il s'agit pratiquement d'événements familiaux: le mariage, une naissance, le décès d'un proche parent, ou encore, dans certains systèmes, le déménagement du ménage, une convocation préalable au service

militaire. Généralement ces événements ne sont pas prévus par le législateur, mais par des conventions collectives ou par des statuts spéciaux du personnel, ou, en Belgique, par des décisions des commissions paritaires, dont un nombre appréciable a été rendu obligatoire par arrêté royal.

Toutes les règles qui viennent d'être exposées sur la suspension du contrat ou sur l'octroi de congés représentent une évolution remarquable des droits des pays de la Communauté. Sous l'influence de considérations d'ordre social, le droit moderne du travail a ainsi complété ou refoulé les principes du droit commun et affirmé son particularisme. Une règle plus favorable encore a parfois été consacrée: le maintien total ou partiel du salaire pendant la période d'arrêt du travail.

2. Suspension du contrat et maintien du salaire

16. Le droit à la conservation du salaire a été admis en droit allemand dès le Code civil, dont le § 616 assure, à la fois, le maintien de l'emploi et le droit à la rémunération lorsque le salarié est empêché, pendant une période relativement courte, pour une raison de caractère personnel, et sans faute de sa part, d'accomplir un service. Des dispositions analogues se retrouvent dans les dispositions, précédemment analysées, du § 63 du Code de commerce et dans le § 90 *a* de la loi générale sur les mines. Dans le droit néerlandais, le travailleur a droit à son salaire dans les hypothèses où sa maladie – ou l'exécution des obligations imposées par l'autorité publique – le fait bénéficier de la suspension du contrat de travail. La législation belge, de même que le droit français, n'impose pas le paiement du salaire en cas de maladie du salarié, ou d'appel sous les drapeaux; mais cette règle est souvent écartée en France, au moins en cas de maladie, par des conventions collectives ou par les statuts spéciaux du personnel. En Belgique, en cas de maladie d'un employé, le droit au salaire est maintenu pendant les trente premiers jours. Dans ce pays également, des décisions de commissions paritaires, souvent rendues obligatoires par arrêté royal, accordent aux salariés une allocation équivalente au salaire lors d'absences motivées par des événements familiaux. Cet avantage est alors généralement réservé aux salariés comptant une certaine ancienneté; le paiement de l'allocation suppose un avertissement préalable donné à l'employeur, ainsi que la preuve de l'empêchement. L'indemnité n'est versée que si le salarié eût réellement été présent au travail si l'empêchement familial ne s'était pas produit. Le congé de trois jours accordé pour la naissance d'un enfant est également indemnisé dans la législation française. Des dispositions intéressantes peuvent être observées dans la législation luxembourgeoise intéressant les employés. Ce droit, qui institue une suspension légale du contrat pendant trois mois si l'employé est empêché par une maladie ou un accident de remplir ses engagements, décide que l'employé conservera le

droit à l'intégralité de sa rémunération pour le mois au cours duquel la maladie a éclaté et pour les trois mois suivants. Ce délai une fois expiré, l'employeur qui ne dénonce pas le contrat de travail devra compléter pendant une année la pension que la caisse de pension des employés privés doit servir au salarié malade jusqu'à concurrence des trois quarts du traitement. Mais les dispositions les plus remarquables sont sans aucun doute celles du droit italien. Il arrive tout d'abord, en cas de maladie, que le travailleur continue de percevoir son salaire (et l'on dit en ce cas qu'il continue de percevoir sa *rémunération*) ou une partie de celui-ci (et l'on parle en ce cas d'*indemnité*). L'article 2110 ne garantit pas lui-même le maintien du salaire, mais il renvoie aux lois spéciales, aux conventions collectives, aux usages ou à l'équité qui reconnaissent ce droit au salarié. C'est ainsi qu'en cas de maladie ou d'accident, les employés conservent leur *rémunération* pendant un ou deux mois selon leur ancienneté, et ont droit à une *indemnité* égale à la moitié du salaire pendant les mois suivants. Quant aux ouvrières, en cas de grossesse ou d'accouchement, elles perçoivent, pendant la durée d'absence obligatoire, une *indemnité* journalière égale à 80% de la rémunération. Des règles particulières s'appliquent au personnel navigant. Mais ces dispositions protectrices du salaire s'étendent même parfois au *rappel* sous les drapeaux. Les employés privés (mais non les ouvriers) ont droit en ce cas à une indemnité mensuelle égale à la rémunération pendant les deux premiers mois, et à la différence entre cette rémunération et la solde militaire pendant la période ultérieure. (Une règle semblable avait également été instituée au cours de la dernière guerre en Allemagne.) Dans tous les pays de la Communauté, ces règles légales sont souvent assouplies par les dispositions du droit conventionnel du travail.

17. Ces dispositions appellent une observation de caractère général. L'indemnisation des pertes de salaires apparaît, à l'époque moderne, relever des systèmes de sécurité sociale. L'obligation imposée à l'employeur de verser un salaire appartient ainsi par sa technique au droit du travail, mais par son esprit à l'idéologie de la sécurité sociale. Il n'est donc pas surprenant que certaines interférences se produisent entre les deux droits. En droit italien, l'obligation de l'employeur au versement d'un salaire à l'employé malade est supprimée si la loi ou les conventions collectives prévoient des formes équivalentes de prévoyance ou d'assistance: cette formule réserve ainsi le jeu éventuel des assurances-maladie ou accidents du travail. Des précautions sont également prises par le droit français de la sécurité sociale pour éviter le cumul du salaire et des prestations de l'assurance-maladie. Dans d'autres cas, le procédé technique employé pour assurer la conservation du salaire révèle un glissement du droit du travail vers le droit de la sécurité sociale. En France, l'indemnité accordée à un salarié à l'occasion de la naissance d'un enfant est payée par l'employeur, mais elle lui est remboursée par les caisses d'allocations familiales. En Italie,

l'indemnité due aux employés privés rappelés sous les drapeaux est versée par une caisse spéciale, instituée auprès de l'*Institut national de prévoyance sociale*, et qui est alimentée par des contributions à la charge des employeurs. On retrouve dans ces deux cas le phénomène de diffusion d'une "éventualité" sociale, caractéristique des institutions de sécurité sociale. Il est possible que la politique de sécurité sociale comporte pour l'avenir de nouveaux développements, qu'elle admette plus largement l'indemnisation des pertes de salaires en cas de suspension du contrat de travail, et qu'aux procédés actuels d'indemnisation des pertes de salaires se substituent un jour des techniques de répartition des risques sociaux entre les chefs d'entreprises.

C. *L'influence sur l'emploi des conflits collectifs du travail*

18. Le droit de la grève a subi à une date récente, dans les droits d'un certain nombre de pays de la Communauté, une évolution importante provoquée par le glissement de la théorie de la grève du plan des rapports individuels du travail à celui des rapports collectifs. La grève tend à ne plus être envisagée du point de vue de la volonté des grévistes de résilier leurs contrats de travail ou de l'inexécution des obligations contractuelles; elle est considérée comme un droit collectif de la masse des travailleurs.

Dans aucun des droits de la Communauté, la grève ne constitue plus aujourd'hui une infraction dans le droit pénal général: l'article 40 de la nouvelle Constitution italienne a supprimé le délit de grève, prévu par les articles 502 et suivants du Code pénal de 1930. Dans certains pays même, la France, l'Italie, le Luxembourg, une consécration constitutionnelle a été donnée au droit de grève.

Une distinction doit cependant être faite entre les pays de la Communauté en ce qui concerne les effets de la grève sur le contrat de travail. En France et en Italie, de même qu'au Luxembourg, la grève n'entraîne que la suspension du contrat de travail. Il en résulte que le contrat n'est pas rompu de plein droit du fait des grévistes, mais aussi que l'employeur ne peut prendre prétexte de la grève pour résilier le contrat de travail. On peut rapprocher de cette conception celle contenue dans le "Beschluss" du Grand Sénat du Tribunal fédéral allemand du 28 janvier 1955. La grève légitime, organisée par les syndicats, ne constitue pas un acte illicite; les employeurs ne peuvent procéder au licenciement extraordinaire et sans délai des grévistes pour violation du contrat. Ils peuvent toutefois recourir en ce cas à un lock-out collectif.

Les droits de la Belgique et des Pays-Bas restent plus fidèles aux conceptions traditionnelles. Avant 1940, les juridictions belges se prononçaient presque unanimement en faveur de la rupture du contrat de travail du fait des grévistes. La jurisprudence plus récente est divisée tant sur la question de savoir si la grève rompt de plein droit le contrat de travail que sur le droit pour l'employeur de

résilier le contrat en raison de l'inexécution par les grévistes de leurs obligations contractuelles. La situation est assez voisine aux Pays-Bas. La grève n'est pas considérée comme une cause de rupture du contrat de travail, mais la cessation de la prestation de travail légitime la résiliation du contrat de travail par l'employeur pour motif impérieux et lui ouvre droit à l'indemnisation du dommage subi.

L'écart entre les systèmes juridiques est pourtant moins profond dans les faits que dans les règles de droit. En pratique, les employeurs sont loin de résilier les contrats de travail des grévistes (sinon à l'égard des instigateurs du conflit), et le droit à des dommages-intérêts pour le préjudice subi est affirmé plus comme une règle de principe qu'il n'est effectivement exercé. En Belgique, deux projets de loi, Troclet et Major, ont admis, dans des conditions différentes, que la grève n'entraînerait pas la rupture du contrat de travail ou du contrat d'emploi du fait des grévistes.

19. Malgré les différences existant entre les droits nationaux, la solution selon laquelle la grève a pour seul effet de suspendre le contrat de travail s'étend ainsi progressivement. La comparaison des droits de la Communauté exigerait cependant une analyse approfondie du régime de la grève. Quel est, au regard du principe de la suspension du contrat, le régime de la grève politique ou de la grève motivée par l'opposition à la politique économique du gouvernement? La grève de solidarité, la grève perlée rentrent-elles dans la notion juridique de la grève? Il ne conviendrait pas seulement de définir la notion de la grève, il faudrait également préciser les limites, légales ou jurisprudentielles, à l'exercice du droit de grève. Les conséquences précises de la suspension du contrat devraient être définies. L'étude approfondie du régime de la grève mériterait d'être entreprise dans un rapport spécialement consacré aux conflits collectifs du travail; il suffit de marquer ici la tendance des droits de la Communauté dans ce domaine.

20. Il est plus difficile encore pour le lock-out que pour la grève d'exposer, à l'occasion de la stabilité de l'emploi, les systèmes des droits nationaux en matière de lock-out. D'une manière générale, le lock-out a donné lieu à des interventions législatives moins nombreuses que la grève, la jurisprudence est beaucoup plus rare, les solutions sont moins sûres, les orientations de la doctrine plus incertaines.

Certaines tendances peuvent cependant être décelées. Si le lock-out n'est pas réprimé pénalement dans les droits de la Communauté (bien que l'idée soit encore défendue par certains auteurs dans la doctrine italienne), les constitutions française, italienne et luxembourgeoise, qui donnent une consécration constitutionnelle au droit de grève, n'entourent pas de la même garantie le lock-out. D'autre part, le régime juridique du lock-out et celui de la grève tendent à se dissocier. L'arrêt précité du Grand Sénat du Tribunal fédéral du travail a vu

dans le lock-out une mesure légitime de lutte à but collectif, à laquelle l'employeur peut recourir, notamment en cas de grève, et qui permet au chef d'entreprise de résilier sans préavis l'ensemble des contrats de travail des salariés en grève. Mais, pour le Tribunal fédéral, le lock-out se caractérise par l'intention de réembaucher les salariés après la cessation du conflit, et l'employeur s'engage même à ne pas exercer son droit de réembauchage d'une manière manifestement abusive, notamment en établissant des différences de traitement entre les salariés selon leur religion, leur nationalité, leur origine, ou leur opinion politique ou syndicale. En Italie, le lock-out est considéré comme un refus illégitime de la prestation de travail, qui oblige l'employeur à verser la rémunération convenue, sous réserve de l'exercice du droit de licenciement. En France, le lock-out paraît devoir entraîner la rupture du contrat de travail, à moins qu'à la fin du conflit les salariés n'acceptent la suspension du contrat. La rupture du contrat de travail est défavorable à l'employeur, ainsi tenu de toutes les obligations imposées à l'auteur de la résiliation. L'employeur qui ne veut pas rompre le contrat, et qui se soustrait ainsi aux obligations imposées à l'auteur de la rupture, doit au moins être tenu de verser aux travailleurs les salaires correspondant à une interruption de travail dont les salariés ne sont pas responsables. L'obligation imposée à l'employeur de verser les salaires, s'il suspend le contrat de travail, et celle de verser les indemnités de rupture du contrat, s'il licencie le personnel, imposent de lourdes charges à l'employeur qui recourt au lock-out et paraissent annoncer un déclin de cette pratique dans les relations du travail.

Section II

LA PROTECTION DE L'EMPLOI DANS LES CONTRATS DE CARACTÈRE TEMPORAIRE

21. La situation du travailleur dans le contrat de travail à durée déterminée ne peut être précisée qu'en tenant compte simultanément d'un certain nombre d'éléments.

1° Du seul point de vue de la technique juridique, le contrat de travail à durée déterminée assure la stabilité de l'emploi au travailleur, puisque l'employeur est tenu d'occuper le salarié jusqu'au terme convenu et qu'il s'expose à une condamnation à dommages-intérêts s'il rompt prématurément son engagement.

2° D'un point de vue sociologique, le contrat à durée déterminée n'assure qu'imparfaitement la stabilité de l'emploi. Ce n'est guère que pour les employés déjà élevés dans la hiérarchie, et dont l'employeur désire s'assurer les services, ou pour ceux qui souhaitent être prémunis contre le risque de résiliation d'un contrat de travail à durée indéterminée que l'engagement est conclu pour une durée assez longue. Pour les ouvriers, et même pour les employés subalternes, le contrat à durée déterminée n'est conclu que pour une période brève: quelques

jours pour des ouvriers, quelques semaines ou au plus quelques mois pour des employés.

3° Même dans l'ordre juridique, le contrat à durée déterminée est entaché d'une profonde instabilité, puisque le contrat prend fin, dans tous les droits de la Communauté, à l'arrivée du terme, sans que l'employeur soit obligé de donner un préavis et sans qu'il engage sa responsabilité s'il ne conclut pas un nouveau contrat. Tout au plus arrive-t-il assez fréquemment, en pratique, que le contrat à durée déterminée soit l'objet d'une tacite reconduction, qui le transforme en un contrat à durée indéterminée. D'autre part, les événements qui entraînent la suspension du contrat de travail ne déterminent pas une prolongation du contrat de travail à durée déterminée. On ne rencontre même pas dans le contrat de travail à durée déterminée une règle, souvent appliquée au contrat à durée indéterminée, et qui a pour effet de prolonger le préavis en raison de la suspension du contrat survenue au cours de cette période.

On comprend ainsi que le droit du travail se soit préoccupé d'assurer la stabilité de l'emploi dans les contrats de travail à durée déterminée.

22. Un premier procédé peut être imaginé, dont le droit belge et le droit italien offrent un exemple. La *clause* qui limite dans le temps les effets du contrat de travail *doit, à peine d'inexistence, être constatée par écrit au moment de l'engagement*. La clause n'intéresse pas seulement la preuve du contrat. A défaut de clause écrite, le contrat est considéré comme conclu pour un temps indéterminé.

Un second procédé représenté dans les droits des pays de la Communauté est l'institution d'un *préavis*. Cette formalité n'a pas pour but de rappeler le terme prévu (on peut dire que dans un contrat à durée déterminée, le préavis remonte au jour même de la conclusion du contrat). Elle a pour but d'avertir le salarié de l'intention de l'employeur et de lui faire savoir si les rapports contractuels seront ou non maintenus à l'arrivée du terme. La généralisation de cette pratique, au moins dans les contrats conclus pour une certaine durée, atténuerait sensiblement les inconvénients du contrat à durée déterminée.

En troisième lieu, les droits des pays de la Communauté s'efforcent d'éviter la *fraude* à laquelle peut donner lieu le recours au contrat de travail à durée déterminée. Ce contrat excluant normalement tout préavis, un procédé ingénieux permettrait de tourner les règles relatives au préavis, imposées pour la résiliation du contrat à durée indéterminée. La succession d'un grand nombre de contrats à durée déterminée, ou contrats en chaîne (*Kettenvertrag*), aboutirait à une situation analogue à celle d'un contrat à durée indéterminée, mais beaucoup plus favorable à l'employeur. L'accord peut être considéré comme réalisé sur l'impossibilité d'éviter par ce moyen l'observation du délai de préavis. Tantôt la notion de fraude à la loi est utilisée, et tantôt le fait que la succession des contrats ne donne pas réellement lieu à la conclusion et à l'exécution de contrats dis-

tincts, mais seulement à la tacite reconduction d'un contrat originaire, à durée déterminée. En Allemagne, un arrêt, rendu le 20 octobre 1954 par le Tribunal fédéral du travail, est même allé plus loin encore, en considérant que la simple limitation de la durée du contrat est illicite lorsque aucune raison particulière ne détermine l'employeur à engager régulièrement un travailleur pour une durée déterminée.

On peut enfin observer, dans quelques hypothèses, l'*obligation pour l'employeur de verser une indemnité* au salarié en cas de non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée parvenu à son terme normal. L'idée est consacrée en France dans l'article 290 du livre premier du Code du travail, pour l'indemnité de clientèle due aux représentants de commerce. Elle a été consacrée par la jurisprudence à propos des statuts du personnel des institutions internationales (notamment de l'O.N.U.), lorsque l'institution à laquelle ils sont attachés refuse de renouveler, sans motifs légitimes, leur contrat de travail.

23. Le contrat à l'essai présente, comme le contrat à durée déterminée, le caractère de n'être conclu qu'à titre temporaire.

La pratique de ce contrat ne peut être négligée si l'on veut assurer la stabilité de l'emploi parce que, dans tous les droits de la Communauté (et conformément à la finalité même de l'essai), chaque partie peut mettre fin unilatéralement aux relations du travail. Il en résulte une grande insécurité des relations du travail, ainsi que le risque de certains abus.

Les droits des pays de la Communauté révèlent les techniques différentes susceptibles d'être utilisées par l'autorité publique ou par les milieux professionnels pour éviter des pratiques dangereuses.

1° Le droit belge et le droit italien demandent que la *clause d'essai soit constatée par écrit*. La règle n'est d'ailleurs pas imposée comme condition de validité du contrat. Mais la clause d'essai est réputée non écrite, et la convention est considérée comme un contrat définitif, de durée indéterminée.

2° Il arrive qu'une *durée minima* soit fixée pour l'essai et que le travailleur ait ainsi le droit à poursuivre l'essai pendant un temps nécessaire pour apprécier réellement ses qualités; il est ainsi protégé contre un jugement trop rapide de l'employeur.

3° Plus encore que la fixation d'un délai minimum, il importe de fixer un *délai maximum*, afin de ne pas voir l'essai se prolonger abusivement et l'instabilité de l'emploi se prolonger d'une manière excessive. Aussi les contrats individuels de travail ne peuvent-ils pas toujours librement fixer la durée de la période d'essai. Des dispositions de ce genre se rencontrent en droit allemand dans les mines de houille et dans l'industrie sidérurgique.

4° Différents procédés peuvent tempérer le droit de résiliation dans le contrat à l'essai. Il peut en être ainsi en droit allemand. Dans le cadre général de la liberté des conventions, on peut convenir que le contrat pourra être libre-

ment dénoncé au cours de l'essai, mais qu'à l'*expiration de celui-ci, les délais normaux*, ou même des délais contractuels plus longs, *seront observés*. Ou encore, la résiliation du contrat pourra être subordonnée à la commission d'une *faute grave*.

5° Si l'essai est satisfaisant, le *contrat définitif de travail est censé conclu dès le début de l'essai*; la période d'essai est ainsi incorporée dans les relations du travail, notamment pour la détermination de l'ancienneté dans l'entreprise.

6° *La théorie de la fraude* empêche que, par le renouvellement de contrat à l'essai, l'employeur ne parvienne à tourner les règles sur le préavis dans le contrat de travail à durée indéterminée.

Enfin, en droit français, l'idée a été esquissée que l'employeur ne peut rompre le contrat à l'essai pour un motif quelconque, mais seulement pour des causes d'ordre professionnel et se rattachant aux résultats de l'essai. Discrétionnaire dans ce domaine, son appréciation cesse de l'être si d'autres motifs ont déterminé sa décision.

Section III

LES LIMITATIONS APPORTÉES AU DROIT DE RÉSILIATION UNILATÉRALE DE L'EMPLOYEUR DANS LE CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDÉTERMINÉE

24. Les limitations apportées au droit de résiliation unilatérale de l'employeur dans le contrat de travail à durée indéterminée sont au cœur de toute politique de stabilité de l'emploi. Il en est ainsi en raison de l'importance pratique de ce contrat (qui est la règle dans l'aménagement des relations du travail), et en raison de l'instabilité qu'imprime aux relations du travail, au moins dans l'ordre juridique, le droit de résiliation unilatérale reconnu à l'employeur. Et l'on peut constater en effet, dans le droit moderne, qu'un ensemble de règles convergent pour assurer cette stabilité. La plus ancienne est l'institution d'un *délai de préavis*, qui ne porte pas directement atteinte au droit de résiliation de l'employeur, mais qui diffère les effets de la rupture pendant une période plus ou moins longue. Le droit de résiliation est parfois plus directement entravé par le *contrôle des services de la main-d'œuvre ou par celui d'organismes professionnels* associés, sous des formes techniques différentes, à la décision du chef d'entreprise. Cette protection peut être *donnée à tous les salariés*, mais elle est particulièrement apportée à certaines catégories de salariés, et notamment aux *représentants du personnel*. Enfin, à la stabilité de l'emploi peut se superposer le principe d'une *stabilité dans la fonction*.

§ 1. LE DÉLAI DE PRÉAVIS

25. La brusque rupture du contrat de travail à durée indéterminée présenterait un grave danger pour les parties au contrat de travail; elle pourrait désorganiser

l'entreprise patronale, en la privant d'un concours qui peut lui être nécessaire. Elle serait plus dangereuse encore pour le salarié, qui risquerait d'être privé de son emploi et, du fait même, de tout moyen d'existence. Aussi l'institution d'un préavis se retrouve-t-elle dans tous les pays de la Communauté. Mais en dépit de cette base commune, des différences sensibles séparent les droits de la Communauté. Il est peu de domaines où la confrontation des systèmes nationaux soit plus fructueuse, parce qu'elle révèle des formules différentes, souvent originales, et qu'elle incite à réfléchir sur la meilleure manière d'assurer la protection des travailleurs.

26. Les différences entre les systèmes juridiques se manifestent tout d'abord quant à la *source juridique* du préavis. Certains systèmes donnent la primauté à la *loi*. Il en est ainsi de l'Allemagne (en vertu du § 621 B.G.B.), de la Belgique (qu'il s'agisse des ouvriers ou des employés), du Luxembourg (en ce qui concerne les employés privés) et des Pays-Bas. En France et en Italie, au contraire, le législateur n'est intervenu qu'exceptionnellement pour fixer les délais de préavis au profit de certaines catégories de salariés. Dans ces pays, les délais de préavis sont essentiellement fixés par des *sources professionnelles*. Au premier rang se trouvent les *conventions collectives*, parce que ces accords, conclus entre des organisations syndicales placées sur un plan d'égalité, permettent de déterminer dans des conditions d'équité les conditions du travail. Au second plan se trouvent placés les *usages*. Il est, au contraire, tout à fait exceptionnel de voir confier au juge la détermination du préavis: cette situation se rencontre pourtant en Belgique, pour les employés dont la rémunération annuelle dépasse 120 000 francs, lorsque le délai de préavis n'est pas fixé par la convention des parties.

Après de ces sources le rôle du contrat individuel est généralement effacé. Les solutions diffèrent selon les droits, mais la tendance générale est que le contrat de travail ne peut supprimer ou réduire le délai de préavis, ou modifier les règles sur le préavis jugées essentielles dans un système national.

27. La diversité des techniques utilisées pour régler les délais de préavis conduit à mettre en lumière les avantages et les inconvénients de chaque procédé. La détermination des délais de préavis par les conventions collectives ou par les usages permet d'adapter les délais de préavis à l'extrême diversité des professions et des régions. Une fixation par la loi est à cet égard plus rigide, bien que les systèmes allemand ou belge montrent les différences qu'il est possible d'introduire selon la condition juridique des salariés. Mais l'avantage que présentent les sources du droit professionnel a pour contre-partie des inconvénients, surtout en ce qui concerne les usages. Les usages peuvent comporter des lacunes. Des professions nouvelles apparaissent, dans lesquelles il n'existe pas encore d'usage. Les usages peuvent se modifier. La connaissance des

usages de la profession, de la catégorie professionnelle et de la localité est souvent difficile. Dans une pensée d'équité, les juges déforment souvent leur rôle, qui est de simple constatation de l'usage. La juridiction de cassation doit alors intervenir pour définir la mission du juge du fond, et pour la limiter à la seule application de l'usage. Le rapporteur général a été très sensible à la simplicité qu'apporte la fixation des usages par la loi dans la majorité des pays de la Communauté.

28. Les systèmes nationaux diffèrent également en ce qui concerne le point de départ du délai de préavis. Tandis qu'en France, et d'une manière générale, en Italie, le préavis court du jour de la notification faite à l'autre partie, les droits de certains pays de la Communauté fixent eux-mêmes le début du préavis. C'est ainsi qu'en Belgique, le délai de préavis court, en ce qui concerne les ouvriers, le lundi suivant la semaine pendant laquelle il est donné. On trouverait d'autres exemples de ce procédé dans les droits belge et luxembourgeois, en ce qui concerne les employés, ou exceptionnellement en Italie, pour le contrat d'emploi privé.

Le droit allemand connaît une technique un peu différente, en obligeant à dénoncer le contrat pour un jour déterminé et en fixant un délai minimum de préavis. Par exemple, les dispositions relatives à l'industrie minière prévoient que, pour les mineurs, le contrat de travail peut être dénoncé par chacune des parties le 1^{er} de chaque mois pour le 15, et le 15 pour le dernier jour du mois. Il en résulte que le licenciement doit être notifié un jour quelconque, avant le 1^{er} ou avant le 15.

La conception qui détermine suivant de tels procédés la date de cessation du contrat de travail peut paraître préférable. Elle a l'avantage d'éviter les discussions auxquelles peut donner lieu la date exacte à laquelle le préavis a été reçu, et elle uniformise les dates de cessation du contrat de travail si le préavis a été donné à tout un groupe de salariés.

29. Le point de départ du préavis une fois déterminé, la question essentielle est la détermination de la durée du préavis. Les délais de préavis ne sont jamais fixés d'une manière absolument uniforme. Dans certains pays (et tel est le cas de la France), la diversité dépend de la profession et de la qualification professionnelle. Dans d'autres, tels que la Belgique, le Luxembourg et l'Italie, où la distinction entre ouvriers et employés présente un caractère essentiel, l'institution de délais plus longs pour les employés représente une des règles caractéristiques du statut plus favorable dont bénéficient ces salariés. Parmi les employés, des différences sont d'ailleurs souvent faites selon l'ordre hiérarchique, les employés supérieurs bénéficiant de plus longs délais. D'autres distinctions sont parfois établies. Certains droits, tels que le droit belge du contrat d'emploi, distinguent entre les employés selon le montant de leur rémunération. Le droit allemand et

celui des Pays-Bas prennent en considération les règles sur la périodicité du paiement des salaires.

Des liens unissent d'ailleurs au fond, sinon dans leur expression, ces différents systèmes: l'importance du salaire est nécessairement en relation avec la qualification professionnelle ou avec la situation du salarié dans l'entreprise. La même observation pourrait être faite à propos de la périodicité du paiement des salaires: les intervalles séparant deux payes sont d'autant plus réduits que le salaire est plus faible et que la rémunération est, du fait même, plus indispensable au travailleur.

30. Des tendances plus remarquables encore de certains droits se manifestent dans d'autres domaines. Tout d'abord, l'employeur et le salarié doivent-ils ou non être placés sur un plan d'égalité en ce qui concerne le préavis qui leur est dû? En France, en Allemagne, en Italie et, d'une manière générale, au Luxembourg, les délais sont les mêmes pour les deux parties. Dans d'autres droits au contraire, l'idée apparaît que le salarié doit être plus complètement protégé que l'employeur par les règles sur le délai de préavis. Le départ d'un salarié est généralement moins dommageable à l'entreprise que la perte de l'emploi et du salaire ne le sont pour le travailleur. Cette idée explique que, dans certains droits, les délais de préavis soient plus longs lorsque la résiliation émane de l'employeur que lorsqu'elle provient du salarié. Dans le droit belge du contrat de travail, le délai de préavis est fixé à quatorze jours dans le premier cas, et à sept jours dans le second. Le délai que l'employeur est tenu d'observer est donc le double de celui dont est tenu l'ouvrier. Le même principe inspire la législation belge sur le contrat d'emploi. Au Luxembourg, le délai-congé est réduit de moitié lorsque la résiliation émane de l'employé. On retrouve une idée semblable aux Pays-Bas pour les travailleurs majeurs et comptant une certaine ancienneté de services. Parfois l'idée d'une différence de traitement entre employeur et salarié se manifeste sous une autre forme: elle retentit sur le régime des conventions relatives au délai de préavis. C'est ainsi qu'en Allemagne, le contrat individuel de travail peut imposer à l'employeur d'observer un délai de préavis plus long que la durée légale, tandis qu'il est impossible de créer la même obligation à l'égard du salarié. Aux Pays-Bas, une clause du contrat de travail, constatée par écrit, peut déroger aux délais légaux, à la condition que le préavis ne dépasse pas six mois pour le salarié et que le délai imposé à l'employeur ne soit jamais inférieur au double de celui du travailleur. La tendance générale qui vient d'être exposée paraît au rapporteur l'une des plus intéressantes qu'ait révélées cet examen de droit comparé.

31. Une seconde tendance peut être discernée. Elle consiste à tenir compte de l'ancienneté dans l'entreprise pour allonger les délais de préavis. L'idée inspire tous les droits des pays de la Communauté, mais avec plus ou moins de généra-

lité. Elle est largement consacrée dans le droit belge ou néerlandais, au point que les règles du droit des Pays-Bas, liant le préavis à la périodicité du paiement des salaires, ne s'appliquent le plus souvent qu'aux adolescents. Le principe est plus discrètement admis dans le droit italien ou français. L'allongement du préavis fait alors partie des avantages attachés à l'ancienneté. Il pose naturellement tous les problèmes généraux que soulève l'institution de droits spéciaux en faveur de salariés anciens. L'allongement du préavis peut apparaître comme la contre-partie naturelle de la fidélité manifestée à l'entreprise; il peut être d'autant plus justifié qu'un ancien salarié peut éprouver plus de difficultés à trouver un nouvel emploi. Mais il peut avoir l'inconvénient de détruire l'égalité entre tous les salariés d'une entreprise, et certains représentants de l'opinion ouvrière s'y sont pour cette raison, et dans certains pays, opposés. Mais, en dehors des problèmes généraux des droits attachés à l'ancienneté, l'allongement du préavis peut présenter des problèmes propres, notamment dans un système juridique tel que celui des Pays-Bas, qui voit dans la grève une cause de cessation du contrat de travail. Les salariés étant alors tenus de dénoncer le contrat de travail, et d'observer les délais de préavis, l'institution de délais plus longs, liés à l'ancienneté, a l'inconvénient d'empêcher les salariés, travaillant depuis longtemps dans une même entreprise, de recourir aussi facilement à la grève; elle tend alors à entraver la généralisation de la grève.

32. Une dernière tendance, que l'on rencontre en France et au Luxembourg, peut être discernée: les délais de préavis, étant déterminés par les usages, peuvent varier selon la localité où le travail est effectué. Cette situation est accidentelle, elle est difficile à justifier, et se relie à un système de détermination du préavis qui n'apparaît pas comme techniquement le meilleur.

33. Si tous les droits des pays de la Communauté s'accordent sur la nécessité d'un préavis, certains se préoccupent de donner au salarié un délai utile. Des lois ou des usages laissent au salarié un certain temps de liberté pour trouver un nouvel emploi. De plus, en droit belge, le préavis cesse de courir lorsqu'au cours du délai, un ouvrier est victime d'une maladie ou d'un accident. Il en est autrement dans d'autres droits, et notamment dans le système français, où le préavis continue de courir alors que le salarié ne peut l'utiliser en fait, sans doute sous l'influence de la conception inexacte (et qui tend à être abandonnée) selon laquelle la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée entraînerait la conclusion d'un nouveau contrat, à durée déterminée cette fois, et conclu pour le temps du préavis.

34. Les règles sur l'inobservation du délai-congé sont sanctionnées dans tous les droits par l'allocation de dommages-intérêts. Mais le rapport italien et les discussions au sein du comité ont eu l'intérêt de faire prendre nettement cons-

science aux membres du groupe de spécialistes de deux conceptions différentes des droits nationaux sur les rapports respectifs du préavis et du droit à dommages-intérêts.

L'obligation de l'employeur peut en effet être conçue sous la forme d'une obligation alternative: l'employeur serait tenu, soit à l'observation effective du préavis, soit au versement de dommages-intérêts égaux aux salaires dont le travailleur a été privé, le contrat de travail étant pourtant rompu à la date de la résiliation. Mais on peut adopter une seconde conception et considérer que l'employeur est tenu d'observer effectivement le délai de préavis. Les relations du travail ne prennent alors fin qu'au dernier jour du préavis, la violation de l'obligation imposée à l'employeur étant naturellement sanctionnée par l'allocation des dommages-intérêts.

Des intérêts pratiques importants sont attachés à cette discussion, et l'on en trouvera l'exposé dans le rapport italien. Ils peuvent varier selon les droits nationaux, mais le choix entre les deux conceptions présente, dans tous les systèmes, au moins une importance évidente en ce qui concerne les droits attachés à l'ancienneté. Selon que le contrat est ou non considéré comme rompu à la date où la résiliation intervient, l'ancienneté du salarié est plus ou moins longue, et les droits qui y sont attachés sont plus ou moins étendus.

La Cour de cassation d'Italie a considéré que l'obligation d'observer le préavis et le versement d'une indemnité ne peuvent être placés sur le même plan. Le salarié a, en principe, droit à être employé pendant la période du préavis, et la résiliation du contrat n'est, de toute manière, effectuée qu'à l'échéance de la période de préavis. Il ne paraît pas douteux au rapporteur général que cette conception réponde le mieux à la finalité du préavis. La prolongation de la relation de travail ne permet pas seulement au salarié d'être assuré pendant quelque temps encore de moyens d'existence. Elle lui donne la possibilité d'exercer une activité professionnelle. Ce droit à l'emploi ne met pas seulement en jeu des intérêts matériels, mais moraux. Le travailleur a un intérêt à ne pas percevoir une indemnité, mais à exercer une activité qui lui permet de s'acquitter d'une fonction sociale, d'exprimer sa personnalité, et de ne pas perdre son expérience professionnelle. Ces préoccupations ont été particulièrement ressenties par le droit allemand. D'autre part, la liberté donnée au chef d'entreprise de mettre aussitôt fin au contrat moyennant le versement d'une indemnité permet indirectement de priver le salarié de droits dont il aurait pu bénéficier si les relations du travail s'étaient poursuivies jusqu'au terme du préavis.

§ 2. LE CONTRÔLE DES SERVICES DE LA MAIN-D'ŒUVRE ET DES ORGANISMES PROFESSIONNELS

35. Les services de la main-d'œuvre ont toujours été en fait avertis des licenciements, en vue d'assurer le réemploi des travailleurs et, éventuellement,

d'accorder aux salariés licenciés une aide matérielle. Mais cette information des services de la main-d'œuvre ne s'accompagnait d'aucun contrôle sur les licenciements et d'aucun obstacle apporté au droit de l'employeur de résilier le contrat de travail. On conçoit cependant qu'à l'occasion de cette information, les services de la main-d'œuvre puissent, au moins d'une manière officieuse, intervenir dans les licenciements. C'est ainsi qu'en Belgique, l'employeur doit, lors de la cessation du contrat de louage de services, remettre au travailleur une attestation, destinée au bureau régional du placement de l'Office national de placement et du chômage: ce document indique notamment le motif du licenciement. Le bureau régional peut procéder à une enquête sur les motifs de rupture du contrat. Un licenciement non justifié peut parfois être empêché ou la réintégration de l'intéressé obtenue. Mais les droits d'un certain nombre de pays de la Communauté sont allés plus loin dans la protection de l'emploi. Plusieurs formes d'intervention peuvent être discernées.

36. Des contrôles se sont développés à l'occasion de la guerre de 1939 et sous l'influence de politiques d'économie dirigée. C'est ainsi qu'en Allemagne, sous le régime national-socialiste, et pendant la période de l'occupation, le licenciement d'un travailleur était subordonné à l'autorisation du Bureau de la main-d'œuvre. Ces mesures ont été abrogées, et tout contrôle par un service d'État a en principe disparu. Il en est pourtant autrement pour les licenciements massifs. L'employeur est alors tenu de prendre l'avis du comité d'établissement, dans les établissements soumis à la loi sur l'organisation constitutionnelle des établissements s'ils comptent plus de vingt salariés pourvus du droit de vote. Il doit, d'autre part, faire une déclaration écrite au Bureau de la main-d'œuvre du Land, et le licenciement ne peut intervenir, sous certaines conditions de délai, qu'avec l'assentiment de cet Office. Des mesures plus étendues de contrôle de l'emploi existent dans les droits français et néerlandais. Aux Pays-Bas, l'article 6 de l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les conditions du travail interdit aux parties de mettre fin au contrat d'emploi sans l'autorisation du directeur du service régional de l'emploi. Le directeur pourrait transférer cette prérogative à des organisations professionnelles: l'industrie des arts graphiques a bénéficié de cette possibilité. En France, l'ordonnance du 24 mai 1945 a distingué entre plusieurs secteurs de l'activité économique: le premier, libre; le second, dans lequel les licenciements doivent être notifiés au service de la main-d'œuvre; le dernier, correspondant aux activités industrielles et commerciales, où l'autorisation des services est nécessaire pour la résiliation régulière du contrat de travail.

37. Les contrôles sur les licenciements paraissent cependant régresser depuis l'abandon d'un strict contrôle de l'économie dirigée. Les mesures générales d'autorisation ont disparu, ainsi qu'on l'a constaté en Allemagne, et la législa-

tion française sur le contrôle de l'emploi n'est pas toujours strictement appliquée. Mais le phénomène le plus grave auquel donne lieu le contrôle de l'emploi est l'intervention d'une autorité administrative dans les mesures de licenciement. Il est souvent difficile de mettre ces dispositions de droit administratif en accord avec celles du droit civil. C'est ainsi qu'en France le défaut d'autorisation des services de la main-d'œuvre, bien que sanctionné pénalement, n'entache pas la validité du licenciement; le droit néerlandais impose au contraire à l'employeur de garder le travailleur intéressé à son service. On a pu, d'autre part, observer, aux Pays-Bas comme en France, qu'il n'est pas très heureux de confier à l'administration active le soin de statuer sur la résolution d'un contrat, et de confier ainsi une fonction judiciaire à des agents administratifs. L'inconvénient s'aggrave encore du fait de l'existence parallèle d'un double contentieux, administratif et judiciaire, dont les solutions peuvent ne pas coïncider, comme tel est le cas dans la jurisprudence française.

38. Dans la plupart des pays de la Communauté, une assez grande attention est portée, de plus en plus fréquemment, aux licenciements collectifs. Au Luxembourg, dans des entreprises industrielles, artisanales ou commerciales, le licenciement simultané de plus de dix salariés dans une période de quinze jours, opéré dans une même entreprise, ne produit ses effets que quatre semaines après celle de l'information donnée à l'Office national du travail. D'autre part, différentes mesures réglementaires et des conventions collectives tendent à prévenir, ou à atténuer dans leurs conséquences, des mesures collectives de licenciement. Elles n'assurent d'ailleurs la conservation de l'emploi que pendant une période limitée, leur objet est de permettre le déroulement d'une procédure de conciliation. Une idée analogue inspire en Italie la convention collective conclue le 21 avril 1950 entre la Confédération générale de l'industrie italienne et les Confédérations italiennes des travailleurs. Une procédure spéciale de conciliation est prévue au cas de licenciement collectif; elle se déroule entre les organisations syndicales régionales. En cas d'accord (comme en cas d'insuccès de la procédure de licenciement) les règles à suivre dans l'ordre des licenciements sont fixées par la convention collective. Des procédures du même ordre ont été prévues en France par la convention collective nationale de l'industrie textile, parmi d'autres mesures tendant à protéger les travailleurs contre les risques sociaux d'une politique de productivité. L'ordonnance française du 24 mai 1945 oblige parfois à fixer dans le règlement intérieur les conséquences du licenciement collectif; dans les établissements soumis au contrôle de la main-d'œuvre, l'employeur est tenu d'établir un règlement intérieur, après avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel. Le règlement doit déterminer les règles générales relatives à l'ordre du licenciement, en tenant compte des charges de famille, de l'ancienneté de service dans l'établissement et des qualités professionnelles. Enfin, le licenciement collectif peut donner lieu à

des mesures plus strictes, dans le cadre d'un contrôle général des licenciements par l'autorité publique ou par des organismes professionnels. En Allemagne, les licenciements collectifs doivent être éventuellement notifiés au comité d'établissement et l'employeur est obligé d'en discuter avec cet organisme. Sans doute n'est-il pas tenu d'accepter les objections qui lui sont présentées, et la situation est à cet égard la même que s'il s'agissait de licenciements individuels. Mais la sanction est différente. Un licenciement individuel, qui n'a pas été précédé de la consultation du comité d'établissement, n'est pas nul de plein droit. La discussion avec le comité constitue au contraire une condition impérative, imposée pour la validité des licenciements collectifs.

§ 3. LA PROTECTION SPÉCIALE DE CERTAINS SALARIÉS

39. Indépendamment de la protection contre les licenciements dont bénéficient, d'une manière générale, tous les salariés, certains d'entre eux sont l'objet d'une protection particulière. Il en est ainsi en Allemagne des *grands invalides* (qui ne peuvent être licenciés qu'avec l'autorisation du service central d'assistance), des *mineurs* titulaires d'un certificat d'assistance (le licenciement est alors subordonné à l'approbation du service central des certificats d'assistance aux mineurs) et des *rapatriés*. Mais ce sont le plus souvent certains militants ouvriers, les militants syndicaux ou les représentants du personnel, qui bénéficient d'une protection spéciale.

40. Cette protection n'est cependant pas générale. Le rapport néerlandais peut remarquer qu'il n'existe pas de disposition de ce genre aux Pays-Bas, et qu'elle n'y est pas nécessaire, en raison de l'absence d'abus dans la pratique. Au Luxembourg, les violations du principe de la liberté syndicale donnent lieu à une allocation de dommages-intérêts dans les conditions du droit commun. Quant aux délégations ouvrières dans les entreprises industrielles, l'arrêté grand-ducal du 8 mai 1925 prévoit seulement que les membres des délégations ne pourront être congédiés pour des faits intéressant l'exécution de leur mandat de délégué. Mais, si un licenciement abusif se produit, une commission d'enquête peut être saisie du différend.

Des dispositions plus strictes existent dans les droits des autres pays de la Communauté. En Italie, c'est par voie de convention collective que, depuis l'abolition du régime corporatif, une protection est donnée aux membres des commissions internes et aux délégués d'entreprises. L'article 14 de la convention collective du 8 mai 1953 décide que ces salariés ne peuvent être licenciés ou mutés pendant l'exercice de leurs fonctions (et même pendant une année après la cessation de ces fonctions) sans un avis favorable des associations syndicales régionales représentant les travailleurs intéressés et l'employeur. A défaut d'accord, l'association syndicale à laquelle le salarié est inscrit peut

déclencher une procédure de conciliation et d'arbitrage et, si le licenciement a été décidé dans un but de représailles, le collège d'arbitrage peut ordonner le maintien du contrat de travail. L'inobservation de cette sentence ne peut cependant donner lieu qu'à une condamnation à dommages-intérêts.

En Allemagne, en Belgique et en France, la question a été tranchée par le législateur. En vertu de la loi allemande sur la protection contre le congé, le licenciement d'un membre du comité d'entreprise est illicite si l'employeur ne peut invoquer un motif permettant de signifier un licenciement sans préavis; en cas de fermeture de l'entreprise, le licenciement ne peut en principe être signifié au membre du comité d'établissement qu'au moment de la fermeture. En France, le licenciement d'un délégué du personnel ou d'un membre d'un comité d'entreprise ne peut intervenir qu'avec l'accord du comité d'entreprise; si ce consentement n'est pas donné, le licenciement ne peut intervenir que sur décision conforme de l'inspection du travail. Toutefois, la jurisprudence de la Chambre civile, section sociale, de la Cour de cassation a admis qu'en cas de faute grave, l'employeur peut intenter devant les tribunaux judiciaires une action en résolution du contrat de travail; la résolution du contrat fait alors disparaître la qualité de membre du personnel, nécessaire pour l'exercice des fonctions de représentant du personnel. En Belgique enfin, il est en principe interdit de licencier tout délégué du personnel, à moins que l'employeur ne puisse se prévaloir d'un motif grave, justifiant un renvoi immédiat. Le licenciement peut, d'autre part, intervenir pour des raisons d'ordre économique ou technique, mais après qu'une commission paritaire aura reconnu l'existence de ce motif. L'employeur est tenu de réintégrer dans l'emploi le délégué du personnel illicitement licencié, sous des conditions précisées dans le rapport belge. Il doit même en ce cas lui verser une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû lui payer si les relations du travail s'étaient normalement poursuivies. S'il ne procède pas à la réintégration, il est condamné à lui verser une somme égale au montant de deux ans de salaires, ainsi que les avantages acquis en vertu du contrat. Il peut de plus être condamné à dommages-intérêts pour tout autre préjudice matériel ou moral.

41. Si les représentants du personnel bénéficient d'une protection étendue, on peut observer, dans certains droits, des dispositions qui s'inquiètent de la situation d'autres catégories de salariés. C'est ainsi que la législation française institue, au profit des *médecins du travail* et des *chefs des services sociaux d'entreprise*, la même protection qu'en faveur des représentants du personnel. La législation belge s'est préoccupée de la *situation des candidats aux fonctions de délégué du personnel*: ces candidats sont protégés à compter des quinze jours précédant l'affichage de la date de l'élection. Cette protection est libérale; elle s'étend normalement pendant un délai de deux ans. Il est également fréquent de rencontrer dans les conventions collectives de travail (ou, en Belgique, dans les

décisions de commissions paritaires) un régime de contrôle contre les licenciements arbitraires des *représentants syndicaux*. Il ne s'agit généralement que de procédures de conciliation; parfois, cependant, des procédures d'arbitrage sont organisées. En France, la loi du 27 avril 1956 a interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions, notamment en ce qui concerne les mesures de discipline et le congédiement. Ces dispositions ont un caractère général, et ne sont pas spécialement destinées à la protection des représentants syndicaux, mais elles sont appelées à jouer surtout en leur faveur. Elles sont sanctionnées, sur le terrain civil, par l'allocation de dommages-intérêts, mais elles peuvent également donner lieu à des peines de simple police et, en cas de récidive, à des peines correctionnelles.

§ 4. LA STABILITÉ DANS LES FONCTIONS

42. La garantie de l'emploi serait peu de chose si l'employeur avait la possibilité de modifier à son gré la fonction du salarié dans l'entreprise. Le travailleur a un intérêt moral, comme un intérêt matériel (en raison de l'influence de la fonction sur le salaire), à voir respecter la fonction qui lui a été confiée par le contrat de travail. Tous les droits des pays de la Communauté s'inquiètent d'assurer la stabilité dans la fonction. Si des nuances les séparent, les lignes générales peuvent être exprimées en des termes assez analogues.

La stabilité de la fonction est, tout d'abord, assurée contre les sanctions disciplinaires du chef d'entreprise. Le droit italien donne au pouvoir disciplinaire de l'employeur un caractère contractuel: les sanctions portant atteinte à la fonction ne peuvent être infligées que dans la mesure prévue par une convention collective du travail, par un contrat individuel ou par le règlement intérieur de l'entreprise. En France, le pouvoir disciplinaire peut également être aménagé dans un acte réglementaire ou contractuel. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation, inspirée par la conception institutionnelle du pouvoir disciplinaire, a au moins admis pour la mise à pied que cette mesure peut être prononcée par le chef d'entreprise, même en l'absence de tout texte, en raison des prérogatives inhérentes à sa qualité. Ce pouvoir ne peut pourtant être exercé que sous réserve du contrôle *a posteriori* des tribunaux judiciaires. Les atteintes portées à la fonction ne sont donc pas remises à l'appréciation discrétionnaire du chef d'entreprise, mais sont subordonnées à un contrôle de légalité. De plus, des textes particuliers ou des conventions collectives organisent en faveur des salariés des formes protectrices: comparution devant le chef d'entreprise, avis d'un conseil de discipline ou de l'inspection du travail. L'influence du droit de la fonction publique est, dans ce domaine, manifeste.

43. Des atteintes à la stabilité de la fonction peuvent, d'autre part, résulter de mesures d'ordre intérieur et des nécessités de l'entreprise. Elles ne posent pas de

problèmes graves lorsque le changement de fonction aboutit à conférer au salarié une qualification plus élevée: les intérêts du travailleur sont alors protégés, notamment par l'obligation imposée à l'employeur de verser au salarié la rémunération plus élevée correspondant au nouvel emploi. Le seul problème consiste à savoir si l'exercice par le salarié de fonctions supérieures à celles qui lui avaient été originaires confiées ne doit pas lui conférer un droit à ce nouvel emploi. Il est fréquent dans les conventions collectives ou dans les usages qu'au delà d'un délai raisonnable (par exemple trois mois) l'emploi doit être considéré comme définitivement conféré sur le fondement d'un contrat tacite, et sans notification expresse de la part de l'employeur.

La situation est toute différente lorsque les nouvelles fonctions du salarié sont seulement autres, et surtout quand elles sont inférieures à celles qui avaient été confiées. Le changement doit alors être justifié par les nécessités de l'entreprise; il doit être temporaire et ne peut comporter une diminution dans la rémunération ou un changement trop profond dans la situation du travailleur. Sinon, l'employeur est considéré comme ayant rompu le contrat de travail, et il est tenu des obligations imposées à l'auteur de la résiliation. Toute atteinte définitive à la situation du salarié suppose ainsi le consentement du travailleur et la formation d'un nouveau contrat de travail.

Ces principes généraux sont souvent précisés par les conventions collectives de travail. Il en est ainsi au Luxembourg dans les industries de la métallurgie et des mines. Si le salarié qui occupe un poste déterminé doit être occupé à un travail moins rémunéré, il conserve le salaire correspondant à son occupation antérieure, et ce jusqu'à la dénonciation expresse du contrat et même pendant le délai de préavis, qui doit être au moins de deux semaines.

Les changements dans la fonction exercée par le salarié peuvent ne pas intéresser seulement les rapports individuels de travail. On relèvera avec intérêt que des conventions collectives prévoient, au Luxembourg, que la délégation ouvrière doit être informée dès que possible des déplacements collectifs à intervenir dans l'entreprise. Au cas où des journées de chômage seraient imposées au personnel, il y a lieu d'en informer à la fois la délégation et les organisations ouvrières signataires de la convention collective.

CHAPITRE III

LA RÉPARATION DU DOMMAGE RÉSULTANT DE LA PERTE DE L'EMPLOI

44. Quels que soient les efforts faits pour assurer la stabilité de l'emploi, la rupture du contrat de travail ne peut toujours être évitée. Elle ne serait d'ailleurs pas désirable, si l'on veut permettre l'adaptation des entreprises à l'évolution de la situation économique. Mais la tendance à la stabilité de l'emploi s'efforce

d'atténuer les inconvénients résultant pour le salarié de la cessation des relations du travail.

Dans certains cas, la rupture du contrat donne lieu à un versement d'indemnités qui s'efforcent de réparer le préjudice subi par le salarié (et dont l'existence détermine d'ailleurs souvent l'employeur à ne pas rompre le contrat de travail). Parmi ces indemnités figure naturellement celle du cas de rupture du contrat de travail sans préavis. Bien que les règles concernant cette indemnité ne soient pas indifférentes, elles ne présentent, du point de vue comparatif, qu'un mince intérêt. Il en est tout autrement des indemnités dues pour *rupture abusive du contrat de travail* et des *indemnités de licenciement* dues par l'employeur, *même lorsque aucune faute ne peut lui être imputée dans la résiliation du contrat*. Indépendamment de ces indemnités, le droit moderne recourt parfois à la *réintégration dans l'entreprise*, et parvient ainsi à rétablir les relations du travail. Ces trois aspects de la politique de stabilité de l'emploi seront étudiés dans les sections de ce chapitre.

Section I

L'INDEMNITÉ POUR RUPTURE ABUSIVE DU CONTRAT DE TRAVAIL

45. L'institution d'un délai de préavis évite au salarié le préjudice qui résulterait d'une brusque rupture du contrat de travail, mais elle ne le prémunit pas contre le fait même de la rupture. Les employeurs sont donc, en principe, libres de résilier les contrats de travail à durée indéterminée qui les lient à leurs salariés. Mais, à ce principe, des exceptions tendent à être apportées. Elles se présentent sous des dénominations un peu différentes: parfois la rupture est qualifiée d'*abusive*, parfois elle est considérée comme *injustifiée au point de vue social*, ou comme *outrépassant sérieusement les limites du raisonnable*, parfois le motif invoqué par l'employeur est considéré comme *illicite*. Mais sous ces expressions techniques différentes, une même idée inspire foncièrement les droits nationaux. Seul le droit luxembourgeois paraît ne pas y recourir: non que le principe de l'abus de droit y soit inconnu, mais il semble que les milieux du travail hésitent à l'invoquer et que les cas de rupture abusive du contrat soient rares en pratique. Les droits des autres pays ont au contraire accueilli l'idée que la résiliation du contrat ne doit pas avoir été inspirée par un motif illégitime. Mais la portée donnée au principe est souvent différente, et les sanctions de la faute commise par l'employeur ne sont pas identiques.

46. Certains droits ne donnent qu'une portée réduite au contrôle sur la légitimité des motifs. La jurisprudence belge, qui adopte d'une manière générale une conception assez restrictive de l'abus de droit, admet qu'un licenciement puisse être abusif s'il est inspiré par l'intention de nuire au salarié, ou si les circonstances qui l'ont entouré présentent un caractère fautif. En Italie, l'opinion

prévaut que le licenciement est irrégulier s'il a été déterminé par un motif illicite. Mais le domaine d'application pratique du principe est très limité, et la règle suscite des controverses en doctrine. Certains auteurs veulent la limiter aux licenciements contraires aux bonnes mœurs; d'autres l'étendent aux licenciements contraires à une règle d'ordre public. Des règles plus favorables s'appliquent aux salariés de l'agriculture. Aux Pays-Bas, depuis une loi du 17 décembre 1953, le juge a le droit d'apprécier si un licenciement n'a pas dépassé sérieusement les limites du raisonnable. Bien que ce texte soit d'une apparition trop récente pour qu'une jurisprudence se soit formée sur ce point, le rapport néerlandais montre quelles limites ce principe pourrait apporter à la liberté discrétionnaire de l'employeur.

47. Dans d'autres droits un plus large contrôle est exercé sur les motifs du licenciement.

Conformément à une tradition du droit allemand, la loi du 10 août 1951 sur la protection contre les licenciements considère comme irrégulier le congé donné à un travailleur âgé de 20 ans, occupé depuis plus de six mois consécutifs dans la même entreprise, si la résiliation est injustifiée du point de vue social. En France, un aussi large contrôle résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle la rupture est abusive chaque fois que l'employeur a commis une faute dans l'exercice de son droit de résiliation. La notion très souple de la faute permet aux tribunaux de donner un large domaine à la théorie de l'abus de droit dans la résiliation du contrat de travail. L'examen comparatif du droit allemand et du droit français a eu l'intérêt de montrer l'analogie fondamentale des deux droits sur le contrôle des motifs. Le congé est illégitime s'il n'est pas motivé par le comportement du salarié ou par les exigences de l'entreprise. Si les deux droits s'accordent sur ces règles de fond, le droit allemand se montre plus libéral pour le salarié que le droit français en ce qui concerne les règles de preuve. Il exige en effet que l'employeur prouve les faits ayant donné lieu à la dénonciation du contrat. Au contraire, l'article 23 du livre premier du Code du travail demande seulement à l'auteur de la résiliation de faire connaître le motif de sa décision. Il ne résulte de cette règle aucune interversion dans la charge de la preuve. L'employeur n'est pas tenu de prouver le bien-fondé du motif de licenciement. Le salarié doit en démontrer l'inexactitude pour établir ensuite le motif réel de la mesure prise contre lui.

48. Le principe d'un contrôle sur la légitimité du licenciement une fois admis, il reste à déterminer quelle sera la sanction de la faute commise par l'employeur. Deux conceptions peuvent être discernées sur ce point. Dans le droit belge, comme dans le droit français et dans le droit italien, la sanction de l'abus consiste dans une condamnation à dommages-intérêts, et la Cour de cassation de France s'est toujours refusée à admettre la réintégration du salarié dont le

contrat de travail a été abusivement rompu. Les autres droits des pays de la Communauté qui admettent un contrôle sur la légitimité des motifs de licenciement se montrent plus protecteurs du salarié. Le droit allemand admet la nullité du licenciement: ce droit consacre d'ailleurs, d'une manière générale, le principe d'une restitution effective de l'emploi dans tous les cas où le licenciement n'est pas considéré comme valable; il est particulièrement sensible aux intérêts matériels et moraux que le salarié peut avoir à exercer effectivement son activité professionnelle. Le droit néerlandais est, à certains égards, plus strict encore. Non seulement l'employeur est tenu de dommages-intérêts en cas de licenciement manifestement déraisonnable (sans même que la partie lésée soit tenue de fournir la justification du préjudice subi), mais le juge peut l'obliger à remettre le contrat de travail en vigueur sous la menace d'une astreinte.

49. Ainsi considérée dans son ensemble, la théorie d'un contrôle sur les motifs du licenciement représente sur le plan théorique un élément important d'un système de stabilité de l'emploi. Les membres du groupe de spécialistes qui ont exposé le mécanisme du droit allemand et celui du droit français ont montré la place importante que ce principe a prise dans leurs droits nationaux et les conséquences qui en sont résultées sur la conservation de l'emploi. L'intérêt pratique en est surtout considérable dans des droits tels que ceux de l'Allemagne et des Pays-Bas, qui assurent une conservation effective de l'emploi, par la nullité du congé et par le maintien du rapport contractuel. Il convient cependant d'observer qu'en Italie, comme l'a parfaitement montré le rapporteur italien, l'employeur qui résilie, même valablement, un contrat de travail à durée indéterminée peut être tenu de verser une indemnité d'ancienneté: un certain équilibre s'établit alors entre les systèmes juridiques qui instituent un contrôle de la rupture quant au fond, mais qui n'accordent pas, d'une manière générale, d'indemnité de licenciement, et ceux qui reconnaissent aux employeurs une large liberté discrétionnaire dans les licenciements, mais leur imposent le paiement d'une indemnité, indépendamment de toute faute dans la résiliation du contrat. Il convient d'autre part de tenir compte, en dehors de la loi, des conventions collectives, et notamment en Italie des récentes conventions de l'industrie, qui ont introduit un système général de contrôle sur les motifs du licenciement, voisin du système français.

Section II

LES INDEMNITÉS DE LICENCIEMENT NON ABUSIF

50. Indépendamment des indemnités dues pour inobservation du délai de préavis ou pour rupture abusive du contrat de travail, l'employeur peut parfois être tenu de verser à un salarié des indemnités de licenciement. Il en est ainsi

en France de l'*indemnité de clientèle* due aux représentants de commerce dont le contrat prend fin, et qui tient compte au représentant de l'apport, de la création ou du développement d'une clientèle. Une indemnité d'ancienneté est instituée au Luxembourg par l'article 22 du statut des employés. On rencontre, d'autre part, dans la pratique française, des *indemnités de licenciement ou d'ancienneté*. Une loi du 29 mars 1935 a prévu la création de cette indemnité en faveur des journalistes. D'autres sont créées par les usages et les conventions collectives de travail en faveur des employés et parfois, exceptionnellement, en faveur des ouvriers. Ces indemnités présentent pourtant en droit français un caractère exceptionnel, parce qu'elles ne sont instituées qu'en faveur de certains salariés et seulement dans la mesure où la loi et les accords professionnels les rendent obligatoires.

Il en est tout autrement en droit italien, où l'employeur doit toujours, en plus du préavis ou de l'indemnité pour défaut de préavis, une indemnité d'ancienneté. Ce système mérite d'être particulièrement remarqué sur le plan du droit comparé des pays de la Communauté, parce que l'indemnité de licenciement représente en Italie un élément essentiel dans le système de la rupture du contrat de travail et, du fait même, dans la protection de l'emploi. Tandis que le droit français assure la protection du salarié en cas de rupture abusive du contrat de travail, mais ne fait qu'une place limitée à l'indemnité de licenciement, la généralisation de cette indemnité en Italie tempère les inconvénients que peut présenter une conception très restrictive de la théorie de l'abus de droit dans la rupture du contrat de travail. Le fait que l'indemnité de licenciement présente un caractère général, tandis que l'indemnité pour rupture abusive suppose une faute de l'employeur, aboutit même sur ce point à une protection plus complète du salarié.

51. Il semble pourtant que l'évolution future du droit du travail conduira, non pas à une option entre ces deux types d'indemnités, mais à un cumul. Chaque indemnité répond en effet à une préoccupation différente. L'indemnité pour rupture abusive répare les conséquences de la faute commise par l'employeur, et son montant, déterminé individuellement, en tenant compte de tous les éléments de préjudice, peut dépasser considérablement celui de l'indemnité de licenciement, fixée de manière forfaitaire et selon des règles de caractère général. L'indemnité de licenciement de son côté, très largement accordée, et sans que le salarié ait à prouver ni la faute de l'employeur, ni les éléments du préjudice, présente pour le travailleur un incontestable intérêt. On conçoit ainsi qu'un système juridique puisse être amené à accueillir simultanément les deux indemnités. Il est intéressant d'observer qu'en France la théorie de la rupture abusive du contrat de travail n'a pas empêché l'apparition de l'indemnité de licenciement, de même qu'en Italie, le système de l'indemnité de licenciement est actuellement complété par les récentes conventions collectives de l'industrie

qui ont introduit dans ce pays un contrôle des motifs du licenciement, analogue au système français.

Section III

LA RÉINTÉGRATION DANS L'EMPLOI

52. La réintégration dans l'emploi apparaît comme l'ultime forme de protection de l'emploi. Après que la rupture du contrat de travail s'est produite, la réintégration assure la reprise des rapports contractuels et parvient à la restitution de l'emploi. Elle apparaît ainsi comme préférable aux indemnités de rupture. Mais sa fonction est plus essentielle encore lorsque la rupture du contrat de travail ne donne lieu à aucune indemnité.

La réintégration a été assez largement admise par le législateur au profit de certaines catégories de salariés, par exemple, en droit français, en faveur d'un ensemble de personnes qui avaient perdu leur emploi par suite des événements de guerre (mobilisés, prisonniers de guerre, déportés, résistants, réfugiés). Le droit à la réintégration est également accordé aux personnes appelées au service militaire légal. D'autres obligations de réintégration sont prévues par des conventions collectives de travail. Du fait de la reprise des rapports contractuels, la réintégration dans l'emploi apparaît alors comme une mesure très voisine de la suspension du contrat, au point qu'il est parfois difficile de déterminer, lors de la reprise effective des rapports du travail, si l'on se trouve en présence d'une véritable réintégration ou d'une simple suspension. La situation est plus nette lorsque l'ancien salarié d'une entreprise a droit, non à la réintégration, mais à une simple priorité d'embauchage, qui assure d'ailleurs beaucoup moins complètement la protection de l'emploi. Ces hypothèses de réintégration ou de priorité d'embauchage imposées par la loi se retrouvent dans d'autres droits de la Communauté, surtout lorsque le contrat de travail a été rompu du fait des obligations militaires. Si le droit néerlandais ne connaît pas le système de priorités d'embauchage, il admet la réintégration dans l'emploi en cas de rupture du contrat de travail du fait des obligations militaires. Au Luxembourg, l'arrêté grand-ducal du 30 juin 1945 décide même qu'en cas de reprise du travail, les salariés licenciés à la suite du chômage total ou partiel de l'entreprise seront réembauchés par priorité. Une priorité d'embauchage y est également reconnue aux victimes d'accidents du travail et aux invalides du travail ou de guerre.

53. En dehors des cas de réintégration décidés par le législateur ou par les conventions collectives de travail, les tribunaux n'ont-ils pas le pouvoir d'ordonner la réintégration, dans une entreprise, d'un salarié victime d'une mesure illégale?

La réintégration du salarié par une décision judiciaire est, d'une manière générale, condamnée par les jurisprudences de la France, de l'Italie et du Luxem-

bourg. En France pourtant, lors de l'institution de procédures obligatoires d'arbitrage, destinées à régler les conflits collectifs du travail, la Cour supérieure d'arbitrage avait reconnu aux surarbitres le droit d'imposer la réintégration ou le réembauchage par priorité des salariés abusivement licenciés, et notamment de ceux qui avaient été victimes d'atteintes à la liberté syndicale.

D'autres droits sont plus protecteurs. La réintégration des salariés est admise en Belgique en faveur des délégués du personnel, et même des candidats aux élections illicitement congédiés. En Allemagne, les règles sur les licenciements massifs sont sanctionnées par la nullité du licenciement intervenu sans l'accord de l'Office de la main-d'œuvre. On remarquera qu'il ne s'agit pas en ce cas, à proprement parler, d'une réintégration imposée à la suite d'un licenciement ayant produit la plénitude de ses effets. Le tribunal considère que l'acte de congé est nul dès l'origine et que le contrat de travail s'est en réalité poursuivi et subsiste encore sans interruption. Il en est de même en vertu de la loi sur la protection contre le congé si la dénonciation du contrat de travail est injustifiée du point de vue social. Aux Pays-Bas, le licenciement irrégulier ou manifestement déraisonnable peut avoir pour conséquence l'obligation pour l'employeur de remettre en vigueur le contrat de travail. Une astreinte renforce les effets de la condamnation. On observera enfin qu'en Italie, la convention collective de caractère général, conclue le 8 mai 1953 entre les organisations nationales, patronales et ouvrières, donne au collège arbitral le droit de décider sans effet les licenciements abusifs des membres des commissions internes et des délégués de l'entreprise et d'ordonner le maintien du contrat de travail.

54. L'examen du droit comparé n'a pas seulement l'intérêt de montrer la plus ou moins grande hardiesse des droits nationaux dans le rétablissement des rapports du travail. Il permet également de sentir les difficultés auxquelles donne lieu l'établissement par voie d'autorité des relations du travail. Tous les rapports nationaux témoignent de l'impossibilité d'imposer à un employeur la présence d'un salarié dont il ne veut plus, ainsi qu'une prestation de travail qu'il refuse. En France, la Cour supérieure d'arbitrage l'avait senti et n'accordait pas la réintégration des employés supérieurs, en raison du lien de confiance qui doit unir le chef d'entreprise et ses collaborateurs immédiats.

Dans tous les droits, aucune réintégration effective ne peut être imposée. La réintégration ne peut résulter que de sanctions indirectes, telles que l'astreinte. Ou encore, le refus de l'employeur peut donner lieu à des dommages-intérêts supplémentaires. En Italie, le collège arbitral peut accorder aux salariés (indépendamment de l'indemnité normale de licenciement) une indemnisation spéciale, variant entre un minimum de cinq mois et un maximum de huit mois de salaire. De même, en Belgique, la non-réintégration d'un délégué du personnel expose l'employeur à verser une indemnité égale au montant de deux années de salaire. Le droit allemand oblige l'employeur à verser au travailleur le salaire

qui lui aurait été dû si les rapports contractuels avaient effectivement repris. Il en est de même en France lorsque les représentants du personnel ont été irrégulièrement licenciés par le chef d'entreprise. Le licenciement étant inefficace, le contrat de travail n'est pas considéré comme rompu, et l'employeur est tenu de verser un salaire, au moins jusqu'à la décision qui résilie le contrat à ses torts et qui met fin au contrat de travail. On concevrait même que cette obligation soit imposée au chef d'entreprise jusqu'à la cessation des fonctions du représentant du personnel. La condamnation au paiement du salaire joue alors un rôle comparable à celui d'une astreinte, la condamnation prononcée étant d'autant plus élevée que son retard à reprendre le salarié se prolonge davantage. Le droit néerlandais admet que la condamnation à la réintégration d'un salarié peut être remplacée par une indemnité que le juge, tenant compte des circonstances de la cause et de l'équité, peut fixer à un montant supérieur au préjudice subi. Enfin, des sanctions pénales pourraient être prononcées en cas de défaut de réintégration.

Ainsi replacée dans l'ensemble des mesures qui peuvent l'accompagner, l'obligation de réintégration apparaît comme un instrument efficace au service d'une politique de stabilité de l'emploi.

CHAPITRE IV CONCLUSION

55. Parvenu au terme de cette étude, il est possible de porter sur la tendance moderne à la stabilité de l'emploi un jugement d'ensemble.

L'examen du droit comparé des pays membres de la Communauté montre la force de l'instinct de sécurité dans le domaine de l'emploi. Les solutions du droit commun sont abandonnées chaque fois qu'elles se trouvent en désaccord avec cette tendance, et des règles nouvelles se forment qui marquent le particularisme du droit du travail. Tandis que le droit du travail se détache souvent du droit civil, un rapprochement se manifeste, à l'inverse, entre les droits applicables aux différentes formes de l'activité professionnelle. La distinction, fondamentale dans certains droits, des ouvriers et des employés tend à s'atténuer: l'évolution récente, retracée par le rapport belge, est à cet égard caractéristique. La condition des salariés dans les entreprises privées est beaucoup plus proche qu'au début de ce siècle de celle des fonctionnaires publics.

Le droit moderne a apporté aux travailleurs d'incontestables bienfaits. Les efforts faits pour prévenir la rupture du contrat de travail, la conservation du salaire, parfois assurée malgré l'interruption du travail, les indemnités accordées en cas de rupture, la réintégration dans l'emploi donnent aux salariés d'importants avantages. Ce rapport a montré quelle est la diversité des techniques susceptibles d'être employées. La situation du salarié tend ainsi à se transformer, et l'on voit dans certains pays apparaître sinon un *droit à l'emploi*, du moins un

droit sur l'emploi. La notion d'une "*propriété de l'emploi*" a été exposée par certains auteurs dans la doctrine française, celle de "*l'emploi en tant que bien juridique*" a été proposée par la doctrine allemande, et elle a été accueillie par des auteurs italiens et notamment par des spécialistes du droit public.

56. Ces avantages ne sont pourtant pas sans contre-partie. Dans l'ordre technique tout d'abord, les règles relatives à la stabilité de l'emploi ont apporté dans le droit du travail une indéniable complexité: elles sont source de contentieux fréquents. Il semble notamment que ces règles supposent l'institution de juridictions spécialisées, possédant une compétence particulière, appliquant une procédure plus simple, plus rapide, moins coûteuse que celle des juridictions ordinaires. La politique de stabilité de l'emploi rejoint ainsi celle des tribunaux du travail. L'administration de la justice dans les relations du travail, déjà compliquée par la dualité du contentieux civil et pénal (et souvent par la création de juridictions autonomes, chargées de régler les conflits collectifs du travail), devient plus complexe encore lorsque la politique de stabilité de l'emploi recourt à l'intervention d'autorités administratives. Des divergences de jurisprudence peuvent alors naître entre les juridictions administratives (chargées d'apprécier la légalité des décisions du service de la main-d'œuvre) et les juridictions de l'ordre judiciaire. Enfin, il ne semble pas que toutes les institutions tendant à la stabilité de l'emploi aient trouvé leur formule technique définitive: il semble notamment que la conservation du salaire, lorsque le travailleur est empêché de fournir son travail par suite d'un risque, doit plutôt être rattachée dans l'avenir aux institutions de sécurité sociale qu'aux règles du droit du travail et que cette charge doit cesser de peser sur une entreprise déterminée pour être diffusée sur un groupe social étendu.

D'autres difficultés existent sur le plan de la politique sociale. La politique contemporaine de stabilité de l'emploi tend à limiter l'initiative des chefs d'entreprises, elle peut parfois compromettre leur autorité; elle fait supporter des charges financières aux entreprises dont les possibilités économiques sont moins grandes, et dans lesquelles les relations personnelles entre l'employeur et ses salariés rendent plus délicates les limitations apportées à la liberté du chef d'entreprise. D'un point de vue plus général, la stabilité de l'emploi introduit dans la vie économique un élément de rigidité susceptible de gêner la vie économique. Les travailleurs peuvent même subir les conséquences d'une politique trop stricte de stabilité de l'emploi, dans la mesure où la gêne imposée aux chefs d'entreprises peut les détourner de conclure un contrat de travail ou provoquer le licenciement anticipé de salariés comptant une certaine ancienneté dans l'entreprise. On l'a déjà observé dans certains droits étrangers: une trop stricte stabilité de l'emploi risque d'entraîner une instabilité des travailleurs.

Ces inconvénients ne sont pas insurmontables. La plus grande complexité de l'organisation des rapports sociaux paraît inhérente à la structure des sociétés

contemporaines. L'institution de juridictions du travail spécialisées est reconnue comme une nécessité dans la plupart des pays. Les difficultés techniques soulevées par la coexistence de plusieurs juridictions spécialisées peuvent être atténuées dans l'ordre technique. Les limitations apportées aux libertés des chefs d'entreprises paraissent acceptables si elles assurent effectivement le progrès social lié à la stabilité de l'emploi. Les réserves faites par le rapporteur général tendent seulement à marquer, d'abord, que la stabilité de l'emploi exige de nouveaux progrès de la technique juridique, ensuite, qu'une synthèse doit être réalisée dans l'organisation de la vie sociale entre les deux aspirations contraires de la stabilité et de la faculté d'adaptation.

57. Sous cette réserve, la politique de stabilité de l'emploi paraît loin d'être parvenue à son terme dans les différents pays de la Communauté. Certains problèmes ne sont actuellement pas résolus dans la plupart des droits de la Communauté. Les délais de préavis ne devraient-ils pas être suspendus pendant le cours des congés payés afin de permettre au salarié de bénéficier de son repos sans avoir besoin de rechercher un emploi? Ne serait-il pas nécessaire d'assurer particulièrement la protection des salariés âgés, qui ont plus de difficultés que d'autres d'obtenir un nouvel emploi? Une protection plus étendue ne devrait-elle pas être donnée au contrat de travail à durée déterminée? Dans certains droits, la distinction essentielle entre ouvriers et employés conduit parfois à des différences de traitement, sans autre base que la formation distincte de deux législations.

Le problème essentiel est autre. Le rapport a montré l'inégal développement de cette politique selon les droits nationaux. Ici l'institution du préavis a pris des formes techniques plus perfectionnées; là s'est développé un contrôle sur la légitimité du licenciement. Certains droits ont plus particulièrement protégé les engagements de caractère temporaire; d'autres ont créé des indemnités de licenciement, même dans des cas où la rupture du contrat ne présente pas de caractère abusif. La conservation du salaire est plus ou moins libéralement accordée. Ainsi chaque droit, selon son propre génie, a découvert l'une ou l'autre des techniques protectrices de l'emploi. Ces expériences nationales permettent un enrichissement mutuel.

En achevant son exposé d'ensemble, le rapporteur général souhaite que cette étude de droit comparé ne permette pas seulement une connaissance plus approfondie de la stabilité de l'emploi, mais qu'encre une fois l'Action, éclairée par l'Idée, permette au progrès social de réaliser de nouvelles conquêtes.

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI
EN DROIT ALLEMAND

PAR LE

PROFESSEUR DR. G. BOLDT

Juge au Tribunal fédéral du travail (Bundesarbeitsgericht), Kassel

CHAPITRE I LES TYPES DE CONTRATS

Section I

CONTRATS DE DURÉE DÉTERMINÉE OU INDÉTERMINÉE

D'après le § 620 du BGB (Code civil allemand), un contrat de travail peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Dans le premier cas, le contrat de travail expire *automatiquement* à la date fixée, dans le deuxième cas, il est en principe nécessaire de le *dénoncer*. Même si, d'après la loi, les deux types de contrats confèrent l'un et l'autre les mêmes droits, le contrat de durée indéterminée représente néanmoins le type normal. Toutefois, la fixation d'un délai dans un contrat de travail est considérée par la jurisprudence (cf. BAG = Tribunal fédéral du travail, du 21-10-1954 – 2 AZR 40/53) comme inopérante si elle enlève au travailleur la protection en matière de licenciement, bien qu'aucune raison particulière ne justifie la fixation d'un délai.

Section II

CONTRATS SUCCESSIFS À DURÉE DÉTERMINÉE

Si des contrats de travail de durée déterminée sont conclus successivement, on se trouve en présence de *contrats successifs*. De tels contrats sont inopérants s'ils enlèvent au travailleur la protection en matière de licenciement et si un employeur compréhensif a conclu un contrat de travail de durée indéterminée. La nullité de la convention relative au délai ne s'étend pas, dans ce cas, à l'ensemble du rapport de services, puisque, dans le cas contraire, l'idée de la protection en matière de licenciement serait faussée. Dans un cas pareil, le contrat de travail est plutôt considéré comme conclu pour une durée indéterminée, de sorte que le rapport de travail cesse normalement à la suite d'un préavis donné dans les délais impartis contre lequel le recours en matière de licenciement peut être introduit (cf. BAG = Tribunal fédéral du travail, 1, 128).

Section III

CONTRATS À L'ESSAI

Afin de permettre à l'employeur de contrôler l'aptitude de l'ouvrier au travail prévu, un *contrat à l'essai* peut également être conclu. En droit allemand, il n'y a pas de réglementation générale légale concernant l'engagement de travail à l'essai. Il y a donc des moyens différents pour conclure des contrats de cette nature. Ainsi, le travailleur peut être embauché a priori pour une durée indéterminée, avec la stipulation que le contrat de travail peut être dénoncé à court terme *au cours* du stage, tandis qu'à *l'expiration* de celui-ci les délais normaux légaux ou, le cas échéant, des délais contractuels plus longs seront applicables. Toutefois,

la durée du contrat de travail à l'essai peut également être limitée de manière à ce que le contrat de travail puisse être prorogé pour une durée indéterminée s'il n'est pas dénoncé à la fin du stage. Il s'agit alors d'un rapport de travail à durée indéterminée, avec convention d'un minimum (Nikisch, *Législation du travail*, 2^e édition, p. 257). Une autre réglementation est également possible de telle sorte que le contrat de travail est conclu pour une durée déterminée, au cours de laquelle le travailleur sera mis à l'épreuve et que, pendant cette période, le licenciement n'est admis que pour une cause grave. A l'expiration de cette période, l'engagement de travail cesse automatiquement s'il n'est pas prorogé pour une durée déterminée ou indéterminée.

Conformément au § 1, alinéa 2, AO (Code allemand du travail), la durée du stage des ouvriers et employés contractuels ne doit pas dépasser 3 mois dans les mines de houille. En ce qui concerne les employés contractuels, il convient d'informer l'autre partie contractante, au cas où aucune réglementation plus favorable n'a été prévue, au plus tard deux semaines avant l'expiration du stage si elle peut compter sur la conclusion éventuelle d'un contrat de travail. Si tel n'est pas le cas, le contrat de travail expire à la fin du stage.

En ce qui concerne l'industrie sidérurgique, le stage convenu pour les employés ne doit pas dépasser une durée de 3 mois. Au cours du stage, un préavis réciproque d'un mois pour la fin du mois est applicable (§ 8 RTV de la convention collective type du 2-4-1952).

Section IV

CONTRATS D'APPRENTISSAGE

Le contrat d'apprentissage n'est pas un contrat de travail au sens propre du mot. C'est plutôt un contrat de formation professionnelle et d'éducation. Il a pour but d'enseigner à l'apprenti par une formation méthodique les connaissances et aptitudes nécessaires à une profession déterminée et de le former en même temps pour sa profession future (Nikisch, op. cit., p. 707). Il est indubitable que le contrat d'apprentissage présente cependant certaines similitudes avec le contrat de travail. Comme le travailleur, l'apprenti est incorporé dans l'entreprise et soumis au règlement d'entreprise. De même, il doit effectuer les travaux dont il est chargé. Toutefois, son travail ne profite pas directement à l'entreprise, mais à sa propre formation et il doit être organisé en conséquence quant à sa nature et à son étendue. Il est vrai cependant que l'apprenti, notamment l'apprenti plus âgé dans les mines, fournit déjà un travail productif et reçoit, en plus de ce qu'on appelle l'aide à la formation, une part proportionnelle du salaire. Néanmoins, on s'est abstenu intentionnellement dans les entreprises minières de soumettre les apprentis aux dispositions des conventions collectives.

Le droit des apprentis est réglé par différentes lois, c'est-à-dire, pour les apprentis du commerce, par les §§ 76 et suivants du HGB (Code du commerce),

pour les apprentis professionnels par les §§ 126 et suivants du GewO (Règlement professionnel), et pour les apprentis ouvriers de métier (artisans) par les §§ 17 et suivants du HandwO (Règlement des métiers). En ce qui concerne les autres professions, les prescriptions spéciales légales font défaut et on leur applique fréquemment les règlements précités par analogie. Le règlement relatif aux apprentis est prévu par une loi spéciale sur la formation professionnelle.

CHAPITRE II

LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Section I

LE PRINCIPE DE LA MOBILITÉ DE LA MAIN-D'ŒUVRE EN CE QUI CONCERNE LE CHOIX DU POSTE DE TRAVAIL

En ce qui concerne le *choix du poste de travail*, le principe de la mobilité de la main-d'œuvre est applicable en Allemagne. Ce principe, qui, à l'époque du national-socialisme et après la débâcle, avait été fortement limité, a été rétabli depuis lors ⁽¹⁾. L'article 2 de la GG (loi fondamentale) stipule que tout travailleur a droit au libre épanouissement de sa personnalité dans la mesure où il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui et ne commet pas d'infraction à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Le principe de l'*égalité de droits* de l'homme et de la femme est consigné à l'article 3 de la loi fondamentale. Aucun travailleur ne peut être désavantagé ou favorisé à raison de son sexe, de son origine, de sa race, de sa langue, de son pays d'origine et de sa famille, de ses croyances, de ses conceptions religieuses ou politiques. Conformément à l'article 11 de la loi fondamentale, tous les sujets allemands jouissent de la *libre circulation* sur l'ensemble du territoire fédéral. Ce droit ne peut être limité que par une loi et uniquement dans les cas où un minimum d'existence n'est pas garanti, entraînant ainsi des charges particulières pour la communauté, et où il est nécessaire de protéger la jeunesse contre l'incurie, de lutter contre les risques d'épidémies ou de prévenir les actes répréhensibles. A l'article 12 de la loi fondamentale figure le droit fondamental du *libre choix de la profession*. Il en résulte que tous les ressortissants allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur poste de travail et le lieu de leur formation professionnelle. L'exercice de la profession peut être réglé par une loi. En outre, personne ne peut être con-

(1) Le décret sur les mouvements de main-d'œuvre en date du 1-9-1939, ainsi que ses règlements d'application ont été abrogés par le § 25 KSchG (loi de protection en matière de licenciements). L'ordre n° 3 du Conseil de contrôle daté du 17 janvier 1946, relatif au recensement de la population apte au travail, a été annulé dans sa forme par la loi du 16 août 1951 de la Haute Commission alliée, ce qui a également supprimé la nécessité de la carte de travail. Par règlement n° 221 du 28-12-1950 de la Haute Commission du Royaume-Uni, l'ordre n° 54 du 22-10-1946 du Gouvernement militaire britannique a été abrogé, ce qui a enlevé aux bureaux de la main-d'œuvre le pouvoir d'imposer un travail.

traint à effectuer un travail déterminé, si ce n'est dans le cadre d'une prestation de services d'ordre public, habituelle, générale et égale pour tous. Le travail forcé n'est admis qu'en cas de privation de liberté ordonnée par un tribunal.

Section II

CONDITIONS GÉNÉRALES REQUISES DU TRAVAILLEUR

En ce qui concerne la *conclusion* du contrat de travail, appelé dans l'industrie minière "embauchage", les principes généraux du droit en matière de contrat de travail, complétés par les dispositions des conventions collectives, sont applicables. En conséquence, le rapport de travail est en principe consacré par la conclusion d'un contrat de travail. Deux déclarations de volonté concordantes faites par les deux parties en vue de la conclusion d'un contrat sont donc nécessaires. Pour exprimer une telle déclaration de volonté et pour conclure un contrat de travail, le travailleur doit posséder la *pleine capacité juridique*, c'est-à-dire avoir atteint 21 ans. Les personnes dont l'exercice des droits est *limité*, notamment les mineurs, ont besoin de l'assentiment du représentant légal ou doivent conclure le contrat par son entremise, à moins que ce dernier ne les ait habilités à accepter un contrat de services ou de travail. Dans ce dernier cas, le mineur est pleinement capable d'exercer ses droits pour tous les actes juridiques relatifs à un contrat de service ou de travail de la catégorie autorisée (§ 113, alinéa 1, phrase 1, du Code civil allemand).

Le représentant légal peut déterminer à sa guise l'ampleur de cette habilitation, il peut donc la limiter à un cas particulier. Toutefois, dans le doute, l'habilitation visant un cas particulier est réputée valoir habilitation générale pour l'établissement de rapports similaires (§ 113, alinéa 4, du Code civil allemand). L'habilitation peut être révoquée à tout instant. Le mineur que son père a autorisé à se faire embaucher à la mine X comme jeune ouvrier peut donc quitter cette mine sans autorisation spéciale de son père et se faire embaucher à la mine Y. Si, toutefois, il veut changer de profession, il doit demander l'autorisation à son père. Les *contrats d'apprentissage* nécessitent dans chaque cas l'assentiment du représentant légal.

Les *personnes ne jouissant pas de la capacité juridique*, c'est-à-dire les enfants mineurs de moins de 7 ans, les irresponsables et les interdits pour maladie mentale, ne peuvent conclure un contrat de travail que par l'entremise de leur représentant légal (§§ 104, 105 du Code civil).

En ce qui concerne la conclusion de contrats de travail avec des *femmes* ⁽¹⁾,

(1) La disposition contenue dans le § 1358 du Code civil allemand, selon laquelle le mari, habilité à cet effet par le Tribunal des tutelles, peut, sans observer un délai de préavis, dénoncer le contrat de travail, conclu sans son assentiment, par lequel la femme s'est engagée à une prestation qu'elle doit accomplir en personne, a été abrogée à compter du 31 mars 1953 (article 117 de la loi fondamentale).

les mêmes conditions préalables sont en principe applicables conformément au principe fondamental de l'égalité des droits. Contrairement au droit antérieur, les *femmes mariées* n'ont plus besoin, à compter du 1^{er} avril 1953, de l'assentiment de leur époux pour conclure un contrat de travail. La question de l'emploi des femmes ne se pose guère dans les industries minière et sidérurgique, étant donné qu'en principe leur présence n'est pas souhaitée et, par voie de conséquence, n'est autorisée que dans une mesure limitée.

Section III

LIMITATIONS IMPOSÉES PAR DES RÈGLEMENTS DE DROIT PUBLIC À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

Le droit de conclure des contrats de travail est limité par une série de dispositions de droit public. Ainsi, l'emploi d'*enfants* et de *jeunes gens* n'est pas autorisé ou ne l'est que dans une mesure limitée. Cette disposition s'applique notamment à l'industrie minière.

L'emploi d'*irresponsables* et d'interdits pour maladie mentale ne peut être admis dans l'industrie minière en raison des risques qui en découlent pour l'entreprise tant dans les services du jour que dans ceux du fond. C'est pourquoi le § 308 du règlement de police minière du 1^{er} mai 1935 s'appliquant à l'arrondissement minéralogique de Dortmund stipule expressément que des mineurs atteints d'incapacité physique ou de débilité mentale ne peuvent être employés qu'à des travaux où ils n'exposent ni eux-mêmes ni d'autres personnes à un risque quelconque.

En outre, l'embauchage pour un travail de mineur dans les services du jour ou du fond soumis à la surveillance de la police minière est subordonné à un examen médical (1). La sélection médicale doit, autant que possible, permettre de n'embaucher dans l'industrie minière que les ouvriers pouvant répondre aux exigences qui leur sont posées; on veut ainsi empêcher l'embauchage d'ouvriers à rendement insuffisant. En outre, tous les mineurs employés au fond dans une atmosphère chargée de poussières doivent être surveillés constamment quant à leur aptitude au travail (ce qu'on appelle l'*examen de contrôle*). Si leur aptitude au travail est reconnue, ils doivent être mutés à un autre poste de travail.

Toute une série de règlements à observer au moment de l'embauchage ont trait à l'*aptitude professionnelle*. Ne peuvent être embauchés comme *surveillants* dans les mines que les personnes dont l'aptitude a été reconnue à cet effet (§ 73 Pr. ABG – loi générale prussienne sur les mines). Le propriétaire de la mine ne peut employer *au fond* que les personnes qui ont reçu une formation professionnelle ou une formation accélérée d'après un plan autorisé par l'Oberbergamt (§ 324 BPV – Règlement de la police des mines). C'est pourquoi, on

(1) Règlement de police du ministre de l'économie du Reich en date du 23 mai 1940 relatif aux examens médicaux d'embauchage dans les mines.

ne peut employer que les mineurs qui sont en possession d'un *certificat de piqueur*. Les autres personnes occupées dans la mine ne peuvent être employées à des travaux déterminés que si elles ont été examinées et engagées en vue de ces travaux par le Service des Mines (par exemple: conducteurs de locomotives, contrôleurs d'aérage, bouteafeux, etc.).

Dans la mesure où les conditions d'emploi prescrites ne sont pas remplies, la conclusion d'un contrat de travail n'est pas admise. Le contrat de travail qui a été conclu nonobstant ces dispositions est nul de plein droit, parce que, d'après le § 134 du Code civil allemand, il porte atteinte aux prescriptions légales, à moins que de la nature et de l'objet du contrat de travail ne résultent la possibilité et la volonté des parties d'employer le travailleur sous une forme légalement admise, par exemple à un poste de travail autorisé.

Section IV

COOPÉRATION DU COMITÉ D'ENTREPRISE À L'EMBAUCHAGE DE TRAVAILLEURS

La direction de l'usine procède à l'embauchage des ouvriers et des employés. L'embauchage ne doit pas dépendre de critères d'ordre politique, confessionnel, racial ou syndicaliste, ni de l'appartenance ou de la non-appartenance à des associations correspondantes. La sélection se fait d'après l'aptitude au travail de l'ouvrier à embaucher ⁽¹⁾. Dans les entreprises de plus de 20 travailleurs, le comité d'entreprise possède un certain droit de coopération lors de l'embauchage d'ouvriers et d'employés, conformément au § 61 BetrVG (loi sur l'organisation des entreprises).

Section V

FORMES DE CONCLUSION DU CONTRAT

Aucune forme spéciale n'est requise pour la conclusion du contrat de travail; le contrat peut être passé par écrit ou verbalement. Il est simplement nécessaire que les parties contractantes soient d'accord sur la teneur et la conclusion du contrat. Si aucune disposition particulière n'est convenue, les dispositions générales légales sont applicables telles qu'elles sont prévues au Code civil, au Code de commerce et au Règlement professionnel, à la Loi générale sur les mines et aux autres lois.

En ce qui concerne la liberté de la forme du contrat de travail, il n'y a d'exception que pour les *contrats d'apprentissage*. Les contrats d'apprentissage, tant en matière commerciale qu'en matière professionnelle, doivent être, à peine de nullité, constatés par écrit (cf. §§ 126*b*, alinéa 1, 127*d*, 127*f* GewO, § 21, alinéa 1, HandwO, § 79 HGB).

(1) Cf., p. ex., § 1, alinéa 1, du Règlement du travail concernant les houillères.

Section VI
CERTIFICATS DE TRAVAIL

A son engagement, le travailleur doit déposer ses certificats de travail ⁽¹⁾. Dans les mines, ceux-ci comprennent, outre le certificat de l'emploi antérieur (§ 95 Pr. ABG), le "livret du mineur", institué depuis le 1^{er} septembre 1949, qui doit contenir, en plus des indications sur l'état civil des mineurs, des indications, dans des colonnes prévues à cet effet, sur le premier embauchage, l'apprentissage comme pousseur à la tâche, sur les travaux effectués dans les différentes sociétés minières et mines, sur les congés accordés ou payés, sur le charbon reçu au titre des livraisons au personnel, ainsi que sur les examens subis par le mineur comme ouvrier mineur, piqueur, piqueur-mécanicien, etc.

CHAPITRE III
LE CONTENU DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le contrat de travail établi pour l'employeur et le travailleur une série d'obligations et de droits qui sont brièvement énumérés ci-après dans la mesure où ils présentent une certaine importance dans le cadre des questions à examiner.

Section I
OBLIGATIONS ET DROITS DU TRAVAILLEUR

§ 1. OBLIGATION D'EFFECTUER DES PRESTATIONS DE SERVICES
ET DROIT À RÉMUNÉRATION

Conformément au § 611 du Code civil allemand, le travailleur est obligé d'effectuer les *prestations de services* convenues qu'il doit accomplir en principe personnellement. Le transfert aux tiers de l'obligation d'effectuer des prestations de services n'est pas admis sans accord spécial, conformément au § 613, phrase 1, du Code civil allemand.

Si le travailleur *refuse* d'effectuer les prestations, notamment en s'abstenant de se présenter au travail ou en abandonnant celui-ci sans motif, l'employeur peut intenter une action en accomplissement des services.

Pour les services effectués, le travailleur a droit au versement de la *rémunération* convenue ou fixée par la convention collective.

Le règlement de travail des charbonnages de la Ruhr stipule expressément à cet effet, au § 19, alinéa 1, phrase 2, que, pour le calcul du salaire de l'ouvrier,

⁽¹⁾ Cf., p. ex., la disposition expresse contenue au § 1, alinéa 4, du Règlement du travail relatif aux mines de houille.

il y a lieu de ne tenir compte que des postes régulièrement effectués qui ont été inscrits sur la base de la perception et de la restitution personnelles et ponctuelles des jetons de contrôle et confirmés par le personnel de surveillance. Cependant, le principe selon lequel seul le travail effectivement accompli est rémunéré ne s'applique pas d'une façon absolue dans les mines. Dans un certain nombre de cas, le règlement de travail prévoit que le mineur a droit au salaire même s'il n'a pas effectué le travail. Cela vaut notamment dans le cas où l'inactivité de l'ouvrier est imputable à une faute de la mine. Dans le cas où, sans qu'il y ait faute de la part de la mine, le travail peut commencer avec retard ou doit être arrêté plus tôt, le règlement de travail stipule le paiement d'une certaine partie du salaire. Si le non-accomplissement du travail provient d'une raison relevant de la personne de l'ouvrier, celui-ci n'a aucun droit à rémunération, qu'il soit fautif ou non. Toutefois, même dans ce dernier cas, il existe un certain nombre d'exceptions. Ainsi, lorsque des accidents se produisent dans l'entreprise, le mineur a droit à la rémunération entière du poste pour le jour de l'accident. Si le mineur est empêché d'accomplir son travail du fait de sa participation à des séances des tribunaux sociaux ou des tribunaux de travail comme échevin, juré ou assesseur, il reçoit la rémunération correspondant à la durée de l'absence nécessaire, déduction faite éventuellement des indemnités qui lui ont été versées par des tiers. En cas d'absence motivée par le décès de l'épouse, le salaire correspondant à trois postes est payé conformément au § 20, alinéa 3, n° 6, du Règlement du travail; en cas de décès d'enfants, de parents ou de frères et sœurs faisant partie du ménage, la salaire correspondant à deux postes; en cas de décès de parents et d'enfants ne faisant pas partie du ménage, ainsi qu'en cas de naissance d'un enfant légitime, le salaire correspondant à un poste est payé. Des dispositions analogues sont applicables dans l'industrie sidérurgique. Le montant du traitement des employés n'est pas diminué dans de tels cas.

§ 2. SAUVEGARDE DES INTÉRÊTS DE L'ENTREPRISE OBLIGATION DE FIDÉLITÉ

Il résulte de la nature du contrat de travail, notamment du principe de loyauté et de confiance réciproques régissant chaque contrat, que le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts justifiés de l'entreprise et de s'abstenir de mesures pouvant porter préjudice à l'entreprise elle-même. En ce qui concerne le droit applicable à la *grève*, nous renvoyons aux explications fournies à l'appendice I.

§ 3. DISCIPLINE DU TRAVAIL ET RÉPRESSION DES INFRACTIONS

Il résulte en outre de la nature du contrat de travail la nécessité pour le travailleur de sauvegarder la *discipline du travail*. L'observation des dispositions publiées par les autorités de surveillance et par la direction de l'entreprise, dans l'intérêt

de la sécurité et de l'organisation de l'entreprise, est d'autant plus nécessaire dans les industries, tant minières que sidérurgiques, que la vie et la santé du personnel et éventuellement même l'existence de l'ensemble de l'entreprise peuvent en dépendre et qu'une direction régulière de l'entreprise n'est possible que si chaque travailleur se plie de bon gré aux exigences et au rythme de l'entreprise. Aussi le règlement de travail des houillères prévoit-il certaines mesures qui seront prises contre les membres du personnel en cas d'infraction à l'organisation de l'entreprise, comme par exemple des avertissements verbaux, des amendes et blâmes publics par affichage. Le cas échéant, l'infraction à la discipline du travail peut également donner lieu à un licenciement sans ou, éventuellement, avec préavis. Pour plus de détails sur ce point, il y a lieu de se reporter aux explications fournies au chapitre IV.

§ 4. CONGÉS

Tout travailleur a droit à un *congé de détente*, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un contrat de travail provisoire. Il est vrai que cette question n'a pas été réglée par le droit fédéral, mais il existe des lois spéciales sur les congés dans les différents Länder. En outre, le Tribunal fédéral du travail a reconnu dans son arrêt du 20 avril 1956 – 1 AZR 476/54 – que, d'après le droit allemand du travail, chaque travailleur a droit à un congé, même en l'absence de dispositions expresses légales ou conventionnelles ou en l'absence de dispositions s'appuyant sur un accord pris avec l'entreprise ou sur un contrat de travail; la durée du congé doit être déterminée selon les usages locaux et, le cas échéant, selon une appréciation équitable.

Section II

DROITS ET OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

§ 1. DROIT DE DEMANDER DES PRESTATIONS DE TRAVAIL

Il résulte de l'obligation pour le travailleur d'effectuer des prestations de services le droit pour l'employeur d'exiger du travailleur la prestation régulière des services convenus. Ce droit ne lui est conféré qu'en personne; l'employeur ne peut, dans le doute, transférer le droit à la prestation de services à un autre employeur, à moins que ce dernier ne soit son successeur légal. Une mine, par exemple, ne peut donc céder automatiquement à une autre société minière la main-d'œuvre qu'elle ne peut plus utiliser elle-même pour une raison quelconque. Ce qui est admis, en revanche, c'est d'envoyer des ouvriers d'une mine à une autre mine pour porter secours en cas d'accident assez important, comme il est prévu au § 205 Pr. ABG (loi générale prussienne sur les mines); dans ce cas, cependant, il ne se produit pas un changement dans la personne de l'employeur.

§ 2. OBLIGATION D'EMPLOYER LES TRAVAILLEURS

Si, d'après l'ancienne doctrine, l'employeur n'était pas tenu d'employer effectivement le travailleur qu'il a pris à son service, l'opinion prévalant actuellement oblige en principe l'employeur qui s'est assuré le travail d'un ouvrier à utiliser ce dernier. Ceci découle, d'une part, de la nature du contrat de travail, qui représente un rapport de communauté de droit privé comportant des obligations caractérisées d'assistance et de fidélité, et, d'autre part, de l'idée de la protection de la personnalité consacrée par les articles 1 et 2 de la loi fondamentale. Une exemption du travail avec continuation du versement de la rémunération n'est admissible que provisoirement sans l'assentiment du travailleur, par exemple après un licenciement jusqu'à l'expiration du contrat de travail ou lorsque des intérêts particuliers et dignes de protection de l'employeur l'exigent, dont le bien-fondé doit être vérifié soigneusement (BAG, Tribunal fédéral du travail, du 10-11-1955 - 2 AZR 591/54).

§ 3. DROIT DE DIRECTION

A. Nature

En vertu du contrat de travail, l'employeur a le droit de déterminer la nature, le lieu et le moment des services à effectuer et de répartir le travail en détail.

C'est ce qu'on appelle le *droit de direction de l'employeur* ou droit de donner des directives qui se fonde sur la tâche incombant au chef d'entreprise d'organiser et de diriger l'exploitation.

B. Teneur

Pour l'exercice de son droit de direction, l'employeur ne doit jamais sortir du *cadre du contrat de travail conclu et prendre toujours en considération*, d'après le principe de loyauté et confiance réciproques, le cas de chaque travailleur (devoir d'assistance). Le droit de direction fondé sur le contrat de travail ne peut servir qu'à concrétiser et à matérialiser les obligations fixées dans leurs grandes lignes. L'employeur ne peut donc pas imposer unilatéralement des obligations aux travailleurs, si celles-ci ne sont pas déjà prévues par le contrat.

Le travailleur doit donc accepter en général, si son contrat de travail ne prévoit pas expressément une activité *déterminée*, une affectation à des travaux *variables* dans le cadre de sa formation antérieure. Il n'en est cependant pas ainsi si le champ d'activité est déterminé de façon précise par le contrat de travail en ce qui concerne tant la nature du travail que le poste de travail. L'affectation à un autre emploi et à un autre poste de travail signifie alors une modification du contrat de travail, à laquelle l'employeur ne peut en principe procéder unilatéralement. Par conséquent, l'accord contractuel l'emporte sur le droit de direction.

Ainsi, par exemple, le travailleur à la tâche doit accepter son affectation à une autre tâche si celle-ci s'avère nécessaire pour des raisons techniques; en effet, les conditions d'exploitation présentent une plus grande importance que le désir compréhensible du mineur de se maintenir à un poste de travail déterminé. D'autre part, le changement d'emploi n'est, par exemple, pas conforme au droit de direction s'il existe une différence considérable entre l'emploi ancien et celui qui est offert, notamment si une diminution notable du revenu est liée à la modification envisagée des conditions de travail. De même, une telle modification des conditions de travail n'est pas couverte par le droit de donner des directives, même si elle devait s'avérer provisoire. Le § 26 de la convention collective générale des mineurs stipule que dans les mines un travail moins bien rémunéré peut être confié à un travailleur pour des motifs de service sans modifier le contrat de travail, et ce pour une période maximum de trois mois. Si l'employeur veut procéder à des modifications au delà des limites qui lui sont assignées – par exemple en affectant l'ouvrier à un emploi beaucoup moins bien rémunéré ou en mutant un employé dans la catégorie des ouvriers – et si une extension du droit de direction, qui en soi est juridiquement licite, n'a pas été convenue dans le contrat de travail, ces modifications ne pourront se faire que par *dénonciation* du contrat de travail. Une telle dénonciation constitue un licenciement réel; l'employeur est censé vouloir la cessation effective du contrat de travail si le travailleur estime ne pouvoir accepter les nouvelles conditions de travail qui lui sont offertes et qui doivent s'appliquer à l'expiration du délai de préavis. Si l'administration des mines n'a confié que *provisoirement* une activité mieux rémunérée au travailleur, l'employeur pourra l'affecter à nouveau à son ancien emploi et ramener le salaire au niveau précédent.

C. Droit de direction et cogestion

Le droit de cogestion du comité d'entreprise ne porte pas atteinte au droit de direction qui est le droit pour l'employeur de donner des *directives particulières* pour permettre au contrat de travail de produire ses pleins effets. Le droit de cogestion ne signifie pas une répartition du droit de direction entre employeur et comité d'entreprise. Le droit de donner des directives particulières, notamment de mettre en application les conventions générales par des instructions particulières, appartient à l'employeur comme par le passé.

Cela n'exclut cependant pas que le comité d'entreprise exerce une certaine influence sur le droit de l'employeur de donner des directives. Ce droit découle des §§ 49 ss. de la loi sur l'organisation des entreprises. Conformément au § 54c de cette loi, le comité d'entreprise est même tenu de recueillir les plaintes des travailleurs et, dans le cas où elles semblent justifiées, de déployer tous ses efforts pour les faire aboutir en engageant des négociations avec l'employeur.

Lorsqu'il s'agit d'arrêter des dispositions *générales*, le droit de direction est limité par le droit équivalent de cogestion du comité d'entreprise. Une interdiction générale d'emporter les serviettes (porte-documents) dans les services du fond, afin d'empêcher les mineurs de prendre des objets appartenant à la mine, dépasserait les limites du droit de direction et ne pourrait intervenir que sous forme d'un accord d'entreprise ou d'une convention collective.

§ 4. OBLIGATION D'ASSISTANCE ET OBLIGATION SOCIALE

A. *Obligation de l'égalité de traitement*

Le principe de l'équité prévoit qu'en réglant et traitant les nombreux événements de la vie il ne faut procéder à aucune différenciation irréaliste ou arbitraire. Ce principe, auquel le législateur est lié par l'article 3, alinéa 2, de la loi fondamentale, est devenu, grâce à la jurisprudence, partie intégrante du droit du travail. Si l'employeur entend procéder dans une affaire déterminée d'après des principes bien arrêtés, chaque travailleur peut demander que ce principe lui soit également appliqué sans qu'il soit besoin que l'employeur ait fait connaître expressément sa volonté en l'espèce. Dans la mesure où un traitement différentiel est admissible – par exemple en cas d'allocations volontaires – celui-ci ne doit pas être établi d'une façon arbitraire.

B. *Obligation d'assistance et obligation sociale en particulier*

Cette obligation, dont les principes généraux légaux sont fondés sur les §§ 618 du Code civil, 120a et suivants du règlement professionnel et 62 de la loi générale prussienne sur les mines, ne peut être subdivisée en détail en obligations distinctes. Sa substance peut, d'après Nikisch, être définie de telle sorte (Droit du Travail, 2^e édition, p. 406) que pour toutes les mesures qu'il prend – même pour autant qu'il exerce des droits – l'employeur doit veiller au bien-être de ses travailleurs, la primauté revenant, selon le cas concret, aux intérêts de chaque travailleur ou à ceux de l'ensemble du personnel.

Cependant toute action de l'employeur en matière d'assistance ne revêt pas le caractère d'une obligation. Le contrat de travail ouvre un champ très vaste aux prestations supplémentaires *volontaires* de l'employeur auxquelles le travailleur n'a aucun droit. Il convient de mentionner, par exemple, notamment les gratifications et les prestations versées par des caisses de secours. Pour que du point de vue du droit il y ait obligation à cet égard, un motif juridique particulier est toujours nécessaire qui, le cas échéant, peut également découler du principe de l'égalité de traitement.

Pour remplir l'obligation sociale, l'intervention du *comité d'entreprise* est nécessaire. Celui-ci doit coopérer avec l'administration des institutions de bienfaisance (§ 56, alinéa 1^e, de la loi sur l'organisation des entreprises); il doit

veiller à la lutte contre les accidents et contre les risques de maladie et aider les services intéressés par cette lutte en fournissant des suggestions, des conseils et des renseignements; il intervient enfin dans l'exécution des dispositions relatives à la protection des ouvriers. Il y a lieu de le consulter lors de l'introduction et de l'étude des dispositifs de protection du travail et lors des enquêtes effectuées sur les accidents (§ 58 de la loi sur l'organisation des entreprises). Il peut demander à l'employeur de prendre des mesures adéquates concernant les institutions de bienfaisance, par exemple en ce qui concerne la prévention d'accidents, et conclure des accords d'entreprise sur ce point avec l'employeur (§§ 54a, 57 de la loi sur l'organisation des entreprises).

CHAPITRE IV

CESSATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Section I

MOTIFS DE CESSATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le contrat de travail peut être résilié pour plusieurs motifs. Comme nous l'avons dit au début de notre étude, celui-ci peut être conclu à priori pour une *durée déterminée*. Dans ce cas, il prend automatiquement fin à l'expiration de la période prévue, sans qu'il soit nécessaire de prendre des mesures spéciales (1).

Il peut également être limité dans le temps par un *objectif déterminé*, par exemple élimination d'un dommage causé à un endroit déterminé ou remplacement d'un travailleur malade. Dans ce cas, le contrat expire au moment où l'objectif est atteint.

Les parties contractantes peuvent *convenir* qu'il sera mis fin au contrat de travail. On peut également prévoir un *événement déterminé* comme date de cessation du contrat de travail, mais dont il est encore incertain si et quand il se produira, par exemple le mariage d'une ouvrière (2).

De même, le contrat est résilié par le *décès du travailleur*, puisque le travail doit être effectué en principe par celui-ci en personne. Par contre, le *décès de l'employeur*, la *faillite* d'une des deux parties contractantes ou le *transfert d'une entreprise* à une autre entreprise n'entraînent pas en général la cessation du contrat de travail.

En revanche, le contrat de travail n'est pas résilié par la suspension de celui-ci. Il est alors maintenu en vigueur et l'appartenance du salarié à l'entreprise reste

(1) En ce qui concerne le traitement juridique des contrats de travail successivement prorogés pour une durée déterminée, appelés "contrats successifs de durée indéterminée", voir chapitres I et II.

(2) Toutefois, la question de savoir si une convention résiliant le contrat de travail en cas de mariage est admissible, et si elle ne viole pas le principe de l'égalité prévu à l'article 3 de la loi fondamentale, n'est pas résolue.

acquise, mais les obligations réciproques sont provisoirement suspendues. La suspension du rapport de travail peut s'appuyer sur une *convention* conclue entre les parties. Il convient de ranger sous cette rubrique, par exemple, le cas de *mise en congé de l'entreprise*. La question de savoir si l'ensemble des rapports juridiques est suspendu ou si la suspension ne s'applique qu'à certains droits et obligations ne peut être tranchée que suivant les cas. Toutefois, la suspension du rapport de travail peut également être ordonnée par une *loi*. Cela s'est produit dans une certaine mesure lors de la publication de la loi du 19 juin 1950 (BGBl., I, p. 221) sur les rapatriés, loi dont le texte a été remanié le 17 août 1953 (BGBl., I, p. 931) (1).

"De plus, la loi sur la protection de l'emploi en cas de service militaire (Arbeitsplatzschutzgesetz) du 30 mars 1957 prévoit, en son § 1, que le contrat de travail est suspendu en cas de service militaire ou de rappel sous les drapeaux accomplis par le travailleur. Il en est de même des "volontaires", qui doivent se soumettre à un stage d'essai pour être définitivement admis à titre actif dans les rangs de l'armée fédérale; pour ceux-ci, la loi sur les volontaires (Freiwilligen-gesetz) du 23 juillet 1955, en son § 3, et la loi sur les stages d'aptitude (Eignungs-übungsgesetz) du 20 janvier 1956, en son § 1, prévoient la suspension du contrat de travail pendant toute la période de stage."

Le motif le plus important et le plus fréquent de cessation d'un contrat de travail est le *congé* de la part de l'employeur ou du travailleur.

Section II

CONGÉ - PRINCIPES

On entend par *congé* la dénonciation du contrat de travail par une déclaration unilatérale de l'employeur ou du travailleur. Il constitue une déclaration de volonté dûment notifiable, c'est-à-dire qu'il devient opérant lorsqu'il parvient à la connaissance de l'autre partie contractante. Il n'a donc pas besoin d'être "accepté". Le congé est considéré comme parvenu s'il a atteint le destinataire de façon que celui-ci devait dans des circonstances normales en prendre connaissance et si cette prise de connaissance pouvait être attendue d'après les usages courants. Si l'autre partie contractante empêche l'arrivée du congé, par exemple en refusant la réception de la lettre de congé, celui-ci est néanmoins efficace. Si le congé parvient trop tard à l'autre partie, par la faute de celle-ci, il est considéré comme ayant été remis en temps voulu.

(1) Cette loi stipule que, pour les prisonniers de guerre, les travailleurs civils et les internés libérés qui étaient liés par un engagement de travail immédiatement avant l'appel sous les drapeaux ou l'internement, cet engagement n'est pas résilié, mais simplement suspendu. Il reprend ses effets, à titre rétroactif, si le rapatrié se présente sans retard imputable à sa faute à son employeur pour la reprise du travail après son retour dans la République fédérale (§ 7, alinéa 1, de la loi sur les rapatriés).

L'assentiment de l'autre partie n'est pas nécessaire. Le congé une fois donné l'est définitivement et ne peut être retiré sans l'assentiment de l'autre partie.

Le congé n'exige une *forme* spéciale que si cela a été convenu expressément entre les parties. Dans les conventions collectives des mineurs et de l'industrie sidérurgique, aucune forme spéciale n'est prévue. Il n'est donc pas nécessaire de constater le licenciement par écrit ou par une lettre recommandée; la déclaration verbale est suffisante. Si une information verbale ou écrite n'est pas possible, le licenciement dans les mines peut exceptionnellement être prononcé par affichage dans la mine (§ 1, alinéa 3, du Code du travail). D'après le § 4, alinéa 3, de la convention collective générale pour le personnel technique et commercial des charbonnages de la Ruhr, le licenciement de ces deux catégories professionnelles doit être constaté par écrit. La forme écrite prescrite par cette convention collective a une signification constitutive, c'est-à-dire qu'un licenciement prononcé sans respect des formes n'est pas valable.

La déclaration n'a pas besoin de comporter expressément le mot "licencier" ou "congé". Tout comportement par lequel une partie notifie à l'autre sa volonté de cesser le rapport de travail est suffisant. La question de savoir si et comment un rapport de travail est dénoncé doit être appréciée du point de vue du destinataire de la déclaration. Il importe de savoir comment celui-ci pouvait interpréter la déclaration, compte tenu des usages admis en affaires. La volonté de signifier le congé et la date à laquelle il doit avoir lieu doivent cependant être exprimées très clairement. Des phrases comme "vous pouvez prendre vos papiers le 15" ou "je veux m'en aller à la fin du mois" suffisent donc pour rendre la dénonciation efficace. En revanche, une déclaration comme par exemple "je peux donc partir" ne suffira donc pas en général, parce qu'elle pourra simplement être interprétée comme expression de la colère et non pas comme une déclaration sérieuse de volonté pour dénoncer le contrat de travail.

La dénonciation de *certaines dispositions du contrat de travail* n'est pas licite, mais seulement la dénonciation du *contrat tout entier*. La diminution unilatérale du traitement d'un employé non contractuel signifie donc la dénonciation de l'ensemble des rapports de travail avec offre simultanée de continuer le contrat de travail à des conditions modifiées. Une dénonciation en vue de *modifier le contrat* ne constitue pas, d'après une jurisprudence constante, un licenciement sous condition, donc illicite, mais un licenciement sans réserve lié à l'offre de contracter un nouveau contrat de travail sur la base de nouvelles conditions de travail (ce qu'on appelle dénonciation comportant modification) ⁽¹⁾. En revanche, l'affectation à un autre emploi qui est rémunéré de la même façon que le travail accompli jusqu'à présent et qui entre dans le même

(1) Un tel licenciement est également soumis aux dispositions de protection en matière de licenciement dont il sera question au chapitre IV, puisque le travailleur n'est pas obligé d'accepter une modification des dispositions contractuelles et que le licenciement comportant modification du contrat ainsi que la dénonciation normale résilient le rapport de travail.

cadre que le contrat de travail conclu avec le travailleur ne constitue pas une modification du contrat impliquant la dénonciation du contrat de travail.

Lors de la dénonciation d'un rapport de travail, l'indication d'un *motif* n'est pas prescrite par la loi. Toutefois, une partie de la doctrine récente est d'avis que l'obligation de loyauté et d'autres arguments juridiques imposent la motivation de chaque congé. Formulée d'une manière aussi générale, cette affirmation n'est certainement pas exacte. Si le congé est donné par le travailleur, l'indication d'un motif n'est pas nécessaire, parce que ce dernier n'a, juridiquement, aucune incidence sur la validité de la dénonciation.

Les mêmes règles doivent s'appliquer dans le cas où le congé émane de l'employeur et où le travailleur ne bénéficie pas des dispositions de la loi sur la protection contre les licenciements, ainsi lorsqu'il s'agit d'employés supérieurs au sens du § 12 de ladite loi.

Il en irait tout différemment si le travailleur licencié bénéficiait de la loi sur la protection contre les licenciements. En vertu du § 1 de cette loi, le licenciement n'est pas valide s'il est "socialement injustifié".

On pourrait soutenir qu'il est nécessaire d'indiquer au travailleur le motif de son licenciement afin de lui permettre d'attaquer la décision de licenciement s'il l'estime socialement injustifié. Dans ce cas, le fait de ne pas indiquer le motif du licenciement pourrait ainsi constituer un manquement à la bonne foi. Si, par contre, il n'existe aucun doute quant au motif du licenciement, ou bien si c'est dans l'intérêt même du travailleur licencié que le motif a été soit omis en tout ou en partie, soit inexactement mentionné, alors évidemment l'indication du motif n'est pas exigée.

Ce serait le cas dans l'hypothèse où le licenciement serait provoqué par une infraction du travailleur, dont l'employeur ne tient pas à faire mention pour éviter de porter préjudice à l'avenir professionnel du travailleur.

L'adjonction d'une *condition* fait obstacle à la validité du licenciement. Un licenciement qui est prononcé à toutes fins utiles pour le cas où un licenciement prononcé antérieurement se verrait dénier sa validité juridique ne constitue cependant pas un licenciement lié à une condition.

La direction de l'usine, avec la coopération du comité d'entreprise, procède au congédiement des ouvriers, et des employés pour autant qu'il ne s'agisse pas d'employés des cadres; il en est de même pour l'embauchage. Conformément au § 66 de la loi sur l'organisation des entreprises, le comité d'entreprise doit être consulté avant chaque licenciement. Cette obligation de consulter le comité ne constitue pas une condition préalablement requise pour la validité du licenciement (1). Le licenciement ne doit pas être subordonné à des considérations politiques, confessionnelles, raciales ou syndicales, ni à l'appartenance ou à la

(1) En ce qui concerne les conséquences de l'omission d'une consultation, voir chapitre IV, section V, § 1.

non-appartenance à des associations correspondantes poursuivant les objectifs visés ci-dessus (article 3, alinéa 3, de la loi fondamentale). Si le congédiement d'un nombre assez important d'ouvriers devient nécessaire, la direction de l'entreprise doit en informer au préalable et en temps utile le comité d'entreprise, afin qu'il soit possible de discuter les moyens propres à éviter que des situations pénibles ne soient occasionnées par le licenciement (§ 66, alinéa 2, de la loi sur l'organisation des entreprises).

L'accord du bureau de la *main-d'œuvre* n'est plus nécessaire pour le licenciement. Le règlement du 1^{er} septembre 1939 relatif au changement d'emploi (RGBl., I, p. 1685), qui prévoyait un accord de cette nature, a été abrogé par la loi de protection en matière de licenciement en date du 10 août 1951 (BGBl., I, p. 499). Ce n'est qu'en cas de "licenciements dits collectifs" que la loi de protection en matière de licenciement prévoit encore la coopération des services de la main-d'œuvre.

Section III *CONGÉ ORDINAIRE*

Celui-ci entre en ligne de compte lorsqu'une partie contractante veut dénoncer un rapport de travail conclu pour une durée indéterminée en observant le délai légal ou convenu. Les délais légaux et contractuels sont différents pour les ouvriers et les employés.

§ 1. DISPOSITIONS CONCERNANT L'INDUSTRIE MINIÈRE

a) En ce qui concerne les *mineurs*, le § 81 de la loi générale prussienne sur les mines stipule que le contrat de travail peut être dénoncé, sauf dispositions contraires, par un préavis de 14 jours que chaque partie contractante est libre de donner. Si d'autres délais de préavis sont convenus, ils doivent être égaux pour les deux parties. Les conventions contraires à cette dernière disposition sont nulles de plein droit. Le § 2 du Règlement du travail des mines stipule, à titre complémentaire, que le rapport de travail peut être dénoncé par chacune des parties le 1^{er} de chaque mois pour le 15 et le 15 pour le dernier jour du mois. Cette disposition implique que le congé doit être donné *avant* le 1^{er} ou *avant* le 15; il n'est pas nécessaire que le congé ait eu lieu exactement le 1^{er} ou le 15 du mois. Si un ouvrier marié ou placé dans des conditions analogues (c'est-à-dire soutien principal), après 21 ans révolus, a travaillé au moins un an et si un ouvrier célibataire a travaillé au moins trois ans dans la même société minière, le rapport de travail ne peut être dénoncé par chacune des parties, conformément au § 2, alinéa 2, du Règlement du travail, qu'avec un préavis d'un mois donné au plus tard le 1^{er} pour la fin du mois ou le 15 pour le 15 du mois suivant. Si l'ouvrier peut justifier d'une activité professionnelle (activité dans une entreprise minière) d'au moins 25 ans, dont une activité ininterrompue d'au moins

cinq ans dans la même société, le délai de préavis est de trois mois; ce préavis ne peut être donné que pour le dernier jour d'un mois. Toutefois, ces préavis prolongés ne s'appliquent qu'aux licenciements dont le but est la *résolution* du rapport de travail et non pas aux licenciements ayant pour but de modifier les dispositions du contrat de travail.

Si, conformément au § 1, alinéa 2, du Règlement du travail, l'engagement est convenu à l'essai pour une durée de trois mois au maximum, le rapport de travail peut être dénoncé à tout moment, au cours de ce délai, pour la fin d'un poste.

b) En ce qui concerne les *employés des services techniques et commerciaux* des mines, le § 3 du Règlement du travail renvoie aux dispositions légales et à celles des conventions collectives. En conséquence, le délai de préavis est de six semaines, sauf stipulation contraire; le préavis ne peut être donné que pour la fin du trimestre civil (§ 88 de la loi générale prussienne sur les mines, § 133 du règlement professionnel, § 66 du Code de commerce, § 622 du Code civil, § 4, alinéa 3, de la convention collective générale des employés techniques et de commerce). La dénonciation doit donc parvenir à l'autre partie le 43^e jour avant l'expiration du trimestre civil considéré (§ 187 du Code civil).

Toutefois, en ce qui concerne les employés *hors convention*, un délai de préavis autre que le préavis légal peut être convenu par contrat. Ce délai doit cependant être le même pour les deux parties et ne doit pas être inférieur à un mois; de même, le licenciement ne peut être prononcé que pour la fin d'un mois civil. Une convention contraire à ces prescriptions est nulle de plein droit (§ 133aa du règlement professionnel, § 67 du Code de commerce, § 88a de la loi générale prussienne sur les mines). Ces dispositions ne sont cependant pas applicables si l'employé perçoit un traitement déterminé ⁽¹⁾ au cours de l'année ou s'il n'a été engagé qu'à titre temporaire et que la durée du service ne dépasse pas trois mois; dans ce dernier cas, le délai de préavis doit cependant être le même pour les deux parties (§ 133ac du règlement professionnel, § 69 du Code de commerce, § 88c de la loi générale prussienne sur les mines).

c) En ce qui concerne les *employés de bureau débutants*, le § 2, alinéa 3, de la convention collective des employés de bureau débutants stipule un délai de préavis d'un mois, dont le terme ne peut échoir que le dernier jour d'un mois.

§ 2. INDUSTRIE SIDÉRURGIQUE

a) En ce qui concerne les *ouvriers*, le § 12 de la convention collective type du 12 janvier 1952 stipule que le rapport de travail peut être dénoncé au cours des

(1) La loi indique un traitement de 5 000 DM, montant qui doit cependant être multiplié par l'indice de cherté de vie correspondant (cf. Boldt-Steffens, Règlement professionnel § 333, à partir de la note II).

quatre premières semaines lors d'un changement de poste sans observer de délai de préavis. A partir de la 5^e semaine, le rapport de travail peut être dénoncé en observant un délai de préavis de 14 jours. Lorsque l'ouvrier a appartenu pendant cinq ans à l'entreprise, le délai de préavis est porté à trois semaines et après dix ans de présence dans l'entreprise à quatre semaines. Le rapport de travail des monteurs à temps peut être dénoncé en donnant un préavis d'un jour. Il est permis de convenir dans des contrats de travail individuels des délais de préavis plus longs.

b) En ce qui concerne les *employés*, les dispositions légales sont applicables ainsi qu'il ressort du § 8 de la convention collective type du 2 avril 1952. Sauf stipulation contraire, le préavis est donc de six semaines; le contrat ne peut être dénoncé que pour la fin du trimestre civil (§ 133a du règlement professionnel, § 66 du Code de commerce, § 622 du Code civil allemand). En ce qui concerne les autres dispositions, il y a lieu de se reporter aux explications fournies sur les employés de l'industrie minière.

Section IV

CONGÉ EXCEPTIONNEL

Dans un certain nombre de cas, les parties contractantes ou l'une d'elles ont un droit de *congé exceptionnel*. En cas de *faillite de l'employeur*, les deux parties peuvent dénoncer le contrat en donnant le préavis légal conformément au § 22 du règlement sur les faillites, même si un délai plus long est prévu dans le contrat. Toutefois, en cas de *faillite du travailleur*, cette disposition n'est pas applicable. Le droit du *mari*, prévu par le § 1358 du Code civil allemand, de dénoncer les contrats conclus par son épouse a été abrogé par l'article 3 de la loi fondamentale.

Le cas le plus fréquent de congé exceptionnel est le *congé sans préavis pour une cause grave*. Les éléments d'une "cause grave" sont réunis lorsque des circonstances se sont produites qui, selon une appréciation raisonnable et compte tenu de toutes les circonstances, ne permettent plus d'exiger de l'une ou de l'autre partie contractante la continuation du rapport de travail sur la base du principe de loyauté et de confiance réciproques – même pendant la durée du délai de préavis prévu – car sinon les intérêts d'une des parties seraient lésés d'une façon injustement rigoureuse (Tribunal fédéral du travail, 2, 139). Ces circonstances peuvent également se produire sans que ce soit de la faute des parties (Tribunal fédéral du travail, 2, 214). La question de savoir s'il existe une cause grave doit être examinée dans chaque cas, compte tenu de tous les points de vue possibles; toutes les circonstances concomitantes doivent être appréciées (Tribunal fédéral du travail, 2, 208). A cet égard, il y a lieu de tenir compte de l'obligation d'assistance de l'employeur. Il ne s'agit pas de savoir si chaque

faute justifie le congédiement sans préavis, mais il faut procéder à une appréciation générale du comportement de celui qui a donné lieu au congédiement sans préavis (Tribunal fédéral du travail, AP n° 3, relatif au § 626 du Code civil allemand; Tribunal fédéral du travail, 2, 245).

Un licenciement pour cause grave entre notamment en ligne de compte lorsque l'autre partie contractante a manqué *par sa faute* aux obligations qui lui sont imposées. Ainsi, une infraction à un ordre donné par l'employeur ne permet à celui-ci de prononcer le licenciement immédiat que si son ordre n'a pas été exécuté par la faute du travailleur et que l'infraction n'apparaît pas excusable en raison de circonstances particulières (Tribunal du travail du Land Hamm du 7-10-1952, BABl. 53/4/9). Le comportement négligent d'un travailleur ne peut en général justifier un licenciement sans préavis que s'il est l'expression d'une attitude généralement négligente ou s'il est de nature particulièrement grossière ou lourd de conséquences, ou si la confiance accordée par le contrat de travail est tellement grande qu'elle peut être détruite irrémédiablement par un manquement unique. Une dénonciation sans préavis est également admise si la cause grave réside dans la personne de celui qui dénonce le contrat (par exemple, le travailleur dénonce l'engagement parce qu'il ne peut plus effectuer le travail pour raison de santé) ou si le motif de dénonciation résulte des conditions objectives. Dans ces derniers cas, le congé exceptionnel ne doit pas avoir pour effet de répercuter sur le travailleur le risque que l'employeur doit assumer. C'est pourquoi, la réduction de la marche de l'entreprise ne permet pas en principe à l'employeur de dénoncer sans préavis le rapport de travail pas plus que l'ouverture de la faillite affectant son patrimoine (Tribunal du travail du Reich, ARS 42, 185; Tribunal du travail de Bonn, ARS 27, 91). Le § 7 du Règlement de travail, selon lequel les ouvriers peuvent abandonner le travail sans observer le délai de préavis contractuel si la mine, en cas d'interruption totale ou partielle de l'exploitation, ne peut leur procurer du travail pendant trois postes ou plus consécutifs, constitue une exception à cette règle dans les mines.

Conformément au § 11, alinéa 2, phrase 1, de la loi de protection en matière de licenciement, un licenciement sans effet, parce que donné sans préavis, ne doit pas être considéré, dans le doute, comme étant valable pour la date la plus rapprochée à laquelle il pourrait prendre effet. Cette disposition ne constitue qu'une présomption pouvant être détruite par la preuve du contraire (Tribunal fédéral du travail, 1, 99). Une telle interprétation n'est cependant admissible que s'il ressort des faits que la personne dénonçant le contrat voulait à toute fin résilier l'engagement de travail (1).

(1) Pour garantir ceci, les lettres de licenciement sont fréquemment rédigées comme suit: "Étant donné que l'on ne peut exiger de nous que nous poursuivions notre collaboration avec vous, nous vous licencions par la présente pour cause grave." Ce texte comporte le prononcé d'un licenciement ordinaire pour le cas où le licenciement sans préavis ne serait pas justifié.

Le licenciement sans préavis pour cause grave, qui doit être prononcé sous une forme ne laissant planer aucun doute, est prévu pour les contrats de travail en général par le § 626 du Code civil allemand. En plus du principe général ainsi établi, qui constitue un droit impératif, les dispositions légales et conventionnelles s'appliquant aux ouvriers et employés des mines et de l'industrie sidérurgique comportent également des dispositions particulières différentes pour les ouvriers et les employés. Ainsi, le § 82 de la loi générale prussienne sur les mines stipule notamment que les mineurs peuvent être congédiés sans préavis s'ils se sont rendus coupables de vol, de détournement, de fraude ou d'inconduite, s'ils ont abandonné le travail sans autorisation ou contrevenu à un règlement de police sur la sécurité ou s'ils ont commis des voies de fait ou proféré des injures graves à l'encontre du propriétaire de la mine, de l'adjoint de celui-ci, de leurs chefs directs ou à l'encontre des membres de la famille de ceux-ci. Dans ces cas, et dans d'autres, le congédiement sans préavis n'est cependant plus possible si les faits motivant le renvoi étaient connus du propriétaire de la mine ou de son adjoint depuis plus d'une semaine.

Section V

COOPÉRATION DU COMITÉ D'ENTREPRISE

§ 1. EN CAS DE LICENCIEMENTS INDIVIDUELS

Conformément au § 66, alinéa 1, de la loi sur l'organisation des entreprises, l'employeur est tenu, lorsqu'il prononce le licenciement d'un travailleur assujéti aux dispositions de la loi sur l'organisation des entreprises – mais non pas, par exemple, en ce qui concerne un employé des cadres au sens du § 4, alinéa 2c, de la loi sur l'organisation des entreprises – de consulter le comité d'entreprise.

L'obligation de consulter le comité d'entreprise comporte l'obligation de l'informer du licenciement envisagé, y compris du motif du licenciement, et l'obligation de recevoir les objections éventuellement formulées par le comité d'entreprise. Toutefois, l'employeur n'est pas tenu de se prononcer à leur sujet et il n'est pas non plus obligé d'examiner les contre-arguments avancés par le comité d'entreprise. Il peut au contraire prononcer le licenciement malgré l'opposition du comité d'entreprise et sans en discuter avec lui. De son côté, le comité d'entreprise n'est pas tenu de formuler un avis sur un licenciement dont il est informé par l'employeur. S'il use de son droit, il devra formuler son avis le plus rapidement possible. En ce qui concerne la procédure d'opposition prévue par le § 2 de la loi de protection en matière de licenciement, le comité d'entreprise n'est pas lié par l'avis qu'il a éventuellement formulé.

Le § 66, alinéa 1, de la loi sur l'organisation des entreprises revêt un caractère impératif. Il s'ensuit qu'a priori on ne peut renoncer à la consultation du comité

d'entreprise. Cette disposition ne stipule pas qu'un licenciement qui n'a pas été précédé de la consultation du comité est nul de plein droit. La consultation du comité d'entreprise avant le licenciement ne constitue donc pas une condition préalable de la validité du licenciement sur le plan du droit privé. Le licenciement, en tant que tel, est donc valable même en omettant la consultation du comité d'entreprise. Si, toutefois, l'employeur a omis illégalement, intentionnellement et indûment, de procéder à la consultation préalable, il a perdu le droit d'invoquer l'hypothèse que le licenciement est justifié sur le plan social, conformément au § 1 de la loi de protection en matière de licenciement (Tribunal fédéral du travail, 1, 69; 2, 87).

La question est très contestée de savoir si l'obligation de consultation peut être élargie par la convention collective au delà du cadre de la loi sur l'organisation des entreprises (par exemple en ce qui concerne le licenciement d'employés des cadres) ou si une importance plus grande peut être conférée à l'obligation de consultation. La question litigieuse est liée aux problèmes déjà traités à l'époque où la loi de 1920 sur les comités d'entreprise était en vigueur, à savoir si l'organisation des entreprises relève du droit public ou du droit privé. Sur ce point, les avis sont opposés et il faudra attendre pour savoir comment la jurisprudence se prononcera sur cette question fondamentale.

§ 2. EN CAS DE LICENCIEMENTS COLLECTIFS

Comme pour les licenciements individuels, les *licenciements collectifs* sont soumis à une procédure relevant de la législation en matière d'organisation des entreprises. S'il est prévu qu'un assez grand nombre de travailleurs doit être licencié, l'employeur doit notifier cette éventualité aussitôt que possible au comité d'entreprise et discuter avec celui-ci de la nature et de l'importance des licenciements nécessaires ainsi que des moyens propres à empêcher que les licenciements n'entraînent des situations pénibles (§ 66, alinéa 2, de la loi sur l'organisation des entreprises). Les obligations imposées à l'employeur sont dans ce cas plus étendues que pour la protection générale en matière de licenciement, étant donné que l'employeur doit non seulement consulter le comité d'entreprise, mais doit encore *discuter* avec lui de ces licenciements. L'employeur, il est vrai, n'est pas non plus tenu ici d'adopter les contre-arguments éventuels du comité d'entreprise. Il reste libre de ses décisions. Toutefois, la discussion avec le comité d'entreprise constitue dans ce cas une *condition impérative requise pour la validité des licenciements*. Cela résulte du fait qu'il faut joindre l'avis formulé par le comité d'entreprise à la déclaration de licenciement à fournir au bureau de la main-d'œuvre, conformément au § 45 de la loi de protection en matière de licenciement. Si cet avis fait défaut, les délais suspensifs légaux ne peuvent commencer à courir (1).

(1) Cf. également chapitre IV, section VII, § 9.

*Section VI**PROTECTION GÉNÉRALE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT*

§ 1. INTRODUCTION

Ce n'est qu'après la première guerre mondiale que l'idée de la *protection en matière de licenciement* a commencé à s'imposer contre la conception libérale de la liberté en matière de licenciement. Des dispositions concernant la *protection directe des travailleurs*, comportant un droit de coopération collective pour les représentants de l'entreprise ou même individuelle grâce aux possibilités d'opposition données au travailleur licencié, ont été insérées pour la première fois dans la loi du 4 février 1920 sur les comités d'entreprise. Les licenciements à caractère antisocial ont été déclarés inadmissibles par cette loi. Les dispositions relatives à la protection en matière de licenciement de la loi du 30 janvier 1943 réglementant le travail national ont en principe maintenu la même réglementation.

Lorsque la loi réglementant le travail a été supprimée par la loi n° 40 du conseil de contrôle, la protection en matière de licenciement a perdu sa base légale. Les tribunaux sont alors intervenus en déclarant qu'un licenciement de caractère antisocial était contraire à la loi morale (§ 138 du Code civil allemand) ou en lui retirant sa validité pour exercice abusif de droits (§ 242 du Code civil allemand). Dans différents Länder, on a remédié à cette lacune en adoptant des lois spéciales de protection en matière de licenciement ou en insérant des dispositions spéciales dans les lois sur les comités d'entreprises. La nécessité d'une réglementation uniforme à l'intérieur de la République fédérale a été pratiquement réalisée par la loi de protection en matière de licenciement en date du 10 août 1951 (BGBl., I, p. 499).

§ 2. PERSONNES PROTÉGÉES

Tous les travailleurs employés depuis plus de six mois sans interruption dans la même exploitation ou entreprise, et qui ont vingt ans révolus, peuvent revendiquer la protection légale en matière de licenciement, conformément au § 1, alinéa 1, de la loi de protection en matière de licenciement. Toutefois, aux termes du § 12 de la loi de protection en matière de licenciement, cette protection légale ne s'applique pas aux employés des cadres (cette notion étant définie par la loi d'une façon plus étroite que par la loi sur l'organisation des entreprises).

En outre, la protection en matière de licenciement n'est pas applicable aux exploitations et administrations occupant en principe cinq travailleurs au moins, à l'exclusion des apprentis.

§ 3. LA PROTECTION APPLICABLE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT
 TELLE QU'ELLE EST DÉFINIE PAR LA LOI DE PROTECTION
 EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT

La loi de protection en matière de licenciement considère a priori comme illégal tout licenciement d'un travailleur non justifié sur le plan social (§ 1, alinéa 1). Aux termes du § 1, alinéa 2, un licenciement est considéré comme *injustifié sur le plan social* s'il n'est pas conditionné par des motifs propres à la personne ou au comportement du travailleur ou par des nécessités de service urgentes qui s'opposent au maintien du travailleur dans l'entreprise. L'appréciation de l'intérêt qu'a le travailleur à maintenir le contrat de travail et l'employeur à le résilier fait donc également partie des éléments légaux du § 1, alinéa 2, de la loi de protection en matière de licenciement (Tribunal fédéral du travail, 1, 117). Le texte de la loi fait ressortir qu'en cas de licenciements imposés par des raisons d'exploitation, le caractère antisocial peut également résider dans le choix des personnes à licencier (§ 1, alinéas 2 et 3, de la loi de protection en matière de licenciement).

Le *comportement* du travailleur justifie le licenciement si, après avoir apprécié raisonnablement toutes les circonstances et les intérêts réciproques, on ne peut exiger de l'employeur qu'il maintienne le travailleur dans son emploi, même s'il est impossible de motiver un licenciement sans préavis. Nous pouvons citer comme exemple: la négligence dans le service, irrégularité répétée malgré les avertissements, mauvaise conduite, insubordination et insociabilité troublant l'ordre dans l'entreprise. Les motifs inhérents à la *personne* du travailleur sont notamment le rendement insuffisant au travail, une formation préalable insuffisante et des maladies fréquentes qui, à la longue, diminuent fortement l'utilité pratique du travailleur, les services effectués dans le passé devant cependant être pris en considération. Lors de l'appréciation des intérêts des deux parties, ces motifs doivent être suffisamment importants pour faire apparaître le licenciement comme justifié (Tribunal fédéral du travail, 1, 117). Dans chaque cas, la loi exige un *motif* qui *conditionne* le licenciement, c'est-à-dire qui le fait apparaître comme *nécessaire* pour des raisons d'exploitation. Il en résulte que la loi de protection en matière de licenciement a reconnu l'appartenance à une entreprise comme un *droit légal soumis à protection* contre lequel on ne peut intervenir que pour des raisons impératives. Le motif doit rendre le licenciement nécessaire. Des infractions uniques ne suffiront donc pas en principe, par exemple, dans le cas d'infractions aux obligations découlant des rapports de travail, pour lesquelles un avertissement peut tout d'abord sembler suffisant; pour les travailleurs occupant des postes de confiance, une plus grande exigence de la part de l'employeur est justifiée.

De même, une *nécessité d'exploitation urgente*, qui, au moment du congédiement, s'oppose impérativement au maintien du travailleur dans l'entreprise,

peut justifier un licenciement; par exemple: suppression de machines, pénurie de matières premières et de matériel; difficulté en matière de mobilisation de crédits, régression de la production, manque de débouchés. Une nécessité d'exploitation urgente se produit s'il n'existe plus de possibilité d'employer le travailleur congédié ou si l'on n'a plus besoin de son travail dans l'entreprise. Il en est ainsi, par exemple, en cas de manque de travail, même passager, auquel on ne peut remédier en raison de la nature de l'entreprise en procédant à une diminution de la durée de travail (chômage partiel) ou à la mutation du travailleur menacé de congédiement à un autre poste de travail approprié dans la même entreprise. De même, des mesures de rationalisation peuvent constituer une nécessité d'exploitation urgente. Lors de l'examen de ces conditions préalables au cours d'un procès relatif à la protection en matière de licenciement ⁽¹⁾, il n'appartient pas au tribunal d'apprécier la nécessité et l'opportunité des mesures techniques et d'organisation qui ont été prises et d'intervenir ainsi indirectement dans la direction de l'entreprise. Par contre, le tribunal est tenu de constater si le poste de travail du travailleur est devenu superflu du fait des mesures prises par l'employeur et si le droit de direction de l'employeur a été exercé de façon équitable, appréciation faite des intérêts réciproques.

Même en cas de nécessité d'exploitation urgente, le licenciement peut paraître injustifié du point de vue social si l'employeur, en procédant au *choix* des personnes à congédier, n'a pas tenu compte ou n'a pas tenu suffisamment compte des points de vue sociaux (situation économique, situation de famille, âge et ancienneté, qualité de rapatrié, de victime de persécutions, de réfugié) (§ 1, alinéa 3). L'employeur doit à cet égard fixer son choix d'après les aspects sociaux et il doit notamment tenir compte de l'âge et de l'ancienneté des travailleurs dont le congédiement est envisagé, ainsi que de leur situation de famille. Toutefois, l'employeur n'est pas tenu de licencier un ouvrier dont le travail est précieux à l'entreprise pour conserver, pour des raisons sociales, un ouvrier moins qualifié. On ne peut exiger qu'en procédant au choix des personnes à congédier l'employeur prenne une décision qui puisse résister, même ultérieurement, à une vérification très détaillée entreprise par le tribunal. On peut simplement exiger de lui qu'il tienne suffisamment compte des points de vue sociaux. Tel n'est pas le cas si les points de vue sociaux n'ont pas été pris du tout en considération ou s'ils ne l'ont pas été avec tout le soin requis.

En cas de litige, l'*employeur* doit soutenir et prouver les faits propres à justifier le licenciement. Mais si la question du choix équitable est soulevée, le *travailleur* doit fournir la preuve que l'employeur n'a pas suffisamment tenu compte des points de vue sociaux, alors que l'*employeur* doit justifier les circonstances lui permettant de ne pas tenir compte des considérations sociales.

(1) Voir chapitre IV, section VI, § 6.

§ 4. PROTECTION EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT
CONTRAIRE AUX BONNES MŒURS

Abstraction faite des motifs d'invalidité établis au § 1, un licenciement portant atteinte aux bonnes mœurs (§ 138 du Code civil allemand) peut être nul de plein droit. La délimitation entre la nullité et le caractère antisocial est difficile, d'autant plus que la loi ne reconnaît que le caractère antisocial au licenciement (cf. § 7, alinéa 1, phrase 3, de la loi de protection en matière de licenciement), même dans les cas où celui-ci a été manifestement prononcé de façon arbitraire ou pour des motifs futiles par abus du pouvoir que détient l'employeur. Pour ne pas oblitérer les limites d'appréciation du caractère antisocial du licenciement, il faut appliquer un critère rigoureux et limiter le champ d'application du § 138 du Code civil allemand à des faits déterminés et étroitement délimités présentant une grande importance. Pour admettre qu'il y ait atteinte aux bonnes mœurs, il faut donc que s'ajoute au caractère antisocial du licenciement un autre facteur décisif. Tant qu'il subsiste un doute quant à savoir si l'employeur peut prononcer un licenciement sans préavis ou seulement en observant un préavis normal, on ne peut prétendre que la mesure de licenciement est contraire aux bonnes mœurs.

Indépendamment des dispositions de la loi de protection en matière de licenciement (§ 11, alinéa 3, phrase 1), le travailleur peut faire valoir que le licenciement a porté atteinte aux bonnes mœurs. Il n'est donc pas tenu d'observer le délai de trois semaines, au cours duquel il doit introduire un recours auprès du tribunal du travail, lorsque le licenciement revêt un caractère antisocial⁽¹⁾. La loi encourage pourtant le travailleur à invoquer dans le délai de trois semaines l'atteinte portée aux bonnes mœurs en déclarant, dans ce cas, applicables au profit du travailleur certaines dispositions en vigueur concernant le licenciement à caractère antisocial (§ 11, alinéa 3, phrase 2). Dans ce cas, le travailleur est notamment habilité à exiger la résiliation du rapport de travail et le versement d'une indemnité et, s'il a contracté entre temps un autre engagement de travail, à refuser la continuation de l'ancien contrat.

§ 5. PROTECTION EN MATIÈRE DE LICENCIEMENTS
EXCEPTIONNELS ET AUTRES

Les dispositions concernant le licenciement injustifié du point de vue social ne s'appliquent pas non plus aux licenciements exceptionnels prononcés sur la base d'un motif particulier de licenciement. En cas de licenciements exceptionnels, il est donc inutile d'examiner si les licenciements sont justifiés ou non du point de vue social (§ 11 de la loi de protection en matière de licenciement). En revanche, en cas de contestation concernant l'existence d'un motif exceptionnel de licenciement, les licenciements exceptionnels sont soumis à la procédure

(1) Voir chapitre IV, section VI, § 6.

prévue par la loi de protection en matière de licenciement (§ 11, alinéa 1, phrases 1 et 2). Par conséquent, le travailleur ne peut également faire valoir l'invalidité d'un tel licenciement que dans un délai de trois semaines après notification du licenciement, par une action en constatation de droit conformément au § 3, car autrement le licenciement doit être considéré applicable dès le début.

Au cas où il n'existe pas de motif sérieux pour un licenciement exceptionnel, mais qu'on peut éventuellement considérer celui-ci comme un licenciement ordinaire pour la date la plus rapprochée admissible, le *travailleur* peut faire valoir au cours de la procédure relative au licenciement exceptionnel que le licenciement ordinaire éventuel n'est pas justifié du point de vue social. Dans ce cas, les dispositions de la loi de protection en matière de licenciement sont entièrement applicables (§ 11, alinéa 2, phrase 2).

En dehors des dispositions de la loi de protection en matière de licenciement, il est possible d'invoquer d'*autres* motifs pour contester la validité d'un licenciement, par exemple la non-observation des dispositions de la loi de protection de la mère, de la loi relative aux grands invalides, la non-observation des prescriptions formelles ou des délais de licenciement. Dans ces cas, il est inutile d'introduire le recours dans le délai de trois semaines.

§ 6. MOYEN DE L'INVALIDITÉ DU LICENCIEMENT (RECOURS EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT)

Si un travailleur veut faire valoir qu'un licenciement n'est pas justifié du point de vue social, il devra, dans un délai de trois semaines après notification du licenciement, introduire un *recours* auprès du tribunal du travail pour faire constater que le rapport de travail n'est pas dissous par le licenciement ⁽¹⁾. Ce délai constitue un *délai de forclusion*. D'après le § 5 de la loi de protection en matière de licenciement, ce délai est également à observer lorsque le travailleur invoque pour d'autres motifs l'invalidité juridique du licenciement, par exemple pour atteinte à la loi morale ou pour d'autres manquements, en introduisant un recours en accomplissement de prestations ou en constatation de droit, à condition d'y joindre avant la fin des débats oraux de première instance le recours prévu par la loi de protection en matière de licenciement. Il y a lieu de joindre à l'acte d'introduction d'instance l'avis formulé par le comité d'entreprise au cas où celui-ci a été consulté (§ 3 de la loi de protection en matière de licenciement).

(1) En réalité, il ne s'agit ici nullement d'un recours en constatation de droit au sens de la procédure, mais d'un recours en interprétation par lequel la validité juridique est enlevée au licenciement injustifié du point de vue social; cf. *Bötticher RdA* 1951, p. 81 ss.; *Molitor*, "AR-Blattei", protection en matière de licenciement, I C N 2; *Tribunal du travail du Land Hanovre*, AP 54, n° 10.

Afin d'éviter la forclusion, il convient d'admettre un *recours tardif* si le travailleur n'a pu observer le délai imparti, bien qu'il ait fait tout ce qui était en son pouvoir dans les circonstances données (§ 4 de la loi de protection en matière de licenciement).

Une demande correspondante doit être présentée dans un délai de deux semaines après la suppression de l'empêchement. En cas d'inobservation de ce délai, il n'est pas possible de rétablir la situation antérieure. A l'expiration de six mois, à compter de la fin du délai de droit commun, la demande ne peut plus être présentée.

Indépendamment du recours à introduire nécessairement, le travailleur peut, s'il estime le licenciement injustifié du point de vue social, former *opposition* auprès du comité d'entreprise dans le délai d'une semaine; mais il n'est pas tenu de le faire. Le comité d'entreprise doit examiner l'opposition et, s'il l'estime justifiée, tenter de réaliser un compromis par des négociations avec l'employeur. Toutefois, l'opposition adressée au comité d'entreprise n'a aucune influence sur la validité du licenciement, ni sur le délai d'introduction du recours.

§ 7. JUGEMENT

Si le tribunal du travail considère le licenciement comme injustifié du point de vue social, il constate alors que le contrat de travail *n'est pas dissous* par le licenciement. Si le tribunal estime que dans ce cas *on ne peut exiger* du travailleur qu'il maintienne son contrat de travail, il devra résilier celui-ci à la demande du travailleur et condamner l'employeur au versement d'une *indemnité forfaitaire* (voir chapitre IV, section VI, § 4).

A la demande de l'*employeur*, la *résiliation* du contrat de travail doit être reconnue si celui-ci peut alléguer des motifs qui ne permettent pas d'escompter la poursuite d'une coopération utile avec le travailleur. Le fait que l'employeur a embauché entre temps un autre travailleur n'est pas suffisant. La demande doit être rejetée si le travailleur réfute dans leurs grandes lignes les motifs allégués par l'employeur, ou si le licenciement a manifestement été prononcé d'une façon arbitraire ou pour des motifs futiles constituant un abus des pouvoirs appartenant à l'employeur dans l'entreprise.

Les demandes peuvent être présentées au cours de l'instance d'appel jusqu'à la fin du dernier débat oral (§ 7, alinéa 1, de la loi de protection en matière de licenciement).

Si le contrat de travail est dissous dans le cas ci-dessus, le tribunal peut fixer la *date* à laquelle le contrat de travail aurait pris fin en cas de validité juridique du licenciement.

Lors de la détermination du *montant de l'indemnité forfaitaire*, le tribunal doit tenir compte d'une façon équitable de l'ancienneté du travailleur dans l'entreprise, d'une part, et de la situation économique tant du travailleur que de

l'employeur, d'autre part. Le *montant maximum* est fixé à douze rémunérations mensuelles (§ 8 de la loi de protection en matière de licenciement). A l'intérieur de cette limite, le tribunal est libre de fixer le montant de l'indemnité. Il peut accorder l'indemnité maximum, même si l'ouvrier a travaillé moins de douze mois, mais il peut également rester au-dessous de ce maximum, même dans le cas d'un grand nombre d'années d'activité. Il n'est pas interdit au tribunal, lors de la fixation de l'indemnité, de prendre en considération d'autres motifs que ceux énumérés dans la loi, par exemple: l'âge du travailleur, sa situation de famille et les conséquences économiques probables résultant de la dénonciation du rapport de travail.

Il est concevable que le travailleur licencié qui a introduit un recours contre le licenciement cherche à toutes fins utiles un autre poste de travail, afin de parer aux aléas de l'issue du procès. S'il contracte un *nouvel engagement de travail* au cours du procès, il se trouve, en cas d'issue favorable de celui-ci, placé devant un dilemme désagréable, étant donné qu'il serait en principe tenu de travailler tant pour l'ancien que pour le nouvel employeur. La loi lui permet alors de refuser la reprise du travail par déclaration faite à l'ancien employeur dans un délai d'une semaine à partir du moment où le jugement est devenu définitif. Le rapport de travail prend fin à la réception de la déclaration (§ 10 de la loi de protection en matière de licenciement). Dans ce cas, le travailleur ne reçoit pas d'indemnité forfaitaire, mais seulement la rémunération perdue découlant de l'ancien rapport de travail pour la période allant du congédiement à l'entrée en fonctions dans le nouvel emploi. Il ne peut prétendre à aucune indemnisation de la part de l'ancien employeur en invoquant le fait que sa rémunération est moins élevée dans son nouvel emploi.

Section VII

PROTECTION SPÉCIALE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT

§ 1. PROTECTION DES EMPLOYÉS ÂGÉS

Les *employés âgés* bénéficient d'une protection spéciale en matière de licenciement en vertu de la loi du 9 juillet 1926 relative aux délais de licenciement des employés (RGBl., I, page 399). Cette loi s'applique à toutes les catégories de personnes qui, d'après le § 1 de la loi sur l'assurance des employés, sont considérées comme employés (Tribunal du travail du Reich, ARS 8, 359; 11, 489).

Le *délai de préavis* est de trois mois pour ces employés s'ils ont travaillé dans la même entreprise pendant cinq ans au moins. Il est porté à quatre mois pour une ancienneté de huit ans, et à six mois pour une ancienneté de douze ans. On entend par "*ancienneté*" la durée de l'appartenance à l'entreprise; cette durée

n'est pas interrompue si le travailleur cesse momentanément son travail sans qu'il y ait dénonciation du rapport de travail, par exemple en cas de maladie ou de congé; elle n'est pas interrompue non plus si, après dénonciation du rapport de travail, celui-ci est repris sur une nouvelle base contractuelle (cf. Tribunal du travail du Reich, ARS 6, 211; 7, 395). Il y a lieu d'additionner les périodes d'emploi interrompues s'il y a continuité dans la nature des fonctions exercées dans l'entreprise considérée, ce qui est une question de fait (Tribunal du travail du Reich, ARS 36, 289; Tribunal du travail du Land Hambourg, AP 50, n° 283). De même, le temps passé chez le prédécesseur légal de l'employeur actuel doit être compris dans la durée de l'emploi (§ 2 de la loi de protection en matière de licenciement). Il y a lieu également de tenir compte du temps pendant lequel l'employé actuel a travaillé comme ouvrier dans l'entreprise (cf. notamment Tribunal du travail du Reich, ARS 1, 103; 2, 27). Toutefois, ne sont prises en considération que les périodes d'emploi effectuées après l'âge de 25 ans, étant donné que la loi a pour objet de protéger les employés d'un *certain âge*. Ainsi, toute personne qui entre dans une entreprise à l'âge de 19 ans n'a droit, conformément à la loi, pour la première fois à la protection en matière de licenciement qu'à partir de 30 ans révolus. Le licenciement ne peut toujours être prononcé que pour la fin du trimestre civil.

Les délais de préavis précités ont un caractère *impératif* lorsqu'ils jouent au profit des travailleurs. Les accords conclus entre employeurs et employés fixant pour ces derniers des délais de préavis moins favorables que ceux prévus par la loi sont sans effet.

Étant donné que les dispositions de cette loi constituent une mesure de protection en faveur des employés d'un certain âge, elles ne sont pas applicables en cas de démission de l'employé (voir également § 4, alinéa 3, phrase 3, de la convention collective générale concernant le personnel technique et commercial des mines).

§ 2. PROTECTION DES GRANDS INVALIDES

En ce qui concerne les grands invalides ⁽¹⁾, une *protection spéciale en matière de licenciement* dépassant le cadre des dispositions examinées ci-dessus est prévue en vertu de la loi du 16 juin 1953 relative à l'emploi de grands invalides (BGBl.,

(1) Est considéré comme *grand invalide* tout travailleur allemand qui est atteint d'une incapacité de travail d'au moins 50% par suite d'une blessure reçue au cours du service militaire ou d'une blessure de guerre, ou par suite d'accident, ou encore des deux à la fois, et qui, en vertu de lois spéciales, par exemple la loi fédérale d'assistance ou les règlements concernant l'assurance-accidents, a droit à une pension ou à une rente. En outre, il faut ranger parmi les grands invalides les personnes atteintes dans leur santé par suite de persécutions politiques, raciales ou religieuses, ainsi que les aveugles de naissance, ou les personnes qui ont perdu la vue, ou celles dont la vue est si faible qu'elles ne peuvent se passer de l'assistance d'une autre personne lorsqu'elles ne se trouvent pas dans leur entourage habituel.

I, p. 389). Conformément au § 14 de cette loi, le délai de préavis est de quatre semaines au moins; si toutefois un délai plus long est prévu par une loi ou par un contrat, c'est celui-ci qui est applicable. En outre, le licenciement doit recevoir l'*assentiment du Service central d'assistance*, et est nul de plein droit si celui-ci n'a pas été donné. Cet assentiment doit être demandé *par écrit* au Service central d'assistance; le délai de préavis ne court qu'à partir du jour d'expédition de la demande. Le Service central d'assistance *doit* prendre une décision dans un délai de quatre semaines à partir du jour de réception de la demande. S'il autorise le licenciement, et si, au moment où il donne son accord, le délai de préavis est expiré entièrement ou s'il reste moins de quatre semaines à courir, le Service central d'assistance doit donner cet accord en spécifiant que le délai de préavis ne sera révolu que quatre semaines après la date de la décision (§ 17 de la loi de protection en matière de licenciement). La décision doit être notifiée à l'employeur et au grand invalide; une copie doit être transmise au Bureau de la main-d'œuvre.

Conformément au § 19, alinéa 4, l'assentiment n'est pas nécessaire si le grand invalide n'a été expressément embauché qu'à titre provisoire pour un travail provisoire, ou à titre d'essai, ou si le contrat de travail ne dépasse pas trois mois ou si le travailleur est d'accord. Il ne doit pas être refusé si l'employeur, qui a rempli son obligation d'embauchage quant au nombre minimum des invalides et à la nature de leur emploi, embauche pour le poste de travail devenant vacant, et en accord avec le Service central d'assistance, un autre grand invalide dont la capacité de travail est restreinte au même degré que celle de l'ancien travailleur invalide. Si un autre poste de travail approprié est garanti au grand invalide ou si l'avenir d'un grand invalide qui a 65 ans révolus est suffisamment assuré du point de vue économique, l'accord doit être donné (§ 18, alinéa 2). De même, l'assentiment ne devra pas être refusé si la marche de l'entreprise de l'employeur est arrêtée complètement ou en grande partie pour une durée qui ne soit pas seulement passagère et s'il s'écoule au moins trois mois entre le jour du licenciement et la date à laquelle le salaire ou le traitement seront de nouveau payés (§ 18, alinéa 1).

Il n'est pas dérogé aux dispositions légales concernant le licenciement sans préavis. Toutefois, un licenciement sans préavis n'est autorisé qu'avec l'assentiment du Service central d'assistance si le motif du licenciement est directement lié à la maladie pour laquelle la protection de la loi est accordée (§ 19, alinéa 3). Les grands invalides, licenciés sans préavis simplement pour une grève ou un lock-out, doivent être repris à la fin de la grève ou du lock-out. La protection en matière de licenciement s'applique également aux grands invalides en sur-nombre, c'est-à-dire à ceux qui ont été embauchés au delà des pourcentages obligatoires, que l'employeur ait eu connaissance de cette situation ou non.

§ 3. PROTECTION DU TITULAIRE D'UN CERTIFICAT D'ASSISTANCE AUX MINEURS (1)

Le titulaire d'un certificat d'assistance aux mineurs ne peut également être licencié par l'entreprise minière qui l'emploie que si le bureau central a donné son assentiment au licenciement.

Cet assentiment doit être demandé par écrit au service central. Celui-ci doit prendre une décision au sujet de la demande dans un délai d'un mois. Il doit autoriser la demande si un autre poste de travail approprié est assuré à l'ayant droit. Il doit également donner son accord s'il n'entraîne aucun préjudice grave. Le délai de préavis est de quatre semaines au moins. Cette disposition de protection ne s'applique pas au licenciement pour cause grave (§ 11 de la loi relative au certificat d'assistance aux mineurs).

§ 4. PROTECTION DES DÉPUTÉS

Conformément à l'article 48, alinéa II, de la foi fondamentale, il est interdit d'empêcher quiconque d'assumer et d'exercer les fonctions de député. Un licenciement ou congédiement pour ce motif est inadmissible. La plupart des constitutions des Länder contiennent des dispositions analogues.

§ 5. SERVICE MILITAIRE

L'interdiction de licencier s'applique également aux travailleurs appelés à faire leur *service militaire*. La loi sur les volontaires (*Freiwilligengesetz*) du 23 juillet 1955, en son § 3, et la loi sur les stages d'aptitude au service militaire (*Eignungsübungsgesetz*) du 20 janvier 1956, en son § 1, prévoient déjà, en faveur des personnes volontaires pour participer à la constitution de l'armée fédérale, une interdiction de licencier pendant une période déterminée.

En son § 2, la loi sur la protection de l'emploi en cas de service militaire (*Arbeitsplatzschutzgesetz*) du 30 mars 1957 stipule en outre que durant le service

(1) Un certificat d'assistance aux mineurs est attribué sur leur demande aux travailleurs qui sont assurés à une caisse mutuelle des mineurs et qui sont encore employés au fond s'ils ont été invités – sans qu'il y ait incapacité de travail – après au moins cinq ans de travail au fond, par la Caisse mutuelle des mineurs ou par la Caisse de prévoyance des mines pour des raisons préventives à renoncer au travail au fond, ou à ne plus effectuer que des travaux dans les chantiers exempts de poussières, ou un travail moins fatigant dans des chantiers peu empoussiérés, ou un travail ne comportant pas l'utilisation d'outils à air comprimé. En outre, il y a lieu d'accorder, sur leur demande, un certificat d'assistance aux mineurs aux travailleurs qui sont assurés à une caisse mutuelle des mineurs et qui travaillent encore au fond si, après au moins cinq ans de travail au fond, ils sont atteints d'une incapacité permanente de travail au sens de la loi relative aux caisses mutuelles des mineurs du Reich, sans être invalides, au sens du règlement des assurances du Reich. Toutefois, les travailleurs qui, au moment de la demande, ont déjà 50 ans révolus, n'ont pas droit à un tel certificat (§§ 1, 2 de la loi du 10-7-1948-14-6-1954 relative au certificat d'assistance aux mineurs dans le Land Rhénanie du Nord-Westphalie).

militaire, ou pendant une période de rappel, l'employeur ne peut licencier le travailleur; de même, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail ni avant, ni après le service militaire du fait de celui-ci, encore que le licenciement pour motif grave reste autorisé. En vertu du § 6 de cette loi, le travailleur ne doit subir aucun préjudice dans sa profession ou dans sa situation dans l'entreprise du fait de l'accomplissement de son service militaire.

§ 6. PROTECTION DES RAPATRIÉS

Les rapatriés bénéficient d'une protection accrue en matière de licenciement. Pendant les six premiers mois après le début du premier engagement de travail depuis leur libération, ou après la reprise de l'ancien rapport de travail et pendant six mois après la reprise d'un emploi permanent dans leur ancienne profession ou dans celle qu'ils envisagent d'exercer, les rapatriés ne peuvent être congédiés, conformément au § 8 des lois des 19-6-1950, 30-10-1951 et 17-8-1953 relatives aux rapatriés, pour une diminution de la capacité de travail causée par la captivité ou l'internement. Cette disposition de protection expire cependant trois ans après le rapatriement.

§ 7. PROTECTION DE LA MÈRE

Conformément au § 9 de la loi du 24-1-1952 relative à la protection de la mère, le *licenciement d'une femme* pendant sa grossesse et jusqu'à l'expiration de quatre mois après l'accouchement est illicite si, au moment du licenciement, la grossesse ou l'accouchement était connu de l'employeur ou lui a été signalé dans un délai d'une semaine après la notification du licenciement. Cette disposition s'applique également à un licenciement pour cause grave. Toutefois, la protection en matière de licenciement ne s'applique pas au personnel domestique et aux femmes de ménage à l'expiration du 5^e mois de la grossesse. Dans des cas spéciaux, l'autorité suprême du Land compétente en matière de protection du travail ou le service désigné par celle-ci peut exceptionnellement déclarer le licenciement comme admissible et disposer en même temps que des indemnités d'accouchement et d'allaitement seront attribuées à la future mère ou à la femme en couches.

§ 8. PROTECTION DES MEMBRES DU COMITÉ D'ENTREPRISE

L'activité du comité d'entreprise comporte le risque de pouvoir facilement se trouver en opposition avec l'employeur, et c'est pourquoi ses membres sont plus exposés au licenciement que les autres travailleurs. En conséquence, la loi de protection en matière de licenciement déclare qu'en principe le licenciement d'un membre du comité d'entreprise est illicite.

Toutefois, le licenciement est admis si l'exploitation de l'entreprise est *définitivement arrêtée*. Celui-ci ne peut cependant être prononcé au plus tôt qu'au moment de l'arrêt de l'entreprise, à moins qu'un licenciement anticipé ne devienne nécessaire pour des raisons techniques (§ 13, alinéa 2, de la loi de protection en matière de licenciement). Cette disposition stipule simplement que les membres du comité d'entreprise doivent, autant que possible, être maintenus dans l'entreprise jusqu'au dernier moment. Si l'arrêt de l'entreprise n'a pas lieu à la date prévue, le licenciement est suspendu dans ses effets jusqu'à la date à laquelle l'arrêt a été reporté.

En cas d'*arrêt partiel*, le membre du comité d'entreprise doit être affecté dans un autre département de l'entreprise. Dans le cas seulement où cela n'est pas possible pour des raisons techniques, le membre du comité d'entreprise peut être licencié de la même façon qu'en cas d'arrêt total. Des motifs justifiant le licenciement sont réunis si le membre du comité d'entreprise est inapte à un autre emploi dans le reste de l'entreprise; dans ce cas, l'employeur n'est pas tenu de congédier d'autres travailleurs pour faire place au membre du comité d'entreprise. La protection des membres du comité d'entreprise s'applique pendant la durée de leurs fonctions, c'est-à-dire du début de leur entrée en fonctions – et non pas déjà à partir de la date de leur élection – jusqu'à la cessation de celles-ci. Un licenciement ordinaire prononcé pendant la durée des fonctions porte atteinte à une interdiction légale et, d'après le § 134 du Code civil allemand, est nul de plein droit.

Toutefois, s'il y a un motif permettant à l'employeur de prononcer un licenciement sans préavis (par exemple: incitation à la grève sauvage, critique diffamatoire de la direction de l'entreprise, causes graves diverses), le congédiement d'un membre du comité d'entreprise est licite. Une infraction importante aux obligations découlant des fonctions ne justifie pas automatiquement un licenciement sans préavis. Dans ces cas, seule l'exclusion du comité d'entreprise peut être demandée conformément au § 23 de la loi relative à l'organisation des entreprises. Ce n'est que dans le cas où le comportement du travailleur constitue non seulement un manquement aux devoirs de sa charge, mais encore une infraction grave aux obligations découlant du rapport de travail, qu'il existe un motif de licenciement sans préavis (Tribunal fédéral du travail, 1, 185; 2, 266). Un membre du comité d'entreprise est donc assimilé à n'importe quel autre travailleur quant à la question de savoir si son comportement constitue un motif de licenciement sans préavis, dans la mesure où il s'agit d'une infraction aux obligations du contrat et de la gravité de cette infraction (Tribunal fédéral du travail, 2, 138).

Les travailleurs qui sont en même temps *fonctionnaires de syndicat*, sans être pour cela membres du comité d'entreprise, ne bénéficient pas en tant que tels d'une protection particulière.

§ 9. PROTECTION EN CAS DE LICENCIEMENTS COLLECTIFS

Pour éviter un accroissement par bonds du chômage en cas d'aggravation de la situation économique générale, la loi de protection en matière de licenciement prévoit aux §§ 15 et suivants une protection particulière en cas de *licenciements collectifs*. Ces dispositions sont en principe applicables à toutes les entreprises des industries minière et sidérurgique, étant donné que celles-ci ne font pas partie des entreprises exclues par les §§ 20 et 21, alinéas 2 et 3. Il n'y a de restriction qu'en ce sens que les entreprises qui, en principe, n'emploient pas plus de 20 travailleurs ne tombent pas sous le coup de la loi. Il y a licenciement collectif dans des entreprises importantes lorsque, pour un effectif de moins de 50 ouvriers, plus de 5 sont licenciés ou lorsque, pour un effectif de 50 à 499 ouvriers, 10% ou plus de 25 et, pour un effectif d'au moins 500 travailleurs, au moins 50 sont congédiés dans un délai de quatre semaines.

La date déterminante n'est pas celle du préavis, mais celle du *congédiement*. Des licenciements collectifs prononcés simultanément ne déclenchent donc pas nécessairement les conséquences découlant des § 15 et suivants de la loi de protection en matière de licenciement si, pour différents délais de préavis et leurs échéances, les dates de congédiements ne sont pas comprises dans le délai de quatre semaines. Il va de soi que l'employeur peut échelonner des licenciements nécessaires sur une période suffisamment longue pour que la limite des licenciements autorisés pendant une période de quatre semaines ne soit jamais dépassée. Toutefois, d'après les usages pratiqués jusqu'à présent par l'administration en cas de licenciements graduels, tous les congédiements prononcés jusque-là dans le cadre des limites autorisées sont annulés rétroactivement et, par voie de conséquence, les licenciements prononcés perdent effet si, après coup, la limite autorisée est dépassée au cours d'un mois. Il n'est pas tenu compte, dans le calcul, des congédiements résultant d'un licenciement exceptionnel. Si les conditions indiquées ci-dessus sont réunies, les licenciements ne prennent effet, conformément au § 16 de la loi de protection en matière de licenciement, que si l'employeur en fait la déclaration écrite à l'Office de la main-d'œuvre du Land, en joignant l'avis formulé par le comité d'entreprise.

La déclaration fait courir un délai d'interdiction⁽¹⁾ d'un mois. Pendant cette période, les licenciements soumis à déclaration ne prennent effet qu'avec l'accord de l'Office de la main-d'œuvre du Land. Le délai d'interdiction peut, dans des cas d'espèces, être porté à deux mois. A l'expiration du délai d'interdiction, un *délai d'action facultative* d'un mois commence à courir, au cours duquel il peut être procédé à des congédiements sur la base des licenciements prononcés. Si les congédiements n'ont pas lieu dans ce délai, l'employeur ne peut plus invoquer la déclaration adressée au Bureau de la main-d'œuvre et une nouvelle déclaration est nécessaire qui, à son tour, fait courir un délai d'inter-

(1) Délai suspensif pendant lequel il est *interdit* de licencier.

diction. Cette réglementation vise à empêcher l'employeur de procéder à des licenciements collectifs pendant une période indéterminée.

Conformément au § 17 de la loi de protection en matière de licenciement, l'Office de la main-d'œuvre du Land peut autoriser l'employeur à appliquer le chômage partiel pendant la durée du délai d'interdiction s'il n'est pas en mesure d'assurer le plein emploi aux travailleurs pendant cette période. Une telle réduction de la durée du travail, à laquelle est liée une diminution correspondante de la rémunération, ne devient cependant efficace qu'à partir du moment où l'engagement de travail prendrait fin s'il n'existait pas de délai d'interdiction. Ces dispositions n'affectent pas les dispositions différentes des conventions collectives concernant l'introduction, l'étendue et la rémunération du chômage partiel; toutefois, de telles dispositions n'ont pas encore été convenues dans les industries minière et sidérurgique.

En raison de la portée économique spéciale des décisions par lesquelles l'Office de la main-d'œuvre du Land autorise les licenciements pendant le délai d'interdiction et lors de la prolongation de ce délai, ces décisions sont confiées à une *commission* spéciale auprès de l'Office de la main-d'œuvre du Land dont font partie, outre le président de l'Office de la main-d'œuvre du Land ou son adjoint, des membres des secteurs économiques intéressés (travailleurs, employeurs et corporations publiques). La commission peut déléguer ses pouvoirs pour les entreprises occupant en règle générale moins de 100 travailleurs à des commissions semblablement composées, instituées auprès du Bureau local compétent de la main-d'œuvre (§ 18).

Les licenciements collectifs peuvent en outre faire l'objet de délibérations au sein de la *commission économique* ⁽¹⁾ (§ 67 de la loi sur l'organisation des entreprises). De même, le *comité d'entreprise* possède un droit de cogestion en ce qui concerne les modifications projetées dans l'entreprise entraînant des désavantages importants pour le personnel ou une partie de celui-ci, notamment des licenciements collectifs importants (§ 74 de la loi sur l'organisation des entreprises).

Section VIII

CONSÉQUENCES DE LA CESSATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

A l'expiration du contrat de travail, les rapports contractuels entre les parties prennent fin. Toutefois, une série de conséquences juridiques découlent de cette cessation.

§ 1. CERTIFICAT

Conformément au § 630 du Code civil allemand, l'employeur est tenu, lors de la cessation de tout rapport de services *permanent*, de délivrer au travailleur

(1) Ou comité d'exploitation (*Wirtschaftsausschuss*).

partant un certificat écrit portant sur le rapport de services et sur sa durée. Le § 11 du Règlement du travail des mines élargit cette obligation de l'employeur en ce sens que celui-ci doit délivrer au travailleur dans tous les cas de cessation du rapport de travail ou de services, c'est-à-dire sans tenir compte de la durée de l'emploi, un certificat sur la nature et la durée du rapport de services. A la demande du travailleur, un *certificat de bonne conduite et de rendement* doit être délivré. En ce qui concerne le mineur ainsi que l'*ouvrier* professionnel majeurs quittant l'entreprise, cette obligation de l'employeur découle également du § 84 de la loi générale prussienne sur les mines et du § 113 du règlement professionnel. Si le travailleur est *mineur*, le certificat peut être demandé par son représentant légal (§ 85a de la loi générale prussienne sur les mines, § 113, alinéa 4, du règlement professionnel). En cas de licenciement, les employés des services techniques et commerciaux peuvent réclamer la remise immédiate d'un certificat provisoire. Les employés de bureau débutants dans les mines sont assimilés aux employés en ce qui concerne la délivrance et la teneur du certificat.

Le certificat doit contenir le *nom* de l'employeur et du travailleur d'une manière excluant toute confusion et porter sur la nature et la durée de l'emploi. Toutefois, le certificat ne peut comporter, sans l'assentiment du travailleur, aucune indication sur sa conduite et son rendement. En revanche, le travailleur ne peut pas exiger que le certificat ne porte que sur la conduite ou uniquement sur le rendement (Tribunal du travail du Reich, 15, 314). On entend par "conduite" uniquement le comportement pendant le service, et celui en dehors du service dans la seule mesure où il affecte le comportement pendant le service. Le certificat doit être *conforme à la vérité* et établi dans le cadre des usages admis dans les affaires. Un certificat ordinaire ne doit comporter aucune indication concernant la rupture du contrat. Toutefois, si un certificat circonstancié doit porter sur la conduite et le rendement, il peut être tenu compte de la rupture du contrat dans l'appréciation de la conduite. Une appréciation juste et objective de la conduite du travailleur ne peut passer sous silence le fait de la rupture du contrat de travail.

Le certificat ne peut contenir des *indications autres* que celles de la nature et de la durée de l'emploi que si le travailleur le désire expressément. Cela s'applique notamment au motif qui a donné lieu à la cessation du rapport de travail. Le fait que le licenciement a été demandé par le travailleur doit être mentionné, à sa demande, dans le certificat. Il est interdit de porter sur le certificat des annotations qui différencieraient, quel qu'en soit le but – favorable ou défavorable au travailleur –, de celles, stéréotypées, auxquelles doit se borner un certificat. Bien que ces dispositions ne soient mentionnées qu'au § 133, alinéa 3, du règlement professionnel des ouvriers professionnels, elles doivent néanmoins s'appliquer à tous les rapports de travail conformément au principe de la loyauté et confiance réciproques.

Si l'employeur *refuse* d'établir un certificat, le travailleur peut exercer un

recours pour obtenir sa remise ou sa rectification s'il comporte des indications inexactes. D'autre part, l'employeur peut demander la restitution du certificat si, par suite d'une erreur, un certificat trop favorable a été délivré. Si l'employeur a, par sa faute, délivré un certificat avec retard ou a donné un renseignement inexact, il est tenu de verser des dommages et intérêts.

En cas de *perte* du certificat, le travailleur a droit à se faire établir un nouveau certificat si cela ne présente pas de difficultés particulières.

D'après les textes de lois (§ 630 du Code civil allemand, § 73 du Code du commerce, § 84 de la loi générale prussienne sur les mines, § 113 du règlement professionnel), le certificat doit être délivré au *moment* où le rapport de travail prend fin. Toutefois, le travailleur peut avoir intérêt à obtenir le certificat plus tôt si, par exemple, il en a besoin pour rechercher un nouvel emploi.

On devra donc concéder à tous les travailleurs le droit de pouvoir réclamer tout au moins un *certificat provisoire* dès que le licenciement est prononcé. En ce qui concerne les employés des services techniques et commerciaux des mines, le § 6, alinéa 2, de la convention collective générale des employés techniques et le § 6, alinéa 2, de la convention collective générale des employés de commerce stipulent également expressément que, lors du licenciement, l'employé a droit à l'établissement immédiat d'un certificat provisoire. Le travailleur ne perd pas le droit à la remise du certificat s'il ne le réclame pas immédiatement dès la cessation du rapport de travail. La délivrance du certificat découle de l'obligation générale d'assistance. Il en résulte que le droit à la remise du certificat subsiste encore après la cessation du rapport de travail. Toutefois, le travailleur ne peut attendre si longtemps qu'il ne soit plus possible d'exiger de l'employeur de fournir une appréciation à son sujet.

Il n'existe pas de dispositions légales obligeant l'employeur à fournir des *renseignements* sur le travailleur en plus de ceux donnés par le certificat, mais dans des cas d'espèce une telle obligation peut découler de l'obligation d'assistance.

§ 2. TEMPS NÉCESSAIRE À LA RECHERCHE D'UN NOUVEL EMPLOI

Le travailleur licencié doit avoir la possibilité de se présenter chez d'autres employeurs et de postuler un nouvel emploi. En conséquence, le § 629 du Code civil allemand stipule impérativement qu'après la dénonciation de tout rapport de services permanent, l'employeur est tenu d'octroyer au travailleur, sur la demande de celui-ci, un délai convenable pour rechercher un autre emploi. Conformément au § 616 du Code civil allemand, le travailleur a droit à la rémunération entière pendant cette période. Ces dispositions ne s'appliquent cependant pas aux rapports de travail temporaires.

§ 3. SALAIRE

Pour le travail effectué jusqu'à la cessation du rapport de travail, il y a lieu de verser à l'ouvrier le salaire auquel il a droit. L'*ouvrier mineur à la journée* qui est licencié régulièrement par la mine pour la fin du mois ou qui donne congé soit sans préavis, pour des motifs licites, soit régulièrement, conformément au § 2 du Règlement du travail, peut réclamer son salaire dans un délai de trois jours conformément au § 23 dudit Code.

Des dispositions analogues s'appliquent à l'*ouvrier à la tâche*, qui peut demander un acompte raisonnable sur son salaire à la tâche. Le solde est versé à cet ouvrier le jour du paiement du reliquat de salaire (§ 23, alinéa 2, du Règlement du travail).

Si le contrat de travail d'un *employé* des services techniques ou commerciaux cesse au cours de la période de salaire, celui-ci a droit au paiement du salaire proportionnel. Si le salaire a déjà été payé par anticipation pour une période déterminée, l'employé doit restituer le trop-perçu conformément aux principes de l'enrichissement sans cause. Conformément au § 25, alinéa 4, du Règlement du travail des mines, la direction de la mine doit faire valoir dans ce cas ses droits – le cas échéant par voie de recours – dans un délai de six mois, sous peine de forclusion. En ce qui concerne la période au delà de la cessation de l'engagement de travail, aucun salaire n'est dû en principe. Les employés professionnels et commerciaux licenciés sans préavis, parce qu'ils ne sont pas en mesure d'accomplir leurs services par suite d'un accident non imputable à leur faute, ont cependant encore droit aux prestations contractuelles pendant une durée de six semaines (§ 133c, alinéa 2, du règlement professionnel, § 72, alinéa 2, du Code de commerce).

§ 4. OBLIGATION DE DOMMAGES-INTÉRÊTS

Il existe un droit à dommages-intérêts en cas de licenciement exceptionnel si celui-ci est provoqué par un comportement contraire au contrat de l'autre partie contractante. Conformément au § 628, alinéa 2, du Code civil allemand et au § 70, alinéa 2, du Code de commerce, la partie fautive est obligée dans ce cas à réparer le dommage résultant de la suppression du rapport de services.

Le travailleur donnant congé a, dans ce cas, droit au salaire et autres rémunérations, qu'il aurait obtenus s'il n'avait donné congé, jusqu'au moment où le contrat se fût terminé par suite d'un licenciement régulier ou par l'expiration normalement prévue du contrat. Toutefois, le travailleur est obligé d'accepter le décompte des sommes qu'il a gagnées ailleurs ou que par sa malveillance il a omis de gagner.

En cas de dénonciation illicite du rapport de travail par le mineur, il peut être stipulé, conformément au § 80, alinéa 2, de la loi générale prussienne

sur les mines, que le salaire arriéré n'est plus dû; le montant de celui-ci ne peut cependant pas dépasser le montant du salaire hebdomadaire moyen.

En conséquence, le § 8 du Règlement du travail prévoit qu'un travailleur encourt au profit de la mine la perte d'une somme correspondant à la rémunération de trois postes si, conformément au § 6 du Règlement du travail, il a été licencié sans préavis pour chômage volontaire ou s'il a abandonné lui-même le travail sans observer le délai de préavis contractuel. Le montant doit être calculé d'après la rémunération moyenne de la période de salaire précédente de l'ouvrier en question ou, s'il n'a pas encore travaillé à la mine pendant un mois entier, d'après la catégorie professionnelle correspondante. En ce qui concerne les employés, il n'existe pas de dispositions analogues dans le Règlement du travail.

§ 5. REMISE DES PAPIERS DE TRAVAIL

A la cessation du rapport de travail, tous les papiers de travail doivent être remis à l'ouvrier. Le travailleur doit veiller à entrer en possession de ces documents; il s'agit en quelque sorte, conformément au § 629 du Code civil allemand, d'une exigibilité. En ce qui concerne l'industrie minière, la restitution des papiers de travail est expressément réglée par le § 11, alinéa 1, du Règlement du travail; elle découle par ailleurs, en ce qui concerne certains documents, de dispositions spéciales légales, par exemple le § 29 du règlement d'application relatif à l'impôt sur les salaires en ce qui concerne les cartes d'impôt. En cas de dénonciation régulière de l'engagement de travail, la remise des documents doit avoir lieu à la cessation du rapport de services.

L'opinion prévaut que l'employeur ne possède pas en principe un *droit de rétention* sur les papiers de travail. En ce qui concerne les polices d'assurance, cette disposition est expressément prévue au § 1425 RVO (règlement concernant les assurances du Reich) et au § 181 AVG (loi sur l'assurance des employés). Quant aux autres documents, cette disposition résulte du fait que, dans le cas contraire, il serait impossible au travailleur d'accepter un nouvel emploi. Même dans le cas où un travailleur a abandonné le travail en rompant le contrat, l'employeur n'est pas habilité à retenir les certificats de travail (Tribunal du travail du Land Hamm, du 21-8-1953 - 3 Sa 219/53).

§ 6. RESTITUTION DES OBJETS APPARTENANT À L'ENTREPRISE

A la cessation de l'engagement de travail ou de services, les règlements qui ont été délivrés, les outils de mineur, l'outillage et autres objets appartenant à l'entreprise doivent être restitués.

En ce qui concerne l'industrie minière, cette disposition est expressément prévue au § 12 du Règlement du travail. Lorsque l'ouvrier a perdu des outils qui

avaient été mis gratuitement à sa disposition au moment de l'embauchage, il n'en est responsable, d'après le § 57, alinéa 1, de la convention collective générale des mines, que dans le cas où sa faute peut être prouvée.

APPENDICE I

GRÈVE ET LOCK-OUT

1. Jusqu'à ces derniers temps, l'opinion prévalait dans les ouvrages sur la législation du travail et dans la jurisprudence que l'obligation principale du travailleur découlant du contrat de travail, c'est-à-dire l'obligation d'effectuer le travail, était violée illégalement et par sa faute du fait du non-accomplissement du travail lorsque le travailleur, sans avoir dénoncé le contrat dans les délais prévus, prenait part à une grève. Il a été allégué que le caractère illégal de la grève n'était exclu ni par l'article 9 de la loi fondamentale (liberté d'association et de coalition), ni par les dispositions des constitutions des différents Länder en ce qui concerne le droit de grève, ni par les décisions des groupements de syndicats, ni par une primauté du droit collectif. La lutte pour la liberté du travail devrait se maintenir à l'intérieur des limites générales du droit, limites qui seraient tracées par les dispositions tant légales que contractuelles. Le fait pour chaque travailleur de participer à la lutte constituerait donc une rupture de contrat permettant à l'employeur de congédier le travailleur sans préavis pour refus de travail opiniâtre (illégal, fautif) (cf. notamment §§ 123, point 3, du règlement professionnel, 72, alinéa 2, du Code de commerce, 626 du Code civil). En outre, les travailleurs en grève seraient tenus solidairement responsables des dommages qui en résultent. Ce point de vue a notamment été défendu par Hueck-Nipperdey, Manuel du Droit du Travail, 3^e à 5^e édition, 1932, volume 1, pages 169, 336 et suivantes, 341; volume 2, page 499; Oertmann, Droit allemand en matière de contrat de travail, 1923, page 281; Sinsheimer, Principes du droit du travail, 2^e édition, 1927, page 189; Groh, Droit de coalition, 1923, page 135; Kaskel-Dersch, Manuel du Droit du Travail, 1932, pages 433 et suivantes; Nikisch, "Die privatrechtlichen Wirkungen des sogenannten Streikrechts", 1951, et "Droit du Travail", 1951, pages 276, 279; Dietz, "Grundsätzliches zum Streikrecht", collection de décisions en matière de droit du travail, 1954, page 92; Herschel, Droit du Travail, 7^e à 10^e édition, 1954, page 24, et par beaucoup d'autres. Les arrêts du "Reichsgericht", du "Preussisches Obergerverwaltungsgericht" et du "Reichsarbeitsgericht" ont soutenu la même opinion jusqu'en 1933, de même qu'après 1945 la plus grande partie de la jurisprudence des "Landesarbeitsgerichte" (tribunaux du travail des Länder) a adopté le même point de vue.

En revanche, le Grand Sénat du "Bundesarbeitsgericht" (Tribunal fédéral du travail) a défendu dans son arrêt du 28 janvier 1955 – Tribunal fédéral du

travail, 1, 291 ss. — compte tenu d'opinions qui ont prévalu récemment (par exemple: Müller, RdA, 1951, p. 247; Hessel, BB, 1951, p. 85; Schnorr, "Arbeit und Recht", 1951, p. 291; Meisinger, "Betrieb", 1954, p. 783; Frey, "Arbeit und Recht", 1953, p. 289; 1954, p. 97; Bulla, "Festschrift für Nipperday", 1955, p. 163), le point de vue qu'au cours d'une grève syndicale légitime cette légitimité donne à l'ensemble de l'action son caractère juridique décisif, de sorte que non seulement le syndicat qui appelle à la grève, mais encore les ouvriers abandonnant ensuite le travail sans préavis n'agissent pas contrairement au contrat ni illégalement. Étant donné que la grève et la participation à la grève sont ainsi exclusivement l'expression du droit collectif, il n'y a plus lieu de caractériser la participation à la grève comme une violation du contrat individuel du travail et, par voie de conséquence, comme contraire au contrat et comme illégale lorsque la grève est licite en tant qu'action collective. En partant de ces idées, le Grand Sénat a été amené à cette conclusion qu'une grève légitime concernant les conditions de travail décidée par un syndicat et exécutée par les travailleurs sans donner de préavis régulier *n'habilite donc pas* l'employeur affecté par la grève à licencier sans préavis un ou plusieurs travailleurs pour violation de contrat. Les dispositions des §§ 123, point 3, 124a du règlement professionnel, 70, 72, alinéa 1, point 2, du Code de commerce, 82, alinéa 1, point 3, 83a de la loi générale prussienne sur les mines, 626 du Code civil allemand, qui reconnaissent le droit de licenciement de l'employeur pour causes graves, ne seraient donc pas applicables (1).

2. D'autre part, le Tribunal fédéral du travail a reconnu dans l'arrêt précité qu'une grève légitime concernant les conditions de travail, déclenchée par un syndicat sans dénoncer régulièrement les rapports de travail, habiliterait l'employeur affecté par la grève à dénoncer sans préavis les rapports de travail des ouvriers en grève par voie d'un lock-out répressif collectif. Le lock-out collectif et légitime ne nécessite pas, de l'avis du Tribunal fédéral du travail, la dénonciation avec ou sans préavis des contrats de travail. Le § 123, point 3, du règlement professionnel et les autres dispositions mentionnées plus haut ne sont pas non plus applicables dans ce cas. En outre, en cas de lock-out immédiat visant à atteindre un objectif légitime, il n'existe pas de droit à rémunération pour les travailleurs qui s'appuierait sur le principe "de la demeure du créancier".

Lorsque le lock-out n'a pas pour but de suspendre la relation de travail, mais bien d'y mettre fin, le réembauchage après la fin du conflit de travail des

(1) Il y a lieu, cependant, de souligner expressément que l'avis formulé par le Grand Sénat du Tribunal fédéral du travail, reproduit ci-dessus, ne s'applique qu'à la grève *légitime*, c'est-à-dire à la grève proclamée par les syndicats dans le cadre de leur compétence et en observant les formes prescrites. Par contre, lors d'une grève non légitime ou "sauvage", le gréviste agit indubitablement de façon illicite, de sorte que l'employeur est habilité à le congédier sans préavis.

travailleurs affectés par le lock-out est laissé à l'*appréciation* de l'employeur si une clause de réembauchage fait défaut. Cette liberté d'appréciation de l'entrepreneur ne doit pas se traduire par un cas d'*abus de pouvoirs* éventuel. En examinant s'il y a abus de pouvoirs, il convient de ne pas porter atteinte aux principes juridiques essentiels du droit allemand du travail.

C'est pourquoi, un traitement différent des travailleurs, par exemple en raison de leur origine, religion, nationalité, provenance, activité ou attitude politique ou syndicale ou en raison de leur sexe, serait illicite. Toutefois, l'employeur ne commettrait pas d'abus si, par exemple, il voulait embaucher d'autres travailleurs, prendre des mesures de rationalisation, supprimer certains départements de son entreprise, etc., et si, de ce fait, parmi 50 grévistes affectés par le lock-out, il ne sélectionnait et n'embauchait que 40. Par ailleurs, l'abus doit être *manifeste*. Dans ce cas, "la décision de l'employeur par laquelle il refuse le réembauchage des ouvriers doit pour ainsi dire porter le sceau de l'inobjectivité et de l'arbitraire". Le travailleur qui désire être réembauché doit normalement *fournir la preuve* d'un abus manifeste.

APPENDICE II

DISPOSITIONS RELATIVES À L'EMPLOI DE TRAVAILLEURS ÉTRANGERS EN ALLEMAGNE

1. Conformément au § 67, alinéa 2, de la loi du 16 juillet 1927 relative au placement et à l'assurance-chômage (AVAVG - RGBl., I, p. 187) et conformément au texte de l'avis du 12 octobre 1929 (RGBl., I, p. 162), les ministres du Reich compétents ont réglé le recrutement, le placement et l'emploi d'ouvriers étrangers, après consultation du Conseil d'administration de la "Reichsanstalt", en accord avec le "Reichsrat". Ces *pouvoirs* des autorités de l'ancien Reich ont été dévolus, après la promulgation de la loi fondamentale, aux *autorités* compétentes *du Bund*, c'est-à-dire au ministre fédéral du Travail, à la "Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung" (AVAV) et au "Bundesrat". D'après cette réglementation, la surveillance du recrutement des ouvriers étrangers incombe également au ministre fédéral du Travail. Le ministre fédéral peut déléguer ce droit en totalité ou en partie à la "Bundesanstalt".

Par conséquent, l'ordonnance du 23 janvier 1933 relative aux travailleurs étrangers, publiée par l'ancien ministre du Travail du Reich (RGBl., p. 26), est également devenue élément de droit fédéral et est applicable sans restriction ⁽¹⁾.

(1) Cf. avis du 22-2-1952 (Bund.Anz. 1952, n° 43, du 1-3-1952, p. 1) relatif au décret d'application du 23-1-1933 sur les travailleurs étrangers. Pour l'application de ce décret, voir "Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für AVAV" (ANBA) du 25-11-1933, n° 11, p. 11.

2. Les dispositions de cette ordonnance s'appliquent à tous les *travailleurs étrangers* séjournant en Allemagne. On entend par "étrangers", au sens de cette ordonnance, les personnes qui ne sont pas ressortissants allemands au sens de l'article 116 de la loi fondamentale ⁽¹⁾. Les conditions requises pour l'application de l'ordonnance sont les suivantes: le ressortissant étranger doit avoir la qualité de travailleur, avoir 15 ans révolus et être employé contre rémunération.

En sont exclus:

1° les ressortissants étrangers ou apatrides qui font partie de la catégorie des étrangers apatrides au sens du § 1 de la loi du 25-4-1951 sur la situation juridique des étrangers apatrides dans le territoire fédéral (BGBl., I, p. 269);

2° les apprentis étrangers;

3° les employés de nationalité étrangère dont la rémunération annuelle excède le plafond de l'assurance obligatoire des employés ⁽²⁾.

En revanche, les *stagiaires*, c'est-à-dire les individus qui, sans être embauchés comme apprentis, sont employés contre rémunération en vue de leur formation, sont considérés comme *travailleurs* au sens de cette ordonnance ⁽³⁾, alors que les *volontaires*, c'est-à-dire les individus qui, sans être embauchés comme apprentis, sont employés sans rémunération en vue de leur formation, ne le sont pas.

3. Pour employer des étrangers, les *employeurs* ont besoin d'une *autorisation d'emploi* (§ 3, alinéa 1, § 1, alinéa 1, de l'ordonnance). Les *demandes* tendant à obtenir une autorisation d'emploi doivent être adressées au Bureau de la main-d'œuvre dont relève le poste de travail. L'autorisation d'emploi est accordée selon les nécessités de l'économie intérieure et la situation du marché intérieur du travail. En vertu du § 31 de l'ordonnance, le ministre fédéral du Travail a décidé que l'autorisation d'emploi ne peut être délivrée que si l'assimilation du travailleur étranger aux travailleurs allemands d'une catégorie comparable de l'entreprise est assurée en ce qui concerne la rémunération du travail, les autres

(1) L'article 116 de la loi fondamentale est rédigé comme suit: "(1) Sous réserve de toute réglementation légale contraire, est Allemand, au sens de la présente loi fondamentale, tout individu possédant la nationalité allemande ou tout réfugié ou expulsé faisant partie du peuple allemand ou son conjoint ou ses descendants ayant trouvé asile sur le territoire du Reich allemand tel qu'il existait au 31 décembre 1937.

Les anciens ressortissants allemands, auxquels la nationalité allemande a été retirée entre le 30 janvier 1933 et le 8 mai 1945 pour des raisons politiques, raciales ou religieuses, ainsi que leurs descendants, doivent être rétablis dans leurs droits de citoyens s'ils en font la demande. Ils sont considérés comme n'ayant pas été privés de leurs droits dans la mesure où ils ont établi leur domicile en Allemagne après le 8 mai 1945 et n'ont pas exprimé une volonté contraire."

(2) Le plafond de la rémunération annuelle a été porté à 9 000 DM = 750 DM par mois, par la loi du 13 août 1952 (BGBl, I, p. 437).

(3) En ce qui concerne l'emploi de stagiaires, voir l'arrêté du 15-8-1955 du président de la "Bundesanstalt für AVAV", ANBA 1955, p. 508 ss. Dans cet arrêté figurent également des indications détaillées sur l'autorisation de séjour délivrée par la police, l'impôt sur les salaires, l'assurance-maladie, l'assurance-accidents, l'assurance-invalidité et l'assurance-chômage, qui présentent une grande importance pour tous les travailleurs étrangers.

conditions de travail et la protection du travail. On évite ainsi de porter à la structure des salaires et conventions collectives allemands une atteinte susceptible de léser le travailleur allemand, tout en accordant d'autre part une contre-prestation aux travailleurs étrangers correspondant à la prestation qu'ils fournissent à l'économie allemande⁽¹⁾. L'autorisation d'emploi peut être *refusée* si l'employeur a commis des infractions aux règlements concernant l'emploi de travailleurs étrangers. Cette autorisation est limitée dans chaque cas à douze mois au maximum. L'octroi de cette autorisation peut également être lié à certaines conditions. Si le travailleur étranger abandonne son poste de travail, l'autorisation d'emploi accordée pour ce poste est annulée (§ 4 de l'ordonnance).

Conformément au § 6 de l'ordonnance, l'*octroi* de l'autorisation d'emploi incombe au président de l'Office de la main-d'œuvre du Land, qui peut déléguer ce pouvoir aux directeurs des Bureaux de la main-d'œuvre, en accord avec le président de la "Bundesanstalt für AVAV". Par arrêté du président de la "Bundesanstalt" daté du 5 novembre 1954, l'octroi de l'autorisation a été délégué aux directeurs des Bureaux de la main-d'œuvre à compter du 1^{er} janvier 1955⁽²⁾. La décision concernant l'autorisation de l'emploi doit être notifiée par écrit au demandeur.

Un recours peut être exercé contre cette décision dans un délai de deux semaines; celui-ci doit être introduit par écrit auprès du Bureau de la main-d'œuvre compétent dont le directeur a pris la décision contestée. Le recours doit être motivé. Le président de l'Office de la main-d'œuvre du Land prend une décision au sujet de ce recours. Contre cette décision, un *nouveau recours* est possible, sur lequel la commission des étrangers (voir ci-dessous) instituée auprès de l'Office de la main-d'œuvre du Land se prononce (§ 8, alinéa 2, § 6, alinéa 2, § 8, alinéa 1, de l'ordonnance).

Si le travailleur étranger séjourne déjà en Allemagne, il y a lieu de demander, avant l'octroi de l'*autorisation provisoire d'emploi*, l'accord de la police en vue d'obtenir l'*autorisation provisoire de travail* du travailleur étranger.

L'autorisation d'emploi peut être *révoquée* par le président de l'Office de la main-d'œuvre du Land:

1° si les conditions préalables dans lesquelles elle a été donnée disparaissent ou se sont modifiées considérablement;

2° si l'employeur a porté atteinte aux prescriptions de l'ordonnance sur les étrangers ou s'il n'a pas observé les conditions qui lui ont été éventuellement imposées. La révocation est également susceptible d'être attaquée au moyen du recours.

⁽¹⁾ Lettre du ministre fédéral du Travail en date du 16-8-1955, BB 1955, p. 868 = ANBA 1955, p. 513.

⁽²⁾ Cf. ANBA, 1954, n° 11, p. 683.

4. Pour occuper un emploi en Allemagne, les *travailleurs étrangers* ont besoin d'une *autorisation spéciale de travail*. L'employeur ne peut occuper que les travailleurs étrangers qui sont en possession d'une autorisation de travail. Celle-ci n'est délivrée que pour les postes de travail pour lesquels l'employeur a obtenu l'autorisation d'emploi (§§ 1, alinéa 2, et 10, alinéa 2, de l'ordonnance). L'autorisation de travail peut être refusée immédiatement ou révoquée si le travailleur étranger a violé les prescriptions concernant l'emploi de travailleurs étrangers ou s'il existe d'autres motifs graves à l'encontre de la personne du travailleur étranger. Comme causes graves de cette nature, il y a lieu de citer notamment, par exemple, rupture du contrat par l'étranger, licenciement pour des motifs justifiant un congédiement sans préavis, révocation de l'autorisation d'emploi accordée à l'employeur ou révocation de l'autorisation de séjour délivrée par la police.

La durée de la *validité* de l'autorisation de travail ne doit pas dépasser la durée de la période pour laquelle l'employeur a obtenu l'autorisation d'emploi; elle est dans chaque cas de douze mois au maximum (§ 11 de l'ordonnance). Si le travailleur étranger change de poste de travail, une nouvelle autorisation de travail est nécessaire.

L'octroi de l'autorisation de travail doit être demandé par le travailleur auprès des services compétents de la police dont relève le poste de travail. L'employeur est également habilité à en faire la demande. Le président de l'Office compétent de la main-d'œuvre du Land prend une décision au sujet de l'octroi de l'autorisation de travail, mais il peut également déléguer ce pouvoir de décision aux directeurs des Bureaux de la main-d'œuvre ⁽¹⁾.

L'autorisation de travail comporte l'établissement d'une *carte de travail*. La décision concernant la demande d'octroi de l'autorisation de travail est notifiée au travailleur étranger par la police qui doit également transmettre la carte de travail au travailleur étranger. De même, le refus ou la révocation de l'autorisation de travail est susceptible d'être attaqué au moyen d'un recours.

5. Les travailleurs étrangers peuvent obtenir un *certificat d'exemption*:

1° s'ils séjournent avec autorisation et d'une façon ininterrompue depuis 10 ans au moins dans le territoire fédéral, ou

2° si l'application des prescriptions de cette ordonnance entraîne pour eux des conséquences particulièrement rigoureuses ⁽²⁾.

Le certificat d'exemption est délivré pour une durée de deux ans au maximum. Il est valable sur tout le territoire de la République fédérale. De même que l'autorisation de travail, il doit être demandé auprès des services de police com-

(1) Cf. note 2, page 101.

(2) Cf. l'arrêté du président de la "Bundesanstalt" en date du 8-10-1954 concernant la procédure d'autorisation pour les étrangers (ANBA, 1954, n° 14, p. 683); cf. en outre l'arrêté du 5-11-1954 (ANBA, 1954, n° 11, p. 683, notamment point II).

pétents dont relève le domicile du demandeur ou, faute de domicile, son poste de travail.

Le président de l'Office compétent de la main-d'œuvre du Land prend une décision au sujet de cette demande. Le rejet de la demande concernant l'octroi d'un certificat d'exemption peut faire l'objet d'un recours, sur lequel la commission des étrangers établie auprès de l'Office de la main-d'œuvre du Land se prononce (§ 22 de l'ordonnance en liaison avec le § 28 de l'ordonnance). Le certificat d'exemption perd sa validité si le titulaire interrompt son séjour dans le territoire fédéral.

6. Conformément au § 28 de l'ordonnance, des commissions des étrangers, déjà mentionnées à plusieurs reprises, sont instituées auprès des Offices de la main-d'œuvre des Länder. Ces commissions sont composées du président de l'Office de la main-d'œuvre du Land ou de son vice-président en tant que président de la commission, et au maximum de trois employeurs ou travailleurs pour chacune en tant qu'assesseurs. Les commissions doivent être consultées sur les questions fondamentales ou pour l'admission de groupes d'une certaine importance de travailleurs étrangers (alinéa *b* des dispositions d'application du § 6 de l'ordonnance). Les commissions prennent en outre des décisions au sujet des recours formés contre le refus d'octroi ou la révocation de l'autorisation d'emploi, de l'autorisation de travail ou du certificat d'exemption.

7. Les décisions relatives aux demandes tendant à l'octroi de l'autorisation d'emploi, de l'autorisation de travail et du certificat d'exemption comportent le versement de *taxes* qui, à l'exception des taxes afférentes aux décisions concernant l'octroi du certificat d'exemption, doivent être versées par l'employeur; celui-ci est cependant habilité à se faire rembourser par les travailleurs étrangers les taxes perçues pour l'octroi de l'autorisation de travail (§ 29 de l'ordonnance).

8. Lors de la conclusion de contrats d'engagement avec des travailleurs étrangers, il y a lieu d'observer également les prescriptions actuelles de la *légalisation sur les devises*, c'est-à-dire qu'un contrat portant obligation conclu avec un étranger nécessite l'autorisation préalable du service compétent des devises. Est soumis à autorisation le travail de tout étranger effectué contre rémunération, qu'il s'agisse d'un apprenti, d'un stagiaire ou d'un travailleur qualifié. L'autorisation ne permet pas au travailleur étranger de disposer de la somme qui lui est versée comme rémunération autrement que pour faire face à ses frais de séjour dans le territoire fédéral. L'exportation des sommes en dehors du territoire fédéral est assujettie à une autorisation préalable.

L'*avis d'autorisation* de la "Landeszentralbank" compétente est en principe limité pour une durée de six mois. A l'expiration de ce délai, le travailleur étranger est tenu de demander la qualité de "Deviseninländer" (personne con-

siderée comme ressortissant au point de vue des devises); en effet, à partir de ce moment, on suppose que l'étranger intéressé a établi son domicile habituel dans le territoire fédéral; en ce qui concerne ses biens à l'étranger, il est tenu de les déclarer et de les *offrir* (1) et il est également soumis à l'obligation fiscale illimitée.

9. Il n'existe pas de *dispositions spéciales* concernant l'emploi des *travailleurs étrangers dans les mines*. Certains arrondissements minéralogiques ont cependant publié, pour des raisons de sécurité, des règlements relevant de la police des mines stipulant que des travailleurs ne peuvent être embauchés que s'ils comprennent suffisamment l'allemand pour saisir exactement et répéter les instructions verbales de leurs chefs et collègues (§ 309 de l'ordonnance de la police des mines de Dortmund). En tout cas, on ne peut employer pour les travaux dont l'exécution comporte des risques pour la vie et la santé des autres personnes que des travailleurs qui savent parler, écrire et lire la langue allemande.

10. La *Conférence internationale du travail* ayant décidé, le 12 juin 1951, d'admettre la République fédérale comme membre de l'Organisation internationale du travail, il en découle également de nouvelles obligations quant au traitement des travailleurs étrangers en Allemagne, car la République fédérale a reconnu que les obligations découlant des conventions ratifiées par le Reich allemand avant son départ de l'Organisation internationale du travail ont pour elle force exécutoire, dans la mesure où des obligations sont nées ou naîtront sur le territoire souverain de la République fédérale (2). Cela s'applique notamment à la convention n° 19 de l'Organisation internationale du travail de 1925 (3), relative à l'égalité de traitement des travailleurs nationaux et étrangers en ce qui concerne l'indemnisation des accidents survenus dans les entreprises.

La décision du Conseil de l'O.E.C.E., complétée le 18 août 1954 (4), réglant l'emploi des ressortissants des États membres, présente également une grande importance pour l'octroi des autorisations d'emploi et de travail. D'après le chiffre 1 de cette décision, des autorisations d'emploi et de travail doivent en principe être accordées si l'employeur a signalé au Bureau de la main-d'œuvre un poste vacant dans son entreprise et a fait connaître en même temps son intention d'embaucher des travailleurs étrangers si, dans un délai d'un mois, aucun travailleur allemand compétent n'a pu être désigné (5).

(1) C'est-à-dire de les mettre à la disposition du service des devises.

(2) Cf. avis du 5-7-1952 relatif aux obligations découlant de la convention de l'Organisation internationale du travail, ratifiée par le Reich allemand (BGBl., 1952, II, n° 11, du 28-6-1952, p. 607).

(3) Loi du 21-7-1928 (RGBl., 1928 II, p. 509) et avis de ratification du 27-12-1928 (RGBl., 1929, II p. 13).

(4) Cf. Bund.Anz. 1954, n° 46, p. 1, et n° 164, p. 1.

(5) Cf. arrêté du président de la "Bundesanstalt für AVAV" en date du 27-3-1954 (ANBA, 1954, p. 255).

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI
EN DROIT BELGE

PAR

PAUL HORION

Professeur à l'Université de Liège

ABRÉVIATIONS

Ann. parl. Ch.	= Annales parlementaires de la Chambre des Représentants
Ann. parl. Sén.	= Annales parlementaires du Sénat
App.	= Cour d'appel de ...
A.R.	= Arrêté Royal
A.Rg.	= Arrêté du Régent
Bull. Ass.	= Bulletin des assurances (revue)
Bull. F.I.B.	= Bulletin de la Fédération des industries belges (revue)
Cass.	= Cour de cassation
Civ.	= Tribunal civil de ...
Comm.	= Tribunal de commerce de ...
Corr.	= Tribunal correctionnel de ...
C.P.	= Conseil de prud'hommes de ...
C.P. App.	= Conseil de prud'hommes d'appel de ...
Doc. parl. Ch.	= Documents parlementaires de la Chambre des Représentants
Doc. parl. Sén.	= Documents parlementaires du Sénat
Exp. mot.	= Exposé des motifs
J.J.P.	= Journal des juges de paix (revue)
J.L.O.	= Jurisprudence du louage d'ouvrage, ayant comme titre principal: Revue du droit social et des tribunaux du travail depuis 1948.
J.T.	= Journal des tribunaux (revue)
Jur. comm. Brux.	= Jurisprudence commerciale de Bruxelles (revue)
Jur. Lg.	= Jurisprudence de la cour d'appel de Liège (revue)
Pas.	= Pasicrisie belge (revue dont la première partie forme le Bulletin officiel de la Cour de cassation)
Rapp. comm. Ch.	= Rapport de la Commission du Travail et de la Prévoyance sociale de la Chambre des Représentants
Rapp. comm. Sén.	= Rapport de la Commission du Travail et de la Prévoyance sociale du Sénat
Rev. Trav.	= Revue du Travail (publiée par le ministère du Travail et de la Prévoyance sociale)
R.W.	= Rechtskundig Weekblad (revue)

CHAPITRE I

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Les chefs d'entreprise s'assurent les prestations de collaborateurs salariés, ouvriers ou employés, en les engageant dans les liens de contrats de louage de services. Au XIX^e siècle, aucune disposition légale ne régissait ces contrats. Le principe de la liberté des conventions jouait pleinement. En fait, les patrons pouvaient imposer les clauses qui leur plaisaient. Aucune stabilité de l'emploi n'était garantie.

Actuellement l'embauchage résulte toujours d'un accord de volontés, il consiste toujours en la conclusion d'un contrat de louage de services: contrat de travail ou contrat d'emploi. En aucune manière, un employeur n'a une mission légale de mise au travail salarié ou de maintien permanent dans pareille occupation. L'embauchage est affaire de droit privé, il s'analyse essentiellement en un contrat. En conséquence, aucune stabilité absolue et permanente de l'emploi ne peut en résulter. Mais des lois du XX^e siècle ont édicté, en vue de protéger les salariés, des dispositions impératives ou prohibitives, applicables malgré toute convention contraire.

Ajoutons l'influence de la jurisprudence des tribunaux et plus récemment celle des accords collectifs du travail.

Étudier comment est réalisée en Belgique une stabilité de l'emploi qui, pour être relative, n'est pas moins effective et bienfaisante, c'est analyser les dispositions légales, la jurisprudence et, aussi, les accords collectifs du travail et rechercher quelles sont, d'après ces normes, les circonstances à la suite desquelles un louage de services peut prendre fin et comment le législateur ou le juge tend à éviter que ces circonstances n'entraînent pour le travailleur salarié la brusque perte de son emploi et de sa rémunération.

2. La législation belge tend à assurer une stabilité relative de l'emploi principalement par des dispositions qui subordonnent à des *délais de préavis* déjà importants la rupture par congé des contrats conclus pour une durée indéfinie.

Elle vise aussi le même but par des dispositions qui réglementent les engagements à durée déterminée, pour une entreprise déterminée ou à l'essai. En fait, pareils engagements sont presque toujours à court terme et font obstacle à la stabilité de l'emploi. Aussi, nous avons spécialement en vue les dispositions qui, dans le but d'attirer l'attention du salarié sur la situation précaire qui lui est faite, exigent que les clauses qui limitent dans le temps les effets d'un contrat de travail ou d'un contrat d'emploi (et, ainsi, suppriment l'obligation de la notification et du délai de préavis) soient, à peine d'inexistence, constatées par écrit au moment de l'embauchage.

Il faut tenir compte aussi des dispositions légales qui décident que certains empêchements d'exécution, même de longue durée, ne font que suspendre

l'exécution du contrat et ne le rompent pas et, en outre, que certains de ces empêchements suspendent les délais de préavis ou entraînent une interdiction de signifier un congé même avec préavis.

Le droit belge considère que le licenciement *avec préavis* d'un salarié engagé à durée indéterminée est licite et n'ouvre le droit à aucune indemnité. En cette matière, le chef d'entreprise jouit de la liberté la plus absolue. Cependant, en vertu de dispositions relativement récentes, un droit d'intervention très limité est réservé aux conseils d'entreprise et, indirectement, aux bureaux régionaux de l'Office national du placement et du chômage.

3. Ces divers procédés créés par le législateur belge en vue de réaliser une meilleure stabilité de l'emploi ont été adoptés successivement. Des modifications législatives récentes en ont étendu l'application et les effets.

A. Délai de préavis

En matière de contrat de travail des ouvriers manuels, la loi du 10 mars 1900 a institué, mais à titre supplétif seulement, un préavis de sept jours. La loi du 4 mars 1954 a rendu le délai de préavis obligatoire en faveur de l'ouvrier, malgré toute convention contraire; elle a au moins doublé le délai de préavis et l'a gradué d'après l'ancienneté de l'ouvrier dans l'entreprise; elle a au moins quadruplé l'indemnité pour défaut de préavis.

En matière de contrat d'engagement des bateliers pour la navigation fluviale, la loi du 1^{er} avril 1936 a imposé malgré toute convention contraire un délai de préavis qui, selon les cas, est de quinze jours ou d'un mois.

En matière de contrat d'emploi, la loi du 7 août 1922 a imposé d'ordre public un préavis de trois mois en faveur des employés; ce préavis était de six mois quand l'employé était, depuis plus de dix ans, au service de la même entreprise. La loi du 11 mars 1954 a prescrit que, sous peine de nullité, le préavis doit être signifié par écrit, a augmenté le délai de préavis en faveur de l'employé ayant au moins cinq ans d'ancienneté dans la même entreprise et a gradué ce délai d'après l'ancienneté.

B. Constatation par écrit du terme qui limite les effets de l'engagement

En matière de contrat d'emploi, la loi du 7 août 1922 prescrit que la clause qui limite les effets d'un contrat pour une période d'essai ou pour une entreprise déterminée soit, à peine d'inexistence, constatée par écrit au moment de l'engagement.

Cette règle vient d'être inscrite dans la législation sur le contrat de travail par la loi du 4 mars 1954 pour les engagements à l'essai, pour une durée indéterminée ou pour une entreprise déterminée.

C. Événements qui suspendent simplement l'exécution du contrat et ne le rompent pas

En ce qui concerne le contrat d'emploi, des dispositions de cet ordre sont inscrites dans la loi du 7 août 1922 pour les cas d'incapacité de travail de l'employé et d'obligations militaires de l'employé. Pour le cas d'obligations militaires de l'employé, elles ont été renforcées par la loi du 22 juillet 1952. La loi du 11 mars 1954 enfin a indiqué que les délais de préavis étaient suspendus en raison de l'incapacité de travail de l'employé.

En ce qui concerne le contrat de travail, ce sont les lois du 22 juillet 1952 et du 4 mars 1954 qui disposent que certains événements même à effets prolongés n'entraînent que la suspension de l'exécution du contrat et ne déterminent pas sa rupture et qui indiquent que les délais de préavis sont suspendus en raison de certaines circonstances, par exemple la maladie de l'ouvrier.

D. Contrôle des licenciements

Les quelques manifestations embryonnaires d'une intervention limitée en matière de licenciement sont de conception relativement récente: les conseils d'entreprise ont été créés par la loi du 20 septembre 1948; les sanctions pénales à l'égard de l'employeur qui refuse de délivrer le certificat de chômage datent de l'arrêté du Régent du 26 mai 1945.

4. Avant d'étudier les divers ordres de dispositions légales, il importe de bien insister sur ce qu'en droit positif belge il n'est pas question d'une permanence absolue de l'emploi dans les entreprises industrielles, commerciales ou autres.

A. En Belgique, une sécurité absolue de l'emploi consistant en un louage de services qui ne pourrait jamais être dissous avant la mort du salarié n'existe pas. En effet, l'article 1780 du Code civil prescrit qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. Aussi, à moins d'imaginer qu'un patron s'engage à conserver à son service un salarié jusqu'à la mort de ce dernier, bien que le salarié ne serait, lui, pas tenu pendant toute sa vie, un louage de services ne peut être conclu:

- que pour une durée déterminée,
- que pour une durée non déterminée au moment de l'embauchage avec faculté pour chacune des deux parties d'obtenir la résolution judiciaire du contrat ou de mettre unilatéralement fin au contrat.

En ce dernier cas, la partie qui prend l'initiative de la rupture doit observer un délai de préavis.

B. L'arrivée du terme convenu et le congé ne sont pas les seuls événements qui mettent fin au contrat de louage de services.

Un contrat de louage de services soit à terme soit sans terme peut également prendre fin:

1. par accord des parties;
2. à la suite d'un événement de force majeure à effets prolongés et au sujet duquel il n'y a aucune disposition légale spéciale, par exemple la destruction complète de l'établissement;
3. la mort du travailleur;
4. lorsque le contrat a été conclu *intuitu personae*, la mort de l'employeur;
5. l'annulation et la résolution judiciaires.

La législation belge ne contient aucune disposition relative à la dissolution du contrat par accord des deux parties. Ici, le principe de la liberté des conventions joue pleinement. A tout moment, les deux parties peuvent mettre fin au contrat de commun accord.

La dissolution du contrat par la mort de l'employeur, l'annulation et la résolution judiciaires du contrat sont très rares et ne soulèvent pas de problèmes spéciaux. Cependant, en matière de contrat d'emploi, la loi contient une disposition qui permet l'octroi d'une indemnité à l'employé en cas de mort de l'employeur.

5. Nous nous proposons de développer la matière dans l'ordre suivant:

Chapitre II: La dissolution du contrat par congé (rupture sans motif grave du contrat à durée indéterminée; rupture pendant la période d'essai; rupture pour motif grave; rupture à l'initiative de l'ouvrière logeant chez le patron).

Chapitre III: La dissolution du contrat par arrivée du terme.

Chapitre IV: Des événements qui n'entraînent que la suspension de l'exécution du contrat et non sa dissolution.

Chapitre V: Le contrôle des licenciements.

Ensuite, le chapitre VI aura trait à la protection spéciale des représentants du personnel et des candidats aux conseils d'entreprise et à celle des membres des délégations syndicales du personnel.

Le rapport se terminera par un aperçu critique.

Les chapitres II à IV devront envisager séparément:

a) le contrat de travail régi par la loi du 10 mars 1900 modifiée par la loi du 4 mars 1954;

b) le contrat d'engagement des bateliers de la navigation fluviale régi par la loi du 1^{er} avril 1936 modifiée par la loi du 27 juillet 1955;

c) le contrat d'emploi régi par toutes les dispositions de la loi du 7 août 1922 modifiée par la loi du 11 mars 1954 en ce qui concerne les employés gagnant une rémunération annuelle qui ne dépasse pas 180 000 francs par an, ou par certaines des dispositions de cette loi en ce qui concerne les employés dont la rémunération annuelle dépasse cette somme;

d) les autres catégories de louages de services (travailleurs à domicile, domestiques).

5 bis. La *stabilité de la fonction* ne peut faire l'objet de développements pour la Belgique. Aucune disposition légale n'y a trait.

Lorsqu'un salarié a été embauché pour des fonctions déterminées, l'employeur a l'obligation de l'occuper dans les fonctions qui font l'objet du contrat. Il ne peut l'obliger à travailler en une autre qualité ou à un autre genre de travail, même pas dans le cours d'un délai de préavis.

Un employeur qui voudrait obliger un salarié à subir une rétrogradation se rendrait coupable d'une faute grave permettant au salarié de mettre fin au contrat pour motif grave et de lui réclamer une indemnité.

6. Nous exposerons également, mais en beaucoup plus bref, la situation réservée aux agents des administrations publiques et des entreprises industrielles régies par des pouvoirs publics ou par des établissements publics.

Les fonctionnaires et agents nommés définitivement dans les administrations publiques jouissent de tout temps de la plus grande stabilité de l'emploi.

Ils ne peuvent être révoqués qu'en raison de fautes graves. Les cas de défaut d'emploi et de retrait d'emploi sont très rares. Ils jouissent d'un régime très précis de vacances et de congés. Ils jouissent du maintien du traitement pendant les périodes de maladie. En cas d'invalidité prolongée ou définitive, ils ne sont privés de leurs fonctions qu'avec traitement d'attente ou mise à la pension. A l'âge de la retraite, ils jouissent d'une pension. Cette stabilité de leur emploi est précisément le point de mire des travailleurs salariés des entreprises privées. Toutes leurs revendications tendent à rapprocher le plus possible leur situation du régime des fonctionnaires et agents nommés définitivement dans les administrations publiques.

Notons, d'autre part, que les entreprises industrielles gérées par des pouvoirs publics ou par des établissements publics sont relativement peu nombreuses en Belgique. Il n'y a pas eu de nationalisations. Nous signalerons que les chemins de fer d'intérêt général sont exploités par une société de droit public créée par la loi et dans la direction de laquelle l'État a une influence prépondérante: la Société nationale des chemins de fer belges; que des entreprises de production et de distribution d'énergie électrique ou de gaz sont gérées en régie par des communes, de même que des distributions d'eau. Quant aux régies intercommunales, elles ont la forme d'une société de droit privé et leurs rapports avec les membres de leur personnel sont des rapports contractuels de droit privé.

CHAPITRE II

LA DISSOLUTION DU CONTRAT PAR CONGÉ

INTRODUCTION

7. Les lois qui ont trait aux principales espèces de louages de services – contrat de travail, contrat d'engagement pour la navigation intérieure, contrat

d'emploi – prévoient que, dans certains cas à tout le moins, le contrat peut prendre fin à la suite de l'initiative unilatérale d'une des deux parties.

La dissolution à l'initiative unilatérale de l'une des deux parties résulte de la notification au cocontractant, par l'une des deux parties, de sa volonté de mettre fin au contrat, soit immédiatement, soit à l'expiration d'un délai indiqué. Cette manifestation de volonté peut être expresse ou tacite.

La manifestation tacite de volonté peut être déduite du comportement de l'une des parties; mais pour que de simples faits matériels on puisse conclure à la dissolution du contrat, il est indispensable que, sans équivoque, ces faits soient révélateurs d'une intention.

8. De ce qu'un salarié s'abstient, même pendant un nombre appréciable de jours, de se présenter au lieu de travail, on ne peut déduire de ce simple fait matériel que ce salarié a l'intention de mettre fin au contrat.

Sans doute, si ces absences ne sont pas justifiées, constituent-elles une faute grave, un motif grave qui permet à l'employeur de prendre l'initiative de rompre le contrat sans préavis et de réclamer à l'ouvrier défaillant des dommages et intérêts pour faute contractuelle, mais il faut encore que l'employeur manifeste la volonté de mettre fin au contrat.

Nous devons cependant noter la tendance de certains conseils de prud'hommes d'admettre assez facilement que le comportement matériel du salarié, par exemple son absence déjà prolongée, prouve sa volonté de mettre fin au contrat et entraîne la dissolution du contrat.

9. La rupture du contrat à l'initiative d'une des deux parties est un mode original de dissolution du contrat propre aux louages de services. Les dispositions légales sur cette matière sont particulièrement développées et doivent être exposées en détail.

Nous envisagerons successivement:

1. la rupture sans motif grave du contrat à durée indéterminée;
2. la rupture pendant la période d'essai;
3. la rupture du contrat pour motifs graves;
4. la rupture de la part de l'ouvrière ou de l'employée logeant chez le patron quand l'épouse ou la compagne de celui-ci vient à disparaître.

Remarquons bien que la dissolution du contrat par congé peut avoir lieu dans le cas de contrats conclus pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée: il en est ainsi en cas de rupture anticipée pour motif grave ou de rupture anticipée de la part de l'ouvrière ou de l'employée logeant chez le patron.

Nous traiterons de ces dissolutions anticipées par congé des contrats à terme en même temps que des congés justifiés sans préavis, car les dispositions légales sont, à cet égard, les mêmes pour le cas des contrats à durée indéterminée et pour celui des contrats à terme.

Partie I
LE CONTRAT DE TRAVAIL

Section I
LÉGISLATION

10. La loi du 10 mars 1900 modifiée par la loi du 4 mars 1954 concerne le contrat de travail. Il s'agit du contrat par lequel un ouvrier manuel s'engage à travailler sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un chef d'entreprise moyennant rémunération.

Section II
RUPTURE SANS MOTIF GRAVE
DU CONTRAT À DURÉE INDÉTERMINÉE

§ 1. PRINCIPES EN MATIÈRE DE PRÉAVIS

A. Du droit de mettre fin au contrat par un congé avec préavis

11. Lorsque l'engagement est conclu pour une durée indéterminée, chacune des parties a le droit d'y mettre fin par un congé donné à l'autre (art. 19, al. 1). Ce droit ne peut être exercé que moyennant un préavis (art. 19, al. 2).

La loi n'impose aucune forme au sujet de la notification du congé.

B. Point de départ du préavis

12. Le délai de préavis prend cours le lundi suivant la semaine pendant laquelle il est donné (art. 19, al. 3).

C. Délai de préavis

13. Le délai de préavis est fixé à quatorze jours lorsque le congé est donné par l'employeur et à sept jours lorsqu'il est donné par l'ouvrier. Ces délais sont doublés et quadruplés lorsqu'il s'agit d'ouvriers demeurés sans interruption au service de la même entreprise respectivement durant au moins 10 et 20 ans (art. 19, al. 4 et 5).

14. Il faut entendre par entreprise l'unité économique d'exploitation. Il importe peu qu'une entreprise soit l'objet de mutations ou de modifications juridiques: cession, mise en société, modification de la forme juridique de la société, fusion de plusieurs sociétés, etc. ou encore que son siège social soit transféré d'un lieu à un autre. Un ouvrier est demeuré sans interruption au service de la même entreprise durant au moins dix ou vingt ans, même si au cours de ces délais

il y a eu pareils mutations, modifications ou transferts (Rapp. comm. Ch. – Doc. parl. Ch., 1952-1953, n° 543, pp. 17 et suiv.).

15. Il y a lieu de cumuler le temps pendant lequel l'ouvrier a été sans interruption au service de la même entreprise comme employé puis comme ouvrier. Il en est ainsi lorsque le travail n'a pas été interrompu (Rapp. comm. Ch. – *ibidem*).

Pour calculer la durée du préavis, il faut tenir compte de tous les jours du calendrier, qu'ils soient jours ouvrables ou jours de congé.

16. Sont nulles toutes clauses réduisant le délai de préavis à observer par l'employeur ou prolongeant celui à respecter par l'ouvrier (art. 19bis, al. 1).

Inversement, est valable toute disposition plus favorable à l'ouvrier que la règle légale. Il en est ainsi lorsque pareille clause est inscrite dans le règlement d'atelier aussi bien que lorsqu'elle est insérée dans un courant individuel (Rapp. comm. Sén. – Doc. parl. Sén. 1953-1954, n° 170, p. 22).

§ 2. DÉROGATIONS

A. Ouvriers engagés depuis moins de six mois

17. Quand il s'agit d'ouvriers comptant moins de six mois de services ininterrompus dans la même entreprise, la convention peut déroger aux dispositions de l'article 19 sans que le délai à observer par l'employeur puisse être inférieur à sept jours. La durée du préavis à respecter par l'ouvrier ne peut dépasser la moitié du délai convenu pour le congé donné par l'employeur (art. 19bis, al. 2). Cette dérogation peut résulter également du règlement d'atelier (Rapp. Comm. Sén. p. 24).

B. Arrêté royal

18. Sur proposition de la commission paritaire ou du Conseil national du travail, le Roi peut modifier les délais de préavis dans l'intérêt de certaines catégories spéciales de travailleurs ou en ce qui concerne les préavis donnés pour des motifs économiques et sociaux (art. 19ter).

19. Un arrêté royal du 22 juin 1954 concerne l'industrie de la construction. Il décide que:

“Lorsque l'engagement est conclu pour une durée indéterminée, chacune des parties a le droit d'y mettre fin par un congé donné à l'autre dans les conditions suivantes:

a) s'il s'agit d'ouvriers comptant moins de six mois de services ininterrompus dans la même entreprise, le délai à observer par l'employeur est de trois jours et celui à donner par ouvrier est fixé à un jour;

b) s'il s'agit d'ouvriers comptant de six mois à moins de cinq ans de services ininterrompus dans la même entreprise, le délai de préavis à observer par l'employeur est de sept jours et celui à donner par l'ouvrier est fixé à trois jours."

Les délais de préavis prévus à l'alinéa 1, a et b, prennent cours le lendemain du jour où le congé a été donné (art. 2).

C. *Manque de travail pour causes économiques*

20. Le manque de travail total ou partiel résultant de causes économiques permet à l'employeur de mettre fin au contrat de travail à temps plein et de lui substituer un contrat de travail à temps réduit moyennant un préavis de sept jours (art. 28 quater, al. 2).

Le préavis de sept jours est impérativement imposé par la loi malgré toute convention contraire.

Mais, sur proposition de la commission paritaire ou du Conseil national du travail, le Roi peut régler autrement la manière de passer dans l'entreprise, d'un régime de travail à temps plein à un régime de travail à temps réduit et inversement.

21. L'arrêté royal du 9 août 1955 concerne les entreprises de l'industrie textile de l'arrondissement judiciaire de Verviers. Il décide que les employeurs peuvent, sans préavis, passer du régime de travail à temps plein à un régime de travail à temps réduit comportant soit un roulement par catégories professionnelles, soit l'alternance des équipes, lorsque le travail est organisé par équipes successives (art. 1).

Cette disposition n'est applicable que s'il existe pour l'entreprise intéressée une menace de chômage pouvant entraîner une diminution de 30% du montant total des salaires de l'ensemble du personnel de l'entreprise. Cette situation est constatée par le conseil d'entreprise ou, à défaut de celui-ci, par les délégués des organisations les plus représentatives des employeurs et des travailleurs de la région (art. 2).

Aussi longtemps qu'il sera usé de la faculté prévue à l'article 1, aucun travailleur ne pourra être licencié pour manque de travail (art. 3).

§ 3. INFLUENCE DE CERTAINS ÉVÉNEMENTS SUR LE DÉLAI DE PRÉAVIS

A. *Incapacité de travail de l'ouvrier par suite de maladie ou d'accident; accouchement de l'ouvrière*

22. Au cours des six premiers mois de l'incapacité de travail, l'employeur ne peut mettre fin au contrat. D'autre part, l'employeur ne peut rompre le contrat ni pendant les six dernières semaines de la grossesse, ni pendant les six semaines qui suivent l'accouchement.

Le délai du préavis signifié par l'employeur antérieurement à la suspension de l'exécution du contrat cesse de courir durant cette suspension (art. 28bis, litt. C).

Lorsqu'au cours de la suspension de l'exécution du contrat, l'employeur donne préavis de congé à l'ouvrier, le délai de préavis ne court qu'à partir de la reprise de l'exécution du contrat. Par contre, au cours de la suspension, l'ouvrier a le droit de donner préavis de congé; son préavis court sans aucun retard (art. 28bis, litt. C).

B. Obligations militaires de l'ouvrier

23. Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, la faculté d'y mettre fin, moyennant le préavis prévu à l'article 19, ne pourra être exercée par le chef d'entreprise dans le mois qui précède la date de l'appel ou du rappel sous les armes ni durant les quinze jours après l'envoi de l'ouvrier en congé illimité, sauf pour motifs graves ou pour des motifs suffisants laissés à l'appréciation du conseil de prud'hommes et dont la nature et l'origine sont étrangers au service militaire de l'ouvrier (art. 28 quinquies, al. 2).

Remarquons que la loi ne contient aucune disposition expresse concernant la période même d'obligations militaires: c'est qu'elle considère que les obligations militaires suspendent l'exécution du contrat et qu'en outre, aucun délai de préavis donné par le patron ne peut courir pendant la durée de ces obligations.

24. Toute infraction par le chef d'entreprise aux dispositions ci-dessus donne lieu au paiement d'une indemnité égale à la rémunération normale pendant les périodes précédant et suivant la suspension qui n'ont pas été respectées, avec maximum de quinze jours (art. 28 quinquies, al. 4).

25. Il s'agit ici d'une indemnité alors que cependant le congé a été donné avec préavis. Si le congé était donné sans préavis et sans motif grave, elle devrait être cumulée avec l'indemnité pour défaut de préavis (C.P. App. Liège, 28 janvier 1956, Pas. 1956, III, 87).

26. Par contre, la loi permet à l'ouvrier de rompre le contrat pendant les obligations militaires et au cours des périodes qui l'entourent. L'ouvrier sous les armes désirent mettre fin à son contrat doit en aviser le chef d'entreprise dans le délai qu'il aurait dû respecter en période normale dans l'entreprise qu'il occupe, pour autant que ce préavis expire au plus tard à la fin de l'appel ou du rappel sous les armes (art. 29 quinquies, al. 3).

Il importe de souligner que cette disposition ne permet à un ouvrier de signifier un préavis alors qu'il est en période d'obligations militaires que "pour autant que ce préavis expire au plus tard à la fin de l'appel ou du rappel sous les armes".

Un ouvrier ne peut donc, quand il est sous les armes, signifier valablement un préavis qui ne pourrait expirer qu'alors qu'il serait rentré dans ses foyers. S'il est trop tard pour que le préavis expire avant la fin de l'appel ou du rappel sous les armes, il doit attendre d'être libéré de ses obligations militaires pour signifier un préavis valable.

27. Ces dispositions ne s'appliquent pas au maintien ou au rappel sous les armes pour cause disciplinaire (art. 28 quinquies, al. 5).

28. Jugé que la diminution des commandes amenant l'employeur à réduire aux deux tiers le nombre de ses ouvriers n'est pas un motif qui permet de rompre le contrat d'un ouvrier qui effectue son service militaire. Ainsi jugé pour une grande entreprise par C. P. Courtrai, 10 avril 1953, J. L. O. 1954, 23, et pour une entreprise qui occupait trois ouvriers par C.P. Bruges, 9 mars 1953, Bull. F.I.B., 1954, 946.

§ 4. SANCTION DE LA RUPTURE SANS PRÉAVIS

29. La partie qui rompt l'engagement sans juste motif et sans observer ou sans observer intégralement le délai de préavis ou encore, avant l'expiration du délai de préavis, est tenue de payer à l'autre une indemnité forfaitaire égale à la rémunération correspondant soit à la durée du délai de préavis, soit à la partie de ce délai restant à courir (art. 22, al. 1).

Est nulle toute clause prévoyant une indemnité moindre en cas de rupture de l'engagement par l'employeur (art. 22, al. 2).

30. D'autre part, la partie lésée peut renoncer au bénéfice du forfait ci-dessus établi et réclamer, à charge de prouver l'existence et l'étendue du préjudice allégué, des dommages et intérêts qui ne seront en aucun cas cumulés avec l'indemnité forfaitaire (art. 23).

31. Jugé qu'en outre de l'indemnité calculée selon l'article 22, il peut être alloué une indemnité supplémentaire pour réparer le dommage que le patron a causé à son ouvrier en le laissant sous l'impression qu'il pourra être réengagé d'un jour à l'autre et en ne lui remettant pas sa carte pour congé annuel payé prescrite par la législation alors en vigueur (C.P. App. Bruxelles, 9 janvier 1945, J.L.O. 1946, 166).

Jugé que le patron qui a engagé à l'étranger un ouvrier spécialiste pour travailler en Belgique est tenu, lorsqu'il lui donne congé et que l'ouvrier, en raison de sa spécialité, ne peut trouver du travail en Belgique, de lui payer les frais de rapatriement (C.P. Bruxelles, 25 mars 1931, J.J.P. 273, J.L.O. 151).

31 *bis*. Les indemnités pour défaut de préavis ont une autre cause que le salaire. Il s'agit de dommages et intérêts destinés à réparer un dommage résultant d'une faute contractuelle et non de la rémunération d'un travail fourni. Aussi, bien qu'au point de vue économique et social, elles remplacent le salaire dans le patrimoine de l'ouvrier, elles ont une nature juridique bien différente. Ce que la loi prescrit au sujet du salaire n'est pas de plein droit applicable à l'indemnité pour défaut de préavis.

En certaines matières cependant, une disposition légale expresse soumet l'indemnité pour défaut de préavis au même régime que le salaire. Ainsi, les indemnités dues aux salariés pour rupture irrégulière du contrat sont privilégiées au même titre que les salaires, ainsi encore elles sont passibles de la taxe professionnelle.

32. Le congé donné sans préavis par le patron ouvre au profit de l'ouvrier une action en indemnité. Le patron ne peut utilement offrir de reprendre l'ouvrier. Celui-ci peut s'en tenir à sa demande de dommages et intérêts, car le congé donné par le patron a consommé la rupture du contrat (C.P. App. Liège, 19 novembre 1955, inédit).

§ 5. CONGÉ ABUSIF

33. Il n'est pas sans intérêt de préciser qu'il y a des circonstances dans lesquelles un congé donné en respectant le préavis conformément à la loi peut, néanmoins, donner lieu à des dommages et intérêts.

Il peut en être ainsi en raison du but que poursuit l'auteur du congé et en raison des circonstances qui entourent le congé.

Jugé que lorsqu'un congé avec préavis régulier a été signifié à un ouvrier dans le but de lui nuire, en repréailles de ce qu'il avait réclamé paiement de sommes légalement dues (sursalaires d'heures supplémentaires), il constitue l'exercice abusif d'un droit, donc une faute donnant lieu à réparation et que les dommages et intérêts doivent être fixés en tenant compte du préjudice causé et notamment de la difficulté de retrouver un emploi équivalent (C.P. App. Liège, 15 juillet 1950, J.L.O. 1951, 185; voir aussi: C.P. Verviers, 23 avril 1932, J.L.O. 1933, 223).

D'autre part, un congé, même donné avec le préavis requis ou indépendamment de l'indemnité pour défaut de préavis peut exposer son auteur à des dommages et intérêts si les circonstances dans lesquelles il est signifié lui donnent un caractère abusif et dommageable. Par exemple, un congé signifié à un ouvrier non coupable au moment de la découverte d'un vol, la rupture faisant planer des soupçons sur la personne de l'ouvrier congédié (C.P. App. Gand, 10 décembre 1928, J.L.O. 1929, 156; C.P. App. Bruges, 21 novembre 1929, J.L.O. 1930, 167; C.P. App. Liège, 13 octobre 1943, J.L.O. 1944-1945, 21).

*Section III**RUPTURE PENDANT LA PÉRIODE D'ESSAI*

34. Les parties à un contrat de travail peuvent convenir qu'il est conclu à l'essai. La clause d'essai permet à chacune des deux parties de rompre le contrat sans préavis et sans indemnité sous les restrictions que la loi indique. Elle peut être introduite tant dans les contrats pour une durée ou pour une entreprise déterminée que dans les conventions conclues sans indication de durée.

A peine d'inexistence, la clause d'essai doit être constatée par écrit au moment de l'engagement (art. 5bis, al. 1).

35. La durée de l'essai convenu ne peut être inférieure à sept ni supérieure à quatorze jours (art. 5bis, al. 2).

La période d'essai fixée à moins de sept jours doit être d'office étendue à ce terme. La période d'essai fixée à plus de quatorze jours doit être réduite à ce terme: à partir du quinzième jour, l'engagement est définitif.

Lorsque la convention indique qu'il y a engagement à l'essai mais n'en précise pas la durée, la durée de l'essai est fixée par l'usage. A défaut, elle est de sept jours: la clause d'essai, dérogoire au principe de la stabilité de l'emploi qui est la préoccupation dominante du législateur, doit être interprétée restrictivement.

36. A partir du huitième jour et jusqu'à l'expiration du délai d'essai, chacune des deux parties peut à tout moment mettre fin au contrat sans préavis ni indemnité et sans avoir à exprimer de motif.

Cette manifestation unilatérale de volonté met immédiatement fin au contrat.

Si aucune des deux parties n'a mis fin au contrat avant l'expiration de la période d'essai, l'engagement devient de plein droit définitif.

37. Si l'une des parties mettait sans motif grave fin au contrat avant l'expiration des sept premiers jours, elle devrait à l'autre une indemnité égale aux salaires restant à courir jusqu'à la fin de ladite période.

*Section IV**RUPTURE POUR MOTIFS GRAVES*

§ 1. PRINCIPE

38. L'article 16 de la loi du 10 mars 1900 décide que le contrat prend fin par la volonté de l'une des parties lorsqu'il existe un juste motif de rupture (art. 16, 3° in fine).

En raison d'un juste motif, une partie peut mettre immédiatement fin aussi bien à un contrat à durée déterminée ou pour une entreprise déterminée qu'à un contrat à durée indéterminée. Cela résulte très clairement des articles 16, 5°, 20 et 21. Elle peut aussi, en raison d'un juste motif, mettre fin au contrat pendant les sept premiers jours d'une période d'essai.

Par juste motif, le législateur entend des motifs présentant une certaine gravité et non des vétilles. Il s'agit de motifs constitués par une faute grave de la partie à laquelle le congé est signifié. Les articles 20 et 21 donnent des listes exemplatives de motifs graves: il s'agit toujours de fautes dont la partie congédiée s'est rendue coupable.

39. La loi ne prescrit pas que les motifs graves doivent être notifiés par écrit.

§ 2. LES JUSTES MOTIFS PERMETTANT LA RUPTURE IMMÉDIATE DU CONTRAT

A. Justes motifs de la part du chef d'entreprise

40. Le chef d'entreprise peut rompre l'engagement sans préavis ou avant l'expiration du terme:

1. lorsque l'ouvrier a trompé le chef d'entreprise lors de la conclusion du contrat par la production de faux certificats ou livrets (art. 20, al. 2);

2. lorsqu'il se rend coupable d'un acte d'improbité, de voie de fait ou d'injure grave à l'égard du chef ou du personnel de l'entreprise (art. 20, al. 3).

Il s'agit d'actes d'improbité commis à l'usine ou à l'occasion de l'exécution du contrat. Un acte d'improbité commis par l'ouvrier sans aucun rapport avec le contrat ne pourrait être considéré comme un juste motif de rupture. Quand il s'agit de voies de fait ou d'injures graves, cette condition n'est pas exigée et le patron pourrait renvoyer sur l'heure l'ouvrier qui s'en serait rendu coupable à son égard ou à l'égard de son personnel en quelque endroit que ce soit;

3. lorsqu'il lui cause intentionnellement un préjudice matériel pendant ou à l'occasion de l'exécution du contrat (art. 20, al. 4);

4. lorsqu'il se rend coupable de faits immoraux pendant l'exécution du contrat (art. 20, al. 5);

5. lorsqu'il communique des secrets de fabrication (art. 20, al. 6);

6. lorsqu'il compromet par son imprudence la sécurité de la maison, de l'établissement ou du travail (art. 20, al. 7);

7. en général, lorsqu'il manque gravement à ses obligations relatives au bon ordre, à la discipline de l'entreprise et à l'exécution du contrat (art. 20, al. 8).

En tout état de cause, il faut un motif grave, qui empêche la continuation normale des relations contractuelles (C.P. App. Liège, 14 juillet 1942, J.L.O. 1943, 70).

41. Une malfaçon non intentionnellement commise n'est pas une cause de rupture (C.P. Bruxelles, 24 mars 1904, Rev. Trav. novembre 1904). Le manque de capacité n'est pas une cause de rupture lorsqu'il n'a pas été frauduleusement celé (C.P. Verviers, 5 août 1938, J.L.O. 1943, 88).

Jugé, par contre, que commet une faute lourde qui justifie le renvoi sans préavis le contremaître-batelier qui, alors qu'un accident imprévu et grave était survenu aux machines, a refusé de faire des prestations supplémentaires indispensables aux réparations urgentes (C.P. App. Liège, 16 juin 1951, Jur. Liège, 1951-1952, 7). Ce jugement, il est vrai, concerne un batelier; il aurait pu, par identité de motifs, être prononcé dans le cas d'un ouvrier proprement dit.

B. Justes motifs de la part de l'ouvrier

42. L'ouvrier peut rompre l'engagement sans préavis ou avant l'expiration du terme:

1. lorsque le chef d'entreprise ou celui qui le remplace se rend coupable à son égard d'un acte d'improbité, de voies de fait ou d'injure grave (art. 21, al. 2);

2. lorsque le chef d'entreprise tolère, de la part de ses préposés, de semblables actes à l'égard de ses ouvriers (art. 21, al. 3);

3. lorsque la moralité de l'ouvrier est mise en danger au cours du contrat (art. 21, al. 4);

4. lorsque le chef d'entreprise cause intentionnellement à l'ouvrier un préjudice matériel pendant ou à l'occasion de l'exécution du contrat (art. 21, al. 5);

5. lorsque, dans le cours de l'engagement, la sécurité ou la santé de l'ouvrier se trouvent exposées à des dangers que celui-ci ne pouvait prévoir au moment de la conclusion du contrat (art. 21, al. 6);

6. en général, lorsque le chef d'entreprise manque gravement à ses obligations relatives à l'exécution du contrat (art. 21, al. 7). Il en est ainsi du défaut de paiement du salaire au taux et aux époques fixés par l'engagement (C.P. Gand, 13 décembre 1938, J.L.O. 1941, 211; C.P. App. Bruxelles, 10 mars 1949, J.L.O. 1949, 206) et aussi si le patron s'abstient volontairement de donner du travail suffisant à un ouvrier payé à la pièce.

43. Nonobstant le juste motif, le congé ne peut plus être donné sur l'heure si le fait qui en est la cause est connu de la partie qui avait le droit de l'invoquer, depuis deux jours ouvrables au moins (art. 20 in fine et art. 21 in fine).

Il est de jurisprudence constante que l'existence d'un fait connu du chef d'entreprise depuis moins de deux jours ouvrables au moment du congé étant constatée, le juge peut, en vue d'apprécier le motif du congé, retenir également des faits qui seraient en dehors de la période de deux jours qui ont précédé le congé.

44. Depuis les modifications apportées par la loi du 4 mars 1954, sont nulles toutes clauses réduisant le délai de préavis à observer par l'employeur. C'est donc impérativement qu'en dehors de l'hypothèse du motif grave, le loi prescrit l'obligation du préavis.

Il faut en conclure que serait nulle la clause d'un contrat de travail qui reconnaîtrait au patron le droit de congédier un ouvrier en raison de fautes bénignes et courantes si bien qu'il en résulterait que, pratiquement, le patron a le droit de congédier l'ouvrier sans préavis et en l'absence de justes motifs.

Section V

RUPTURE DE LA PART DE L'OUVRIÈRE LOGEANT CHEZ LE PATRON QUAND L'ÉPOUSE OU LA COMPAGNE DE CELUI-CI VIENT À DISPARAÎTRE

45. La femme engagée comme ouvrière et recevant le logement chez le chef d'entreprise a le droit de résilier le contrat si l'épouse du chef d'entreprise ou toute autre femme qui dirigeait la maison à l'époque de la conclusion du contrat vient à mourir ou à se retirer (art. 27).

L'ouvrière peut rompre le contrat sans aucun préavis et même si elle n'a aucune faute à reprocher à l'employeur. L'ouvrière qui veut se prévaloir de cette disposition doit le faire à l'époque où le fait se produit.

Partie II

LE CONTRAT D'ENGAGEMENT POUR LA NAVIGATION INTÉRIEURE

Section I

LÉGISLATION

46. Le contrat d'engagement pour la navigation intérieure comprend tous les éléments du contrat de travail. Il constitue un contrat de travail répondant à la définition de l'article 1 de la loi du 10 mars 1900 (Comp.: Cass. 25 septembre 1947, Pas. 380). De 1900 à 1936, il a été régi par toutes les dispositions de la loi du 10 mars 1900. La loi du 1^{er} avril 1936 concerne le contrat d'engagement pour la navigation intérieure. Cette loi fort détaillée énonce des règles spéciales au sujet des rapports entre armateurs et bateliers, traite de la formation du contrat, des obligations des parties, de la dissolution du contrat. Ses dispositions ne traitent cependant pas de toutes les questions réglées par la loi du 10 mars 1900.

Aussi, si le contrat d'engagement fluvial fait l'objet d'une loi spéciale et est régi par les dispositions de cette loi, il est, en outre, soumis aux dispositions de la loi générale sur le contrat de travail, loi du 10 mars 1900, auxquelles il n'est pas dérogé par les règles inscrites dans la loi du 1^{er} avril 1936 (C.P. App. Liège, 25 octobre 1947, J.L.O. 1948, 171).

47. Notons toutefois que parmi les contrats d'engagement pour la navigation fluviale, la proportion des contrats conclus pour une durée indéfinie et des contrats à terme n'est pas la même qu'en ce qui concerne les autres contrats de travail: les autres contrats de travail conclus pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée sont l'infime exception; il est loin d'être aussi rare qu'un engagement pour la navigation fluviale soit limité: engagement pour un voyage déterminé.

La loi de 1936 présume néanmoins qu'un contrat d'engagement est conclu pour une durée indéterminée. L'article 8, alinéa 2, énonce, en effet, que lorsque le contrat ne fixe pas la date à laquelle il prend fin, il est réputé conclu pour une durée indéterminée. Notons, d'autre part, que l'employeur ne peut administrer la preuve de l'existence et des conditions du contrat d'engagement que par un écrit (art. 5 modifié par la loi du 27 juillet 1955). L'employeur ne peut donc prouver que par un écrit que l'engagement a été limité à une durée déterminée ou à un voyage déterminé.

Section II

RUPTURE SANS MOTIF GRAVE DU CONTRAT A DURÉE INDÉTERMINÉE

§ 1. PRINCIPES EN MATIÈRE DE PRÉAVIS

A. Du droit de mettre fin au contrat par un congé avec préavis

48. Lorsque l'engagement est conclu pour une durée indéterminée, chacune des parties a le droit d'y mettre fin par un congé donné à l'autre.

La loi n'impose aucune forme au sujet de la notification du congé.

B. Délai de préavis

49. Le contrat d'engagement conclu pour une durée indéterminée doit stipuler le délai de préavis moyennant lequel les parties pourront y mettre fin (art. 10, al. 1).

Ce délai doit être égal pour chacune des parties. S'il était stipulé des délais d'inégale longueur, le délai le plus long ferait loi à l'égard de chacune des parties (art. 10, al. 2).

La loi fixe impérativement une durée minimum au délai de préavis. La durée du préavis ne peut être inférieure à un mois pour le contremaître-batelier ou tout autre engagé marié logeant à bord avec sa famille et à quinze jours pour tout autre engagé (art. 29). C'est à tout moment que ce préavis peut être signifié. Il prend cours immédiatement.

50. Si le contrat expire au cours du voyage, les obligations réciproques sont réputées prorogées jusqu'à l'arrivée du bateau au port de destination ou jusqu'à son retour à son port d'attache (art. 11, al. 1).

Cette disposition n'est pas applicable lorsque l'engagé a contracté un nouvel engagement devant prendre cours avant l'arrivée du bateau au port de destination ou son retour au port d'attache à la condition que l'engagé en ait donné avis par écrit à l'armateur, au moins un mois avant la date fixée pour le commencement du nouvel engagement (art. 11, al. 2).

Une disposition du contrat pourrait exclure cette prorogation.

§ 2. SANCTION DE LA RUPTURE SANS PRÉAVIS

51. La partie qui rompt le contrat sans motif légitime, en omettant de donner le préavis de congé ou sans attendre l'expiration du délai de préavis, est tenue de payer à l'autre partie une indemnité égale au salaire correspondant soit à la durée du délai de préavis, soit à la partie de ce délai à courir (art. 31).

52. L'engagé a droit aux frais de retour au lieu de l'engagement:

1. lorsque le contrat est résilié par l'armateur ou son représentant ou le contremaître-batelier, sauf si la résiliation est justifiée par une faute ou un manquement grave de l'engagé à ses obligations;

2. lorsque le contrat est résilié par l'engagé par suite de faute ou manquement grave à ses obligations de l'armateur ou son représentant.

Les frais de retour comprennent les frais de transport de l'engagé, de sa femme et de ses enfants et du mobilier embarqué depuis le lieu du débarquement jusqu'au lieu de l'engagement (art. 34).

Les frais de retour ne sont pas dus si l'engagé ne retourne pas au lieu de l'engagement ou s'il s'est procuré un autre engagement au lieu de débarquement (art. 35).

Les frais de retour sont dus nonobstant toute convention contraire.

Section III

RUPTURE PENDANT LA PÉRIODE D'ESSAI

53. Un engagement peut être affecté d'une clause d'essai mais l'employeur ne peut prouver cette clause que par un écrit.

54. Aux termes de l'article 9, le contrat d'engagement à l'essai est assimilé au contrat conclu pour une durée déterminée. Mais cette disposition n'est pas impérative. Les parties peuvent y déroger dans leurs conventions particulières. Aussi, il leur est libre de convenir que, pendant la durée de l'essai, chacune des parties peut mettre fin au contrat d'heure à heure sans motif exprimé ni préavis.

La période d'essai ne peut avoir une durée supérieure à trois mois (art. 9 in fine).

55. Donc, lorsqu'il y a engagement à l'essai, le contrat peut prendre fin à l'initiative d'une des deux parties à l'expiration du terme d'essai convenu et au plus tard à l'expiration du troisième mois. En outre, si le contrat le décide, il peut au cours de la période d'essai prendre fin à tout moment et sans préavis par un congé donné par une partie à l'autre.

Si aucune des deux parties n'a mis fin au contrat à l'expiration de la période d'essai, l'engagement devient de plein droit définitif.

Section IV

RUPTURE POUR MOTIFS GRAVES

56. Le contrat prend fin par congé notifié par une des parties à l'autre lorsqu'il existe un juste motif de rupture.

En raison d'une faute grave commise par son cocontractant, une partie peut mettre immédiatement fin aussi bien à un contrat à durée déterminée ou pour un voyage déterminé qu'à un contrat à durée indéterminée.

Chacune des parties a le droit de mettre fin au contrat, quelle qu'en soit la nature, avant l'expiration du terme ou sans préavis, en cas de faute grave de l'autre partie ou de manquement grave à ses obligations (art. 30).

Sauf le cas de force majeure, tout retard apporté par l'engagé dans la prise de son service pourra être considéré par l'armateur ou son représentant comme une juste cause de résiliation du contrat. En aucun cas, il ne doit être sursis au départ du bateau du fait du retard apporté par l'engagé dans la prise de son service (art. 12, al. 2 et 3).

57. C'est impérativement qu'en dehors de l'hypothèse du motif grave, la loi prescrit l'obligation du préavis. Il en résulte que serait nulle la clause d'un contrat d'engagement qui reconnaîtrait à l'armateur le droit de congédier un batelier à raison de fautes bénignes et courantes si bien qu'il en résulterait que, pratiquement, l'armateur a le droit de congédier le batelier sans préavis et en l'absence de justes motifs.

58. La loi ne prescrit pas que les motifs graves doivent être notifiés par écrit.

Partie III

LE CONTRAT D'EMPLOI

Section I

LÉGISLATION

59. Le contrat d'emploi fait l'objet de la loi du 7 août 1922 modifiée en dernier lieu par la loi du 11 mars 1954. La loi du 7 août 1922 et les lois modificatives

ont été coordonnées par l'arrêté royal du 20 juillet 1955. Il s'agit du contrat par lequel un employé de bureau, un commis voyageur ou, en général, un travailleur intellectuel s'engage à travailler sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un chef d'entreprise moyennant rémunération.

Section II

RUPTURE SANS MOTIF GRAVE DU CONTRAT À DURÉE INDÉTERMINÉE

§ 1. PRINCIPES EN MATIÈRE DE PRÉAVIS

A. Notification du préavis

60. Lorsque l'engagement a été conclu pour une durée indéterminée, chacune des parties peut y mettre fin moyennant un préavis (art. 14).

Sous peine de nullité, la notification du préavis se fait par la remise d'un écrit à l'autre partie, indiquant le début et la durée du préavis (art. 14, al. 3).

La signature apposée par cette partie sur le double de cet écrit ne vaut que comme accusé de réception de la notification (art. 14, al. 4). Cette signature ne peut donc jamais être invoquée comme une reconnaissance des faits allégués par la partie qui prend l'initiative de la rupture ni comme la preuve d'un accord au sujet de la rupture.

La notification peut également être faite soit par lettre recommandée à la poste, sortant ses effets le troisième jour ouvrable suivant la date de son expédition, soit par exploit d'huissier (art. 14, al. 5).

Remarquons que l'écrit, la lettre ou l'exploit doit indiquer le début et la durée du préavis et non la date à laquelle les services prendront fin. C'est que des événements peuvent suspendre le délai de préavis. Il en est ainsi par exemple de l'incapacité physique de travail de l'employé.

B. Point de départ du délai de préavis

61. Le délai du préavis prend cours à l'expiration du mois civil pendant lequel le préavis a été notifié (art. 14, al. 2).

Les dispositions de l'article 14, alinéa 2, et de l'article 14, alinéa 5, doivent être combinées lorsqu'il s'agit d'un préavis notifié par lettre recommandée:

Un préavis est notifié par lettre recommandée datée du 27 avril. S'il n'y a pas de jours fériés entre le 27 et le 30 avril, il produit ses effets le 30 avril. Le délai de préavis prend cours le 30 avril au soir.

Un préavis est notifié par lettre recommandée datée du 29 juin, il ne peut produire ses effets que le 2 juillet. Le délai de préavis prend cours le 31 juillet au soir.

C. Délai de préavis

1. Préavis donné par l'employeur

62. Lorsque la rémunération annuelle ne dépasse pas 120 000 francs, le délai de préavis à observer par l'employeur est d'au moins trois mois pour les employés engagés depuis moins de cinq ans (art. 15, al. 1).

Ce délai est augmenté de trois mois dès le commencement de chaque nouvelle période de cinq ans de services chez le même employeur (art. 15, al. 2).

Ainsi, un patron veut congédier un employé engagé depuis vingt ans et un jour, il doit observer un préavis de quinze mois car le cinquième quinquennat est commencé.

Les quinquennats sont calculés sans défalquer les périodes de suspension de l'exécution du contrat en raison de l'incapacité physique de l'employé (C.P. Charleroi, 28 février 1935, J.L.O. 1937, 58).

C'est au moment où la notification du préavis sort ses effets qu'il faut se placer. Si un nouveau quinquennat est commencé à ce moment, le délai est prolongé de trois mois. Par contre, la date à laquelle le préavis expirera importe peu.

63. Par "même employeur" on entend toute entreprise, tout office occupant du personnel même s'il y a eu des changements dans la direction de l'affaire (Exposé des motifs. Doc. Parl. Ch. 1950-1951, n° 260, p. 2).

64. Les services doivent avoir été accomplis en qualité d'*employé* (C.P. App. Mons, 17 janvier 1953, J.L.O. 1954, 62; C.P. App. Liège, 5 janvier 1938, Jur. Lg. 1939, 87; *contra*: C.P. App. Bruxelles, 19 janvier 1950, J.T. 1954, 546, J.L.O. 1950, 92).

65. Les délais fixés par les articles 14 et 15 constituent un minimum d'ordre public en ce qui concerne le congé donné par le patron (art. 22).

66. Lorsque la rémunération annuelle dépasse 120 000 francs, le délai de préavis à observer par l'employeur est fixé par la convention ou, à défaut, par le juge, sans qu'il puisse être inférieur au délai prévu aux deux premiers alinéas de l'article 15 (art. 15, al. 3).

2. Préavis donné par l'employé

67. Si le congé est donné par l'employé, les délais de préavis ci-dessus sont réduits de moitié et ne peuvent excéder trois ou six mois suivant que la rémunération annuelle ne dépasse pas 120 000 francs ou 180 000 francs (art. 15, al. 4).

68. D'autre part, l'article 16 envisage spécialement le cas de l'employé qui, ayant reçu un congé de son employeur désire donner congé à son tour de façon à être libéré au plus tôt:

Nonobstant toute convention contraire, l'employé auquel l'employeur a donné congé dans les conditions visées au paragraphe 1 de l'article 15 peut, lorsqu'il a trouvé une autre occupation, mettre fin au contrat moyennant un préavis de trente jours (art. 16). Le délai est exactement de 30 jours et prend cours du jour de la notification de ce préavis réduit (Rapp. comm. Sén., Doc. parl. 1953-1954, n° 192, p. 11).

Ainsi, lorsque l'employé a trouvé une autre occupation, il peut se libérer moyennant un préavis particulièrement court. En dehors de cette circonstance, il pourrait donner le préavis de moitié selon les prescriptions de l'article 15, alinéa 4.

§ 2. MODIFICATION DES RÉMUNÉRATIONS LIMITES

69. Sur proposition du Conseil national du travail ou de la Commission paritaire nationale des employés, le Roi peut modifier le montant des rémunérations prévues à l'article 15 (art. 35).

§ 3. CONTRATS DE TRÈS COURTE DURÉE

70. Nous avons insisté sur le caractère impératif des dispositions concernant le préavis en faveur de l'employé, aussi nous ne nous étonnerons nullement qu'il ait été jugé fréquemment qu'est nulle la clause qui fixe à moins de trois mois la durée du contrat lorsqu'elle a pour but d'éluider l'obligation du préavis, ainsi lorsque les parties ont conclu successivement plusieurs contrats identiques (C.P. App. Liège, 9 janvier 1935, Jur. Lg. 95; C.P. App. Anvers, 3 mars 1941, J.L.O. 1942, 4; C.P. App. Bruxelles, 14 juin 1944, J.L.O. 1946, 10 et 6 juin 1944, J.L.O. 1946, 16; C.P. App. Bruxelles, 27 juin 1944, J.L.O. 1944-1945, 10; C.P. App. Bruxelles, 12 avril 1951, J.L.O. 1954, 91; C.P. App. Gand 15 décembre 1952, J.L.O. 1953, 90).

§ 4. CONGÉS POUR LA RECHERCHE D'UN NOUVEL EMPLOI

71. Pendant la durée du préavis, l'employé, nonobstant toute convention contraire peut, en vue de rechercher un nouvel emploi, s'absenter deux fois par semaine, pourvu que la durée des deux absences ne dépasse pas, au total, celle d'une journée de travail (art. 17). Ce droit appartient à l'employé même lorsque c'est lui qui a donné le congé.

Ces demi-journées doivent être payées. (Sic: note P.L. sous Cass. 4 février 1932, Pas. 1932, I, 56 - L. Frédéricq. *Traité de droit commercial belge*, tome I, n° 251).

§ 5. INFLUENCE DE CERTAINS ÉVÉNEMENTS SUR LE DÉLAI DE PRÉAVIS

*A. Incapacité de travail de l'employé par suite de maladie
ou d'accident; accouchement de l'employée*

72. En ce qui concerne l'influence de l'incapacité de travail par suite de maladie, d'accident ou de l'accouchement, il faut distinguer selon que l'employé est engagé à durée indéterminée et ne se trouve pas en période d'essai ou selon que l'employé est engagé à l'essai ou pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée.

73. Dans le premier cas, au cours des nonante premiers jours de l'incapacité de travail, l'employeur ne peut mettre fin au contrat. D'autre part, il ne peut rompre le contrat ni pendant les six dernières semaines de la grossesse, ni pendant les six semaines qui suivent l'accouchement.

Le délai de préavis donné par l'employeur ne court qu'à partir de la fin de l'incapacité de travail ou à partir de la fin du repos de six semaines après l'accouchement. Le délai du préavis donné antérieurement à la suspension de l'exécution du contrat cesse de courir pendant la durée de cette suspension (art. 10, al. 2).

La suspension prescrite par la loi porte sur l'exécution du contrat et sur le délai de préavis donné par l'employeur. Par contre, en vue du calcul de l'ancienneté, par exemple, pour déterminer les délais de préavis applicables, il n'y a pas lieu de déduire la période d'incapacité de travail (C.P. Charleroi 28 février 1935, J.L.O. 1937, 58).

Pendant les mêmes périodes de suspension de l'exécution du contrat, l'employé peut donner congé et le préavis court en ce qui le concerne (art. 10, al. 1).

74. Dans le second cas (engagement à l'essai, engagement pour une durée déterminée ou une entreprise déterminée), l'incapacité de travail permet à l'employeur de mettre fin au contrat sans indemnité si elle a une durée de plus de huit jours (art. 12).

Un amendement du gouvernement indiquant que l'article 12 n'est pas applicable en cas de suspension du contrat en raison de l'accouchement a été repoussé par la commission du Sénat parce que les contrats visés à l'article 12 ne permettent pas une longue suspension (Rapp. comm. Sén., Doc. Parl. Sén. 1953-1954, n° 192, 8).

B. Obligations militaires de l'employé

75. Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, la faculté d'y mettre fin moyennant le préavis prévu à l'article 12 ne pourra être exercée par

le patron dans les six mois qui précèdent la date d'appel ou de rappel sous les armes, ni durant le premier mois après l'envoi de l'employé en congé illimité, sauf pour motifs graves, ou pour des motifs suffisants laissés à l'appréciation du conseil de prud'hommes et dont la nature et l'origine sont étrangers au service militaire de l'employé (art. 7, al. 2).

Remarquons que la loi ne contient aucune disposition expresse concernant la période même d'obligations militaires; c'est qu'elle considère que les obligations militaires suspendent l'exécution du contrat et qu'en outre aucun délai de préavis donné par le patron ne peut courir pendant la durée de ces obligations.

76. Toute infraction par le patron aux dispositions ci-dessus donne lieu au paiement d'une indemnité égale à la rémunération normale pendant les périodes précédant et suivant la suspension qui n'ont pas été respectées, avec un maximum de six mois (art. 7, al. 4).

77. Il s'agit ici d'une indemnité qui est due alors que cependant le congé a été donné avec préavis. Si le congé était donné sans préavis, et sans motif grave, elle devrait être cumulée avec l'indemnité pour défaut de préavis fixée par l'article 15.

78. Par contre, la loi permet à l'employé de rompre le contrat pendant les obligations militaires et au cours des périodes qui l'entourent: l'employé sous les armes désirant mettre fin à son contrat doit en aviser son patron dans le délai qu'il aurait dû respecter en période normale dans l'entreprise qui l'occupe, pour autant que ce préavis expire au plus tard à la fin de l'appel ou du rappel sous les armes (art. 7, al. 3).

Il importe de souligner que cette disposition ne permet à un employé de signifier un préavis alors qu'il est en période d'obligations militaires que "pour autant que ce préavis expire au plus tard à la fin de l'appel ou du rappel sous les armes". Un employé ne peut donc, quand il est sous les armes, signifier valablement un préavis qui ne pourrait expirer qu'alors qu'il serait rentré dans ses foyers. S'il est trop tard pour que le préavis expire avant la fin de l'appel ou du rappel sous les armes, il doit attendre d'être libéré de ses obligations militaires pour pouvoir signifier un préavis valable.

79. Les dispositions de l'article 7 ne s'appliquent pas au maintien ou au rappel sous les armes pour cause disciplinaire (art. 7, al. 5).

§ 6. SANCTION DE LA RUPTURE SANS PRÉAVIS

80. La partie à un contrat d'emploi à durée indéterminée qui, malgré l'absence de juste motif, rompt l'engagement sans respecter le délai de préavis, est tenue

de payer à l'autre partie une indemnité égale au traitement en cours correspondant soit à la durée du préavis, soit à la partie de ce délai restant à courir (art. 20).

L'indemnité de congé comprend non seulement les appointements mais aussi les avantages acquis en vertu de la convention (art. 15, al. 2). Il faut y comprendre la valeur des avantages en nature (C.P. App. Bruxelles, 24 mai 1949, J.L.O. 1949, 211).

Lorsque le traitement est variable (ainsi, traitement à la commission), il faut rechercher ce que l'employé aurait normalement gagné pendant le délai de préavis, c'est-à-dire pendant les mois qui suivent la rupture anticipée. En vue d'établir ce traitement hypothétique, on pourra notamment tenir compte d'éléments tirés des années précédentes.

Précisons bien que les sommes qui, même en vertu du contrat, sont remises à l'employé à titre de remboursement des dépenses professionnelles, ainsi le coût d'un abonnement de chemin de fer pour un commis voyageur, ne rentrent pas dans la notion de rémunération et ne comptent pas pour l'établissement de l'indemnité de préavis.

81. Lorsqu'un congé brusque et injustifié est signifié au cours d'un mois, l'indemnité est, même dans ce cas, égale au traitement en cours correspondant à la durée du délai de préavis et ne comprend pas le traitement correspondant à la fin du mois en cours (C.P. App. Liège, 28 octobre 1942, J.L.O. 1943, 74; C.P. App. Liège, 25 novembre 1942, J.L.O. 1943, 127; C.P. App. Liège, 15 juin 1949, Jur. Lg. 1949-1950, 111; C.P. App. Bruges, 28 novembre 1952, J.L.O. 1953, 204).

82. L'indemnité due à un employé renvoyé sans motifs a un caractère forfaitaire et est due indépendamment du préjudice réellement souffert (App. Bruxelles, 7 février 1936, B.J. 1937, 243; App. Bruxelles, 24 décembre 1948, J.L.O. 1949, 8).

Les conseils de prud'hommes ne peuvent apprécier souverainement le montant de l'indemnité à accorder en tenant compte de la gravité respective des fautes de chacune des deux parties (C.P. App. Bruxelles, 6 janvier 1948, J.L.O. 1948, 107, J.T. 1949, 207).

83. Le congé donné sans préavis par le patron ouvre au profit de l'employé une action en dommages et intérêts. Le patron ne peut utilement offrir de reprendre l'employé. Celui-ci peut s'en tenir à sa demande de dommages et intérêts car le congé donné par le patron et dont l'employé se prévaut a consommé la dissolution du contrat (Comm. Bruxelles, 28 février 1945, J.L.O. 1946, 5).

84. L'indemnité fixée par l'article 20 constitue un minimum d'ordre public lorsque le congé irrégulier est donné par le patron: sont nulles toutes clauses fixant des indemnités moindres (art. 22).

85. Nous avons vu que lorsque la rémunération annuelle dépasse 120 000 francs, le délai de préavis à observer par l'employeur est fixé par la convention ou, à défaut, par le juge. Lorsque l'employeur a congédié sans préavis ni juste motif un employé dont la rémunération annuelle est supérieure à 120 000 francs, cet employé a droit à une indemnité égale au traitement en cours correspondant à la durée du préavis qui aurait dû être observé (art. 20).

En ce qui concerne des contrats ne contenant aucune clause relative soit à la durée du préavis, soit au montant de l'indemnité, l'indemnité a été fixée par justice au montant des appointements de:

5 mois pour un voyageur de commerce chargé de placer des films cinématographiques et gagnant 84 000 francs par an (Bruxelles, 15 octobre 1949, Pas. 1949, II, 110);

5 mois pour un employé au traitement de 99 000 francs l'an, sans diplôme universitaire, affecté à un emploi subalterne, ayant 4 ans de services et d'un âge avancé (C.P. Bruxelles, 16 avril 1951, J.L.O. 1954, 20);

6 mois pour une gérante de pharmacie diplômée gagnant 78 000 francs par an (Comm. Liège, 9 janvier 1950, Jur. Liège 1949-1950, 139);

6 mois pour un journaliste gagnant 95 000 francs l'an (Comm. Bruxelles, 31 mars 1951, J.T. 1951, 519);

6 mois pour un traceur au traitement de 83 000 francs l'an, ayant 14 ans de services, y compris 5 ans de mobilisation et de captivité, dont 5 ans comme employé (C.P. Jemeppe-sur-Meuse, 12 janvier 1954, Bull. F.I.B., 1954, 726);

7 mois pour un directeur commercial gagnant 90 000 francs par an (Comm. Bruxelles, 2 mars 1954, Jur. comm. Brux. 1954, 214);

8 mois pour un chef comptable gagnant 102 000 francs par an (App. Bruxelles, 20 mars 1948, Jur. comm. Brux. 1948, 308);

8 mois pour un directeur technique gagnant 204 000 francs par an, en service dans l'entreprise depuis 2 mois (Civ. Charleroi, 19 mars 1952, Bull. F.I.B. 1953, 792);

9 mois pour un contremaître gagnant 78 000 francs par an, âgé de 53 ans, ayant 31 ans de services (C.P. Bruxelles, 16 avril 1951, J.L.O. 1952, 217);

9 mois pour un chef traceur gagnant 92 000 francs par an et occupé depuis 10 ans dans l'entreprise (C.P. Charleroi 10 juillet 1951, Rev. Trav. 1951, 1241);

9 mois pour un employé gagnant annuellement 113 500 francs (C.P. App. Mons, 6 octobre 1951, Rev. Trav. 1951, 1239);

10 mois pour un rédacteur de chronique cinématographique gagnant 132 000 francs par an (Comm. Liège, 1^{er} juillet 1949, Jur. Liège, 1949-1950, 44);

10 mois pour un employé du service publicité et propagande gagnant 235 000

francs par an (sans tenir compte des gratifications), âgé de 46 ans, en service depuis 3 ans et demi (C.P. Bruxelles, 17 novembre 1953, Bull. F.I.B. 1954, 116);

1 an pour le gérant d'un grand hôtel aidé dans sa tâche par son épouse, gagnant 190 000 francs par an, d'un âge avancé, ayant 13 ans et demi de services (C.P. Bruxelles, 6 juillet 1951, Bull. F.I.B. 1952, 34);

1 an pour un directeur au courant des langues étrangères, au traitement annuel de 76 000 francs augmenté de 24 000 francs de gratifications, âgé de 53 ans, ayant 10 ans de services: indemnité de 100 000 francs (C.P. App. Bruxelles, 6 décembre 1951, J.T. 1952, 243, J.L.O. 1952, 183);

1 an pour un technicien engagé pour s'occuper de la vente des fabrications et suivre les affaires jusqu'à complète exécution, gagnant 120 000 francs par an (non compris des gratifications dont le jugement déclare qu'il n'y a pas lieu de tenir compte), ayant un peu moins de 4 ans de services (C.P. Charleroi, 5 février 1952, J.L.O. 1953, 67);

18 mois pour le directeur-gérant d'une société exploitant des carrières, âge de 50 ans, engagé depuis 18 ans et touchant une rémunération annuelle totale de 298 000 francs (Comm. Liège, 3 novembre 1948, Jur. Liège, 1948-1949, 118);

18 mois pour un voyageur de commerce d'une meunerie gagnant environ 80 000 francs par an, ayant plus de 30 ans de services (C.P. App. Bruxelles, 25 juin 1951, J.L.O. 1952, 212);

18 mois pour un directeur technique âgé de 60 ans et ayant 15 ans de services (App. Bruxelles, 18 juin 1952, J.T. 1953, 26).

86. En cas d'incapacité de travail de l'employé par suite de maladie ou d'accident, si l'incapacité de travail a une durée de plus de nonante jours, l'employeur peut, à tout moment, mettre fin au contrat en payant à l'employé l'indemnité pour défaut de préavis. Toutefois, il peut déduire de cette indemnité les appointements payés depuis de début de l'incapacité (art. 11).

§ 7. CONGÉ ABUSIF

87. Nous ne pouvons que renvoyer à l'exposé que nous avons fait en matière de contrat de travail (voir n° 33).

Section III

RUPTURE PENDANT LA PÉRIODE D'ESSAI

88. Les parties à un contrat d'emploi peuvent convenir qu'il est conclu à l'essai. La clause d'essai permet aux deux parties de rompre le contrat sans respecter le préavis normal et sans indemnité pendant la durée de l'essai sous les restrictions que nous allons énumérer. Elle peut être introduite tant dans les contrats pour une entreprise ou une durée déterminée que dans les conventions conclues sans indication de durée.

89. La clause d'essai n'existe que pour autant qu'au moment de l'engagement elle ait été constatée par écrit (art. 3, al. 1).

A défaut d'écrit, le contrat n'est pas nul, mais il ne peut être considéré comme conclu à l'essai. Il y a engagement soumis aux règles fixées par la loi pour les contrats définitifs à durée indéterminée (Cass., 5 décembre 1935. Pas. 1936, I, 77). Ainsi, l'écrit intervenu au moment de l'engagement constitue une condition d'existence de la clause d'essai et non seulement un mode de preuve. (C.P. App. Liège, 23 novembre 1938, Jur. Lg. 1939, 127; C.P. App. Bruxelles, 29 juin 1948, J.T. 1948, 463; C.P. App. Liège, 19 février 1953, Jur. Lg. 1952-1953, 222).

Il n'est pas nécessaire que toute la convention soit constatée par écrit, il suffit que la clause d'essai le soit.

90. La durée de l'essai convenu ne peut être inférieure à un mois (art. 3, al. 2). Disposition impérative. La période d'essai fixée à moins d'un mois doit être d'office étendue à ce terme qui est le minimum auquel les parties ne peuvent déroger (C.P. App. Liège, 6 novembre 1940, J.L.O. 1942, 10).

Lorsque la convention indique qu'il y a engagement à l'essai mais n'en précise pas la durée, la durée de l'essai est fixée par l'usage. A défaut, elle est d'un mois. La clause d'essai est dérogatoire au principe de la stabilité de l'emploi qui est la préoccupation dominante du législateur. Elle doit, dès lors, être interprétée restrictivement.

La durée de l'essai ne peut dépasser trois mois (art. 3, al. 2). Si aucune des deux parties n'a mis fin au contrat avant l'expiration de la période d'essai, l'engagement devient de plein droit définitif.

91. Le nouveau troisième alinéa inséré dans l'article 3 par la loi de 1954 énonce: "Dans ces limites, chacune des parties peut y mettre fin à tout moment moyennant un préavis de sept jours."

Entre l'expiration du premier mois de la période d'essai et la date terminale de la période d'essai, chacune des deux parties peut à tout moment mettre fin au contrat moyennant le préavis de sept jours.

92. Si une des parties mettait fin sans motif grave au contrat avant l'expiration du premier mois ou avant l'expiration du préavis de sept jours, elle devrait à l'autre une indemnité égale aux rémunérations restant à courir.

93. On ne peut conclure successivement plusieurs contrats identiques portant sur les mêmes fonctions, avec clause d'essai de telle façon que le total de ces essais dépasse trois mois. La durée totale des essais successifs doit être réduite à trois mois. (C.P. App. Anvers, 3 mars 1941, J.L.O. 1942, 4; C.P. App. Bruxelles, 29 novembre 1929, J.L.O. 1930, 199). Dès que les trois mois sont

expirés, il y a engagement définitif à durée indéterminée malgré les termes de la seconde clause d'essai. Après trois mois, les parties sont liées par un contrat à durée indéterminée dont la condition suspensive d'essai est censée non écrite.

Un patron qui est déjà lié envers un employé par un contrat d'emploi définitif ne peut conclure avec lui et pour les mêmes fonctions un nouveau contrat avec clause d'essai. Pareil procédé permettrait, en effet, de tourner l'obligation du préavis imposé par une disposition légale impérative.

94. Les dispositions des articles 3 et 4 qui traitent de l'engagement à l'essai ne sont pas applicables aux employés dont la rémunération annuelle dépasse 180 000 francs. En ce qui concerne les employés dont la rémunération annuelle dépasse cette somme, la clause d'essai est valable sans qu'aucune forme solennelle soit requise et la liberté des conventions est à ce sujet la plus entière.

Section IV

RUPTURE POUR MOTIFS GRAVES

95. En cas de manquement grave de l'une des parties, l'autre peut rompre le contrat d'emploi sans préavis ou avant le terme convenu (art. 18, 20 et 21).

Peuvent seuls être invoqués pour justifier le congé, les motifs notifiés avec précision par lettre recommandée expédiée dans les trois jours du congé (art. 18, al. 2).

Il en est ainsi, que le congé brusque soit donné par l'employé ou par le patron (C.P. App. Anvers, 1^{er} décembre 1930, J.L.O. 1937, 102; Comm. Bruxelles, 22 février 1938, Jur. comm. Brux. 1938, 417).

La notification doit indiquer des faits précis et non seulement des catégories de griefs (C.P. App. Mons, 15 janvier 1944, J.L.O. 1946, 29). Il faut à tout le moins la précision nécessaire pour permettre à la partie adverse et au juge d'identifier les faits (C.P. App. Bruxelles, 10 novembre 1950, J.T. 1951, 106).

96. Le jour au cours duquel le congé est donné ne compte pas dans le délai de trois jours.

Précisons bien que la notification prescrite à l'article 18 est non la notification du congé mais bien celle des motifs qui justifient le congé. Le congé lui-même peut avoir été donné simplement de vive voix.

Il n'est pas exigé que le congé soit donné dans les trois jours de la connaissance du motif invoqué (Cass., 9 novembre 1939, Pas. 1939, I, 460; voir aussi: Cass., 10 mai 1951, Pas. 1951, I, 618).

97. La loi prescrit la notification des motifs de congé par lettre recommandée.

La notification par lettre recommandée peut être remplacée par un autre mode d'où il résulte à la fois la preuve de son émission et celle de sa réception.

Ainsi, un exploit d'huissier, un procès-verbal signé par les deux parties (C.P. App. Bruxelles, 28 décembre 1940, J.L.O. 1944-1945, 166).

Par contre, est extrêmement controversé le point de savoir si pourrait suffire une lettre simple que le destinataire reconnaîtrait avoir reçue. Il semble bien que le législateur ait prescrit la lettre recommandée notamment en vue d'assurer une solennité particulière à cette notification. Partant de là, une lettre simple ne serait jamais satisfaisante.

98. Nous avons bien insisté sur ce que si la dissolution d'un contrat de louage de services par manifestation de la volonté unilatérale d'une des deux parties peut résulter d'une simple manifestation tacite de l'intention de mettre fin au contrat, et sur ce que si cette manifestation d'intention peut être déduite du comportement matériel d'une des parties, il est cependant indispensable que, sans équivoque, ces faits soient révélateurs d'une intention (Voir ci-dessus nos 7 et 8).

Nous devons cependant signaler qu'en matière de contrat d'emploi, des jugements ont parfois décidé qu'à lui seul le comportement matériel de l'employé – ainsi son absence prolongée – prouvait sa volonté de mettre fin au contrat et entraînait la dissolution du contrat. Dans bien des cas, pareille présomption était toute gratuite et l'admettre n'avait d'autre but que d'exonérer de toutes indemnités un employeur qui avait omis de notifier par écrit le motif grave pour lequel il mettait fin au contrat en refusant de reprendre l'employé au moment où il se présentait à nouveau au lieu du travail. C'était, en réalité, tourner la loi.

99. Il appartient au conseil de prud'hommes d'apprécier la gravité des motifs invoqués par la partie qui donne le congé (art. 18). Si c'est le patron qui donne le congé, les motifs invoqués devront être appréciés par le conseil de prud'hommes même si le contrat a expressément indiqué qu'ils justifieraient le renvoi sans préavis; en effet, l'obligation du préavis est d'ordre public. (C.P. App. Liège, 9 juillet 1947, J.L.O. 1948, 44; C.P. App. Bruxelles, 19 janvier 1949, J.T. 1949, 139; C.P. App. Bruxelles, 19 novembre 1949, J.T. 1950, 212; *contra*: C.P. App. Gand, 19 mai 1952, J.T. 1952, 511, J.L.O. 1953, 17, et C.P. App. Gand, 16 mars 1953, J.T. 1953, 418).

Section V

RUPTURE DE LA PART DE L'EMPLOYÉE LOGEANT CHEZ LE PATRON QUAND L'ÉPOUSE OU LA COMPAGNE DE CELUI-CI VIENT À DISPARAÎTRE

100. La femme engagée comme employée et recevant le logement chez le chef d'entreprise a le droit de résilier le contrat si l'épouse du chef d'entreprise ou

toute autre femme qui dirigeait la maison à l'époque de la conclusion du contrat vient à mourir ou à se retirer (art. 25).

Partie IV

LES AUTRES CONTRATS DE LOUAGE DE SERVICES

§ 1. PAS DE LÉGISLATION APPROPRIÉE

101. Aucune loi ne concerne les contrats de louage de services autres que le contrat de travail, le contrat d'engagement fluvial et le contrat d'emploi.

Ainsi, les travailleurs à domicile et les domestiques ne sont protégés par aucune disposition spéciale au point de vue qui nous occupe.

§ 2. TRAVAILLEURS À DOMICILE

102. La loi du 15 juin 1896 sur le règlement d'atelier est applicable au profit des travailleurs à domicile. En effet, aux termes du dernier alinéa de l'article 2, "si les ouvriers ne séjournent dans les locaux de l'entreprise que pour y prendre des matières premières ou y remettre le produit de leur travail, l'indication du commencement et de la fin de la journée de travail régulière est remplacée par celle des jours et heures où les locaux leur sont accessibles".

Si un préavis de congé est exigé, le délai de congé ainsi que les cas où le contrat peut être rompu sans préavis par l'une ou l'autre des parties doivent être mentionnés dans le règlement d'atelier (art. 3).

Le principe est donc que les parties peuvent à tout moment mettre fin au contrat sans aucun préavis à moins qu'une obligation de préavis ne résulterait d'une disposition du règlement d'atelier ou, éventuellement, d'un usage professionnel.

§ 3. DOMESTIQUES

103. Le louage de services d'un domestique engagé pour une durée indéterminée peut prendre fin par un congé que l'une des deux parties donne à l'autre.

Le congé doit être notifié en observant le délai de préavis fixé par l'usage des lieux. L'usage le plus généralement constaté est le préavis d'une semaine à partir de la notification.

§ 4. APPRENTIS

103*bis*. Aucune loi n'a été élaborée au sujet du contrat d'apprentissage.

Théoriquement, les articles 9 et 10 de la loi des 22 germinal – 2 floréal an XI, qui concernent le contrat d'apprentissage sont toujours en vigueur. Mais ces

deux dispositions qui ne répondent pas aux mœurs actuelles ne sont jamais invoquées devant les tribunaux.

Lorsqu'il s'agit d'un apprenti rémunéré, il arrive que, par une analogie dont le fondement est contestable, les conseils de prud'hommes appliquent les dispositions de la loi sur le contrat de travail.

CHAPITRE III

LA DISSOLUTION DU CONTRAT PAR ARRIVÉE DU TERME

INTRODUCTION

104. Les engagements conclus pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée prennent fin à l'arrivée du terme convenu.

Par engagement pour une durée déterminée, nous entendons aussi bien les engagements conclus jusqu'à une date déterminée que les contrats conclus pour un laps de temps déterminé.

105. La fixation d'une durée dans l'engagement sans autre indication signifie qu'il y a engagement jusqu'à un terme fixe et que les deux parties sont tenues jusqu'au terme convenu. Aucune des deux parties ne peut – hors le cas de motif grave – rompre le contrat avant terme. La rupture avant terme donne lieu à des dommages et intérêts.

Mais les parties peuvent expressément convenir d'un engagement pour une durée maximum; en pareil cas, le contrat prend normalement fin à l'arrivée du terme, mais chacune des deux parties peut y mettre fin avant terme en notifiant à l'autre un congé avec préavis, comme dans le cas d'un contrat pour une durée indéfinie. Pareil contrat pour une durée maximum est soumis simultanément aux dispositions qui ont trait aux contrats à durée déterminée et à celles qui concernent les contrats à durée indéterminée. En tous cas, la fixation d'une durée maximum est soumise aux règles édictées pour les contrats conclus pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée.

Les contrats à durée maximum sont très rares dans l'industrie privée. Par contre, ils sont assez fréquents dans les administrations publiques. C'est la règle pour les employés et ouvriers temporaires de l'État (Arrêté du Régent du 30 avril 1947 fixant le statut des agents temporaires, art. 6 et 7; Arrêté du Régent du 10 avril 1948 portant le statut du personnel ouvrier temporaire, art. 5 et 6).

106. A première vue, il semblerait que l'engagement pour une durée déterminée et fixe soit la formule qui assure le mieux la stabilité de l'emploi: les deux parties sont tenues par le terme. En fait, il n'en est rien: si les engagements à long terme sont peu nombreux, les engagements à très court terme sont assez

fréquents – engagements pour un jour, pour quelques semaines, pour quelques mois, en tout cas pour un temps inférieur à la durée du préavis qui serait dû si l'engagement était à durée indéterminée.

Des engagements ainsi limités permettent à l'employeur de mettre fin au contrat après peu de temps, sans même devoir rappeler au salarié quelques jours avant l'échéance que le contrat va prendre fin. Ils permettent aussi à l'employeur de laisser jusqu'au dernier jour le salarié dans l'incertitude sur le point de savoir si le contrat prendra effectivement fin ou sera renouvelé.

Aussi, en vue d'assurer au salarié une certaine stabilité de son emploi par le bénéfice d'un délai de préavis, le législateur a décidé que le principe était l'engagement pour une durée indéfinie, la limitation dans le temps des effets d'un engagement étant soumise à une formalité qui attire l'attention du salarié sur la précarité de son emploi: La clause qui limite dans le temps les effets d'un contrat de travail ou d'un contrat d'emploi doit, à peine d'inexistence, être au moment de l'embauchage, constatée par écrit.

Partie I

LE CONTRAT DE TRAVAIL

Section I

CONSTATATION ET EFFETS DU TERME

§ 1. CONSTATATION DU TERME PAR ÉCRIT

107. Lorsqu'un contrat de travail n'est pas conclu pour une durée indéterminée, la clause qui en limite les effets dans le temps doit, à peine d'inexistence, être, au moment de l'engagement, constatée par écrit. Si le contrat de travail a été conclu à l'essai, pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée, il doit être constaté par écrit pour chaque cas individuel (art. 5bis, al. 1).

Des mots "pour chaque cas individuel" résulte que la limitation de l'engagement ne peut être établie ni par le règlement d'atelier, ni par tout autre document collectif.

108. A défaut d'écrit constatant, au moment de l'engagement, la clause qui limite les effets du contrat à une période d'essai, à une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée, le contrat est soumis aux dispositions légales relatives aux engagements conclus pour une durée indéterminée (art. 5bis, al. 3). Ainsi, chacune des parties devra, pour mettre fin au contrat, respecter les règles concernant les délais de préavis.

Précisons bien que l'écrit est une condition d'existence et non un mode de preuve de la clause qui limite les effets du contrat.

109. La constatation par écrit d'un contrat conclu pour une durée ou pour une entreprise déterminée n'est toutefois pas requise dans les branches d'industrie et pour les catégories d'ouvriers où ce mode d'engagement est admis par la commission paritaire ou correspond à l'usage (art. 5bis, al. 4).

Jusqu'à présent, les commissions paritaires n'ont pris de décision sur ce point.

§ 2. EFFETS DE L'ARRIVÉE DU TERME

110. Lorsqu'ainsi un contrat de travail a été valablement limité à une durée ou à une entreprise déterminée, l'arrivée du terme convenu met de plein droit fin au contrat, sans qu'il soit nécessaire d'en rappeler l'échéance par un préavis quelconque.

Ni l'incapacité de travail de l'ouvrier ni ses obligations militaires n'empêchent le terme de produire ses effets.

§ 3. TACITE RECONDUCTION

111. Si après l'expiration du terme les parties continuent l'exécution des obligations qui résultaient du contrat, elles sont censées, dans ce cas, vouloir renouveler l'engagement pour une durée indéfinie (art. 18).

Section II

RUPTURE ANTICIPÉE DU CONTRAT À TERME

§ 1. RUPTURE ANTICIPÉE POUR MOTIF GRAVE

112. Lorsqu'une des deux parties se rend coupable de fautes graves à l'égard de l'autre, l'autre partie peut rompre le contrat avant terme s'il est convenu pour une durée ou pour une entreprise déterminée, comme elle peut le rompre sans préavis s'il est conclu pour une durée indéfinie. En ce qui concerne le principe du droit de rompre par congé immédiat aussi bien qu'en ce qui concerne la gravité des motifs, nous ne pouvons que renvoyer au chapitre précédent.

§ 2. RUPTURE ANTICIPÉE SANS MOTIF GRAVE

SANCTION DU TERME

113. Si le congé avant terme n'est pas justifié par un motif grave, la partie qui reçoit le congé irrégulier peut, à son choix, aux termes de l'article 1184 du code civil, demander à justice ou l'exécution forcée ou la résolution du contrat aux torts de l'autre partie avec dommages et intérêts. La partie qui a donné le congé irrégulier et qui a ainsi mis entièrement fin à l'exécution du contrat ne peut

valablement offrir la continuation de la convention au cocontractant qui a opté pour la demande en résolution.

114. En cas de rupture avant terme et non justifiée, des dommages et intérêts sont dus par la partie rompante.

Les parties peuvent fixer à l'avance l'indemnité à payer pour le cas de rupture avant terme, mais à charge de respecter la réciprocité: la stipulation et le montant de l'indemnité seront réciproques nonobstant toute convention contraire (art. 24).

Si les parties n'ont pas fixé l'indemnité qu'elles se doivent en cas de rupture avant terme, les tribunaux peuvent condamner celui qui a rompu le contrat à des dommages et intérêts égaux au dommage positif et au manque à gagner. Ainsi, l'ouvrier congédié avant terme peut se voir allouer tous les salaires restant à échoir; il en est ainsi lorsqu'il établit qu'il ne peut trouver un nouvel emploi avant la fin du terme.

Partie II

LE CONTRAT D'ENGAGEMENT POUR LA NAVIGATION INTÉRIEURE

Section I

CONSTATATION ET EFFETS DU TERME

§ 1. CONSTATATION DU TERME PAR ÉCRIT

115. La loi présume qu'un batelier est engagé pour une durée indéterminée. Si l'engagement est limité à une durée déterminée ou à un voyage déterminé, la convention doit l'exprimer.

L'employeur ne peut administrer la preuve de l'existence et des conditions du contrat d'engagement que par un écrit, le travailleur est admis à en faire la preuve par toutes voies de droit, présomptions et témoins compris (art. 5 modifié par la loi du 27 juillet 1955).

Pour qu'un employeur puisse prouver, contre les dénégations du batelier, que le contrat était limité à une durée déterminée ou à un voyage déterminé, il doit produire un écrit. Précisons que l'employeur ne peut prouver que par un écrit, il ne peut le faire par témoins ni par présomptions, mais l'écrit n'est pas une condition d'existence de la clause qui limite les effets du contrat. Si l'employé reconnaissait n'avoir été engagé que pour une durée déterminée ou pour un voyage déterminé, il y aurait lieu de tenir compte de cet aveu.

116. Le contrat d'engagement doit indiquer si l'engagement est conclu pour un ou plusieurs voyages, pour une durée déterminée ou pour une durée indéterminée (art. 6, al. 1).

Le contrat d'engagement conclu pour un ou plusieurs voyages doit stipuler le lieu et la date du commencement du voyage ou du premier voyage, le lieu où le voyage ou le dernier voyage prendra fin, ainsi que la durée présumée de l'engagement (art. 7).

Le contrat d'engagement conclu pour une durée déterminée doit stipuler d'une manière expresse la date à laquelle l'engagement commence et celle à laquelle il finit. Lorsque le contrat ne fixe pas la date à laquelle il prend fin, il est réputé conclu pour une durée indéterminée (art. 8).

§ 2. EFFETS DE L'ARRIVÉE DU TERME

117. Le contrat d'engagement prend fin par l'échéance du terme (art. 28, 7°). Cependant, si le contrat expire au cours du voyage, les obligations réciproques sont réputées prorogées jusqu'à l'arrivée du bateau au port de destination ou jusqu'à son retour à son port d'attache. Cette disposition n'est pas applicable lorsque l'engagé a contracté un nouvel engagement devant prendre cours avant l'arrivée du bateau au port de destination ou son retour au port d'attache, à la condition que l'engagé en ait donné avis par écrit à l'armateur au moins un mois avant la date fixée pour le commencement du nouvel engagement (art. 11).

Section II

RUPTURE ANTICIPÉE DU CONTRAT À TERME

§ 1. RUPTURE ANTICIPÉE POUR MOTIF GRAVE

118. Chacune des parties a le droit de mettre fin au contrat avant l'expiration du terme en cas de faute grave de l'autre partie ou de manquement grave à ses obligations (art. 30).

§ 2. RUPTURE ANTICIPÉE SANS MOTIF GRAVE SANCTION DU TERME

119. Si le congé avant terme n'est pas justifié par un motif grave, la partie qui reçoit le congé irrégulier peut, à son choix, aux termes de l'article 1184 du Code civil, demander en justice ou l'exécution forcée ou la résolution du contrat aux torts de l'autre partie avec dommages et intérêts. La partie qui a donné le congé irrégulier et qui a ainsi mis entièrement fin à l'exécution du contrat, ne peut valablement offrir la continuation de la convention au cocontractant qui a opté pour la demande en résolution.

Les dommages et intérêts devront couvrir tout le préjudice causé par le congé anticipé.

120. L'engagé a droit aux frais de retour au lieu de l'engagement lorsque le contrat est résilié sans motif grave par l'armateur et lorsque le contrat est résilié par l'engagé par suite de manquements graves de l'armateur (art. 33).

Les frais de retour sont dus, en outre, lorsque le terme du contrat échoit en un autre lieu que celui de l'engagement ou que le lieu convenu pour le débarquement (art. 33, 4°).

Les frais de retour comprennent les frais de transport de l'engagé, de sa femme, de ses enfants et du mobilier embarqué depuis le lieu de débarquement jusqu'au lieu de l'engagement (art. 34).

Les frais de retour ne sont pas dus si l'engagé ne retourne pas au lieu de l'engagement ou s'il s'est procuré un autre engagement au lieu de débarquement (art. 35).

Les frais de retour sont dus malgré toute convention contraire.

Partie III

LE CONTRAT D'EMPLOI

Section I

CONSTATATION ET EFFETS DU TERME

§ 1. CONSTATATION DU TERME PAR ÉCRIT

121. La clause qui limite dans le temps les effets d'un contrat d'emploi doit, à peine d'inexistence, être, au moment de l'engagement, constatée par écrit.

L'engagement conclu pour une entreprise déterminée ou pour une durée déterminée doit être constaté par écrit (art. 2).

Doit également être constatée par écrit la clause qui restreint un engagement au remplacement d'un employé appelé sous les drapeaux ou atteint d'incapacité de travail pendant la durée de son empêchement. Le motif et les conditions d'un engagement ainsi limité doivent être constatés par écrit (art. 13).

Cet écrit doit être dressé au moment de l'engagement (C.P. App. Anvers, 21 juin 1948, R.W. 1948-1949, 509). L'employé remplacé doit être désigné nominalement (C.P. Gand, 25 mars 1941, J.L.O. 1941, 178).

Selon une pratique et une jurisprudence constantes, l'écrit exigé ici est tout document écrit même s'il ne constitue pas à lui seul un écrit faisant preuve complète aux termes de l'article 1325 du code civil (C.P. App. Liège, 29 janvier 1953, J. Lg. 1952-1953, 179; C.P. App. Liège, 19 février 1953, J. Lg. 1952-1953, 222).

Les dispositions légales prescrivant que le terme doit être constaté par écrit ne sont pas applicables aux contrats d'emploi dont la rémunération annuelle dépasse 180 000 francs (art. 35).

122. A défaut d'écrit constatant que l'engagement a été conclu pour une entreprise déterminée ou pour une durée déterminée, il est soumis aux conditions fixées pour les engagements conclus pour une durée indéterminée (art. 4). Il en est de même d'un contrat limité à un remplacement (art. 13).

§ 2. EFFETS DE L'ARRIVÉE DU TERME

123. L'arrivée du terme convenu libère de plein droit les deux parties. Aucune des deux ne doit, à l'approche du terme convenu, signifier à l'autre un préavis quelconque.

§ 3. CONTRATS DE TRÈS COURTE DURÉE

124. Voir n° 70 ci-dessus.

§ 4. TACITE RECONDUCTION

125. Si les parties à un contrat à durée déterminée continuent leurs prestations après l'arrivée du terme, il y a tacite reconduction, mais le nouveau contrat est à durée indéterminée (C.P. App. Gand, 29 novembre 1952, J.L.O. 1953, 54; C.P. App. Gand, 15 décembre 1952, J.L.O. 1953, 90).

Section II

RUPTURE ANTICIPÉE DU CONTRAT À TERME

§ 1. RUPTURE ANTICIPÉE POUR MOTIF GRAVE

126. Lorsqu'une des deux parties se rend coupable de fautes graves à l'égard de son cocontractant, l'autre partie peut rompre avant terme le contrat s'il est convenu pour une entreprise déterminée comme elle peut rompre sans préavis le contrat conclu pour une durée indéfinie. En ce qui concerne le principe du droit de rompre par congé immédiat aussi bien qu'en ce qui concerne la notification des motifs, leur gravité et leur appréciation par le juge, nous ne pouvons que renvoyer au chapitre précédent.

§ 2. RUPTURE ANTICIPÉE SANS MOTIF GRAVE

127. Si la dénonciation avant terme n'est pas fondée sur de justes motifs, la partie lésée a droit à une indemnité égale au montant des appointements et avantages qui restaient à échoir jusqu'au terme convenu, sans pouvoir excéder le double des appointements et avantages correspondant à la durée du préavis qui aurait dû être respecté si le contrat avait été fait sans terme (art. 21).

Les dispositions de l'article 21 s'appliquent au cas d'un engagement pour le remplacement d'un employé malade ou appelé sous les drapeaux car ce n'est là qu'une variété du contrat d'emploi à terme (C.P. App. Liège, 10 juin 1942, J.L.O. 1942, 164).

Ces dispositions, elles aussi, sont partiellement d'ordre public en ce sens que l'article 22 déclare nulles, en ce qui concerne le congé à donner par le patron, toutes clauses prévoyant, en cas de rupture de l'engagement, des indemnités moindres que celles qui sont déterminées à l'article 21.

§ 3. EFFETS DE L'INCAPACITÉ DE TRAVAIL SUR LE CONTRAT À TERME

128. Lorsque l'engagement est fait pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée, l'incapacité de travail permet à l'employeur de mettre fin au contrat sans indemnité si elle a une durée de plus de huit jours (art. 12).

Un amendement du gouvernement indiquant que l'article 12 n'est pas applicable en cas de suspension du contrat en raison de l'accouchement a été repoussé par la commission du Sénat parce que les contrats visés à l'article 12 ne permettent pas une longue suspension (Rapp. comm. Sén., Doc. parl. Sén. 1953-1954, n° 192, p. 8).

Si le contrat pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée est rompu par l'employeur avant l'expiration des huit premiers jours d'incapacité de travail, le contrat a été rompu avant terme en dehors de l'hypothèse d'un juste motif conforme à la loi; aussi, la sanction est l'indemnité calculée comme il est dit à l'article 21 (voir ci-dessus).

CHAPITRE IV

DES ÉVÉNEMENTS QUI N'ENTRAINENT QUE LA SUSPENSION DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT ET NON SA DISSOLUTION

INTRODUCTION

129. Lorsqu'une des deux parties au contrat de travail ou au contrat d'emploi est, par suite d'un événement complètement étranger à sa volonté, dans l'impossibilité absolue d'accomplir ses obligations, elle est libérée par cette force majeure et l'autre partie est libérée de ses obligations corrélatives.

Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'employeur est empêché par la destruction totale de son établissement ou lorsque le salarié est empêché par une incapacité physique de travail due à un accident ou à une maladie.

130. Lorsque l'empêchement est simplement momentané, il n'a d'autre conséquence que de suspendre l'exécution des obligations des parties: pendant sa durée, le salarié ne doit pas travailler et le patron ne doit pas le salaire, mais ces obligations reprennent force et vigueur dès la fin de l'obstacle. Lorsqu'au contraire, l'empêchement est prolongé ou définitif, il entraîne par lui-même la dissolution du contrat sans indemnité.

La pratique et la jurisprudence admettaient la dissolution du contrat dès que l'obstacle se prolongeait pendant une ou quelques semaines.

Précisons bien que l'événement de force majeure à effets momentanés ne suspend ni l'existence ni la durée du contrat mais seulement l'exécution des obligations qui résultent du contrat. Il ne suspend pas non plus le délai de préavis qui serait en cours au moment où il survient, ni le droit pour l'une ou l'autre des parties de signifier un préavis de congé.

Tel est le droit commun.

131. Les principes du droit commun quant aux effets de la force majeure sont rigides. Leurs effets brutaux exposent les salariés à de grands risques. Ils sont susceptibles de les placer brusquement dans le plus grand dénuement.

Afin d'empêcher que des événements de force majeure n'exposent rapidement les ouvriers ou les employés à la perte brutale de leur gain ou de leur emploi, le législateur a édicté certaines règles atténuant les conséquences que nous avons décrites. Ainsi, pour le cas de certains événements, il a prescrit qu'ils ne rompaient pas le contrat et que l'employeur ne pouvait prendre l'initiative de la rupture qu'après un certain temps. Il a décidé aussi, nous l'avons déjà vu, que les délais de préavis étaient suspendus pendant la durée de certains empêchements et même qu'il y avait interdiction de notifier un préavis.

Enfin, pour certaines hypothèses, il a prescrit le maintien de la rémunération malgré le défaut de travail tandis que, dans d'autres, ce sont les institutions d'assurances sociales qui paient des allocations aux salariés.

Partie I

LE CONTRAT DE TRAVAIL

Section I

EMPÊCHEMENTS DE L'OUVRIER

§ 1. INCAPACITÉ DE TRAVAIL

132. L'incapacité de travail de l'ouvrier due à un accident ou à une maladie, si longue qu'en soit la durée, n'entraîne jamais par elle-même la dissolution du contrat.

Lorsque l'incapacité de travail de l'ouvrier a une durée de plus de six mois et alors seulement, l'employeur a la faculté de mettre fin au contrat, mais il ne peut rompre le contrat que moyennant paiement à l'ouvrier d'une indemnité égale au salaire correspondant soit au délai de préavis, soit à la partie de ce délai qui restait à courir au moment de la naissance de l'incapacité de travail (art. 28bis, litt. a).

Au cours des six premiers mois d'incapacité de travail, il n'est pas loisible à l'employeur de mettre fin au contrat. Il semble bien qu'il en soit ainsi nonobstant toute convention contraire: après que l'article 28 a établi le principe que la maladie n'entraîne que la suspension du contrat et non sa rupture, l'article 28bis, litt. a, n'attribue à l'employeur la faculté de mettre fin au contrat que lorsque la durée de l'incapacité de travail dépasse six mois.

133. Notons la précision suivante donnée dans le rapport de la Commission du Sénat: "la Commission insiste sur le fait que les périodes de deux fois six semaines accordées en cas d'accouchement n'entrent pas en ligne de compte pour le calcul de l'incapacité de travail de six mois qui confère à l'employeur le droit de mettre fin au contrat." (Doc. parl. Sén., 1953-1954, n° 170, p. 28.)

134. Si l'employeur rompait le contrat au cours du délai de six mois, l'ouvrier pourrait demander sa réintégration et l'exécution forcée du contrat s'il venait à guérir avant l'expiration des six mois. Si l'employeur ne le reprenait pas, l'ouvrier aurait droit à des dommages et intérêts en outre de l'indemnité correspondant au délai de préavis.

135. L'article 28bis ne distingue nullement entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée. Il s'applique donc aux contrats à durée déterminée comme aux autres contrats. Remarquons toutefois qu'aucune disposition légale ne décide que l'incapacité de travail suspend la durée du contrat ou recule le terme convenu.

136. Le délai de préavis signifié par l'employeur antérieurement à la suspension de l'exécution du contrat cesse de courir durant cette suspension (art. 28bis, litt. c).

Lorsqu'au cours de la suspension de l'exécution du contrat, l'employeur donne préavis de congé à l'ouvrier, le délai de préavis ne court qu'à partir de la reprise de l'exécution du contrat. Par contre, au cours de la suspension, l'ouvrier a le droit de donner préavis de congé; son préavis court sans aucun retard (art. 28bis, litt. c).

137. En aucune manière, la loi n'impose à l'employeur l'obligation de continuer à payer le salaire pendant la durée de l'incapacité de travail.

L'ouvrier en règle d'assurance a droit aux allocations et aux soins prévus par la législation sur l'assurance obligatoire à l'égard de la maladie et de l'invalidité.

§ 2. GROSSESSE ET ACCOUCHEMENT

138. L'exécution du contrat est suspendue pendant les six semaines qui suivent l'accouchement.

Elle doit être suspendue à la demande de l'ouvrière pendant les six dernières semaines de la grossesse. A cette fin, l'ouvrière remettra à son employeur un certificat médical attestant que l'accouchement doit avoir lieu normalement à la fin de cette période.

En cas d'incapacité de travail résultant de la grossesse ou de l'accouchement en dehors de ces deux périodes de six semaines, les dispositions concernant le cas de maladie sont applicables (art. 28bis, litt. b).

139. L'employeur ne peut mettre fin au contrat ni pendant ces périodes, ni en raison de ces événements.

Quant aux délais de préavis signifiés avant ou pendant ces périodes, les dispositions que nous avons exposées pour le cas de maladie leur sont applicables (art. 28bis, litt. c).

140. En aucune manière, la loi n'impose à l'employeur l'obligation de continuer à payer le salaire pendant ces périodes de repos.

L'ouvrière en règle d'assurance a droit aux allocations et aux soins prévus par la législation sur l'assurance obligatoire à l'égard de la maladie et de l'invalidité.

§ 3. OBLIGATIONS MILITAIRES

141. L'appel ou le rappel de l'ouvrier sous les armes ne font que suspendre l'exécution du contrat (art. 28quinquies, al. 1). Cette disposition ne s'applique pas au maintien ou au rappel sous les armes pour cause disciplinaire (art. 28quinquies, al. 5).

Ainsi, l'appel sous les drapeaux, en quelque circonstance que ce soit et quelle qu'en soit la longueur, ne fait jamais que suspendre l'exécution du contrat sans entraîner sa dissolution.

D'autre part, le patron ne peut rompre le contrat en raison des obligations militaires de l'ouvrier ou même pendant les périodes qui l'entourent immédiatement (art. 28quinquies, al. 2 à 4 – voir nos 23 et suivants ci-dessus).

141bis. Le droit à certaines prestations de sécurité sociale continue pendant la durée des obligations militaires de l'ouvrier.

Les allocations familiales sont dues pour les jours pendant lesquels le travailleur répond à un appel normal ou à un rappel normal sous les armes (loi du 4 août 1930, art. 41).

Les enfants bénéficiaires d'allocations familiales et les membres du ménage des salariés qui remplissent leurs obligations militaires dans l'armée belge ont droit aux soins de santé à charge de l'assurance à l'égard de la maladie et de l'invalidité (A.R. 22 septembre 1955, art. 79).

§ 4. OBLIGATIONS FAMILIALES ET CIVIQUES

A. Position du problème

142. L'ouvrier a-t-il le droit de prendre congé à l'occasion d'événements familiaux tels que décès d'un proche parent, accouchement de l'épouse, mariage personnel ou mariage d'un proche parent, ou son absence en raison de ces événements l'expose-t-elle à des sanctions et notamment au licenciement?

Aucune disposition légale ne résout expressément cette question. Notons cependant que suivant une pratique traditionnelle, le devoir moral d'assister à l'enterrement d'un conjoint, d'un ascendant ou d'un descendant est considéré comme équivalant à un événement de force majeure et justifie l'absence. Aux termes de l'article 10, alinéa 4, de la loi du 10 mars 1900, il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts à charge de l'ouvrier en cas d'absence, de non-remplacement ou d'inexécution résultant de force majeure; toute convention contraire est nulle.

143. Depuis fin 1953, il est fait largement droit par décisions de commission paritaire à la revendication ouvrière tendant à l'octroi d'une allocation équivalant au salaire pour les jours d'absence justifiée par un événement familial et aussi par l'accomplissement d'une obligation civique.

De nombreuses décisions de commission paritaire décident explicitement l'octroi d'une allocation équivalant au salaire pour des journées d'absence due à des événements familiaux et implicitement reconnaissent que ces absences sont pleinement justifiées par lesdits événements et ne peuvent être un motif de renvoi de l'ouvrier.

Un nombre appréciable de ces décisions ont été rendues obligatoires par arrêté royal. Nous prendrons comme exemples de décisions rendues obligatoires par arrêté royal, celles qui ont trait à l'industrie de la construction et à l'industrie de la cimenterie, et comme exemples de décisions non suivies d'arrêté royal celles qui concernent les mines, la sidérurgie et la construction métallique.

B. Industries de la construction

144. Une décision adoptée par la commission nationale paritaire de la construction le 6 mai 1954 traite des congés pour motifs familiaux. Elle a été rendue obligatoire par arrêté royal du 23 juin 1954 publié au Moniteur belge du 27 juin 1954.

Elle accorde aux ouvriers un congé d'un jour avec allocation équivalant au salaire en raison des événements suivants: mariage de l'intéressé, accouchement de l'épouse, décès du conjoint, décès d'un enfant, décès du père ou de la mère, décès d'un beau-parent.

145. Cet avantage est subordonné à la condition que l'intéressé ait trois mois de service ininterrompus dans l'entreprise; cette condition est réduite dans certains cas.

146. L'ouvrier doit, sauf impossibilité matérielle, avertir préalablement son employeur dans un délai raisonnable.

L'allocation n'est accordée que dans la mesure où, sans l'événement familial, l'ouvrier aurait travaillé le jour où il prend congé.

C. Industries du ciment

147. Une décision adoptée par la commission nationale paritaire des industries du ciment le 10 septembre 1954 traite des congés pour motifs familiaux. Elle a été rendue obligatoire par arrêté royal du 14 mai 1955 publié au Moniteur belge du 26 juin 1955.

Elle accorde aux ouvriers un congé de la durée indiquée ci-après avec allocation équivalant au salaire en raison des événements suivants:

- 2 jours pour le mariage de l'intéressé,
- 2 jours pour le décès du conjoint,
- 1 jour pour le mariage du père, de la mère, des enfants, du frère ou de la sœur,
- 1 jour pour le décès du père, de la mère, des enfants, du frère, de la sœur, du beau-fils, de la belle-fille ou des beaux-parents de l'intéressé,
- 1 jour pour l'accouchement de l'épouse.

D. Mines

148. L'octroi de congés pour motifs familiaux ou civiques avec allocation équivalant au salaire fait l'objet d'une décision de la Commission nationale mixte des mines adoptée le 8 mai 1951 et modifiée par décision du 29 mai 1953.

Cette décision accorde aux ouvriers un congé de la durée indiquée ci-après avec allocation équivalant au salaire en raison des événements suivants:

- 1. mariage de l'intéressé: 2 jours ouvrables consécutifs;
- 2. mariage d'un descendant direct, d'un frère, d'une sœur, d'un demi-frère, d'une demi-sœur, d'un beau-frère, d'une belle-sœur: 1 jour;
- 3. accouchement de l'épouse de l'intéressé: 2 jours ouvrables consécutifs;
- 4a) décès d'un conjoint, d'un enfant ou des père et mère de l'intéressé: 3 jours consécutifs;
- b) décès des beaux-parents: 2 jours consécutifs;

par beaux-parents, il faut entendre: le père et la mère du conjoint du travailleur et en cas de remariage, le conjoint du père ou de la mère du travailleur (parâtre ou marâtre);

c) décès d'un frère, d'une sœur, d'un demi-frère, d'une demi-sœur, d'un beau-frère, d'une belle-sœur, d'un petit-enfant, d'un grand-parent: 1 jour;

5. comparution devant le conseil de milice: 1 jour;

6. participation personnelle obligatoire à un conseil de famille convoqué officiellement: 1 jour;

7. mission officielle au sein d'un organisme reconnu par la Commission nationale mixte des mines, savoir: Commission nationale mixte des mines et conseils régionaux mixtes des mines: l'intéressé reçoit la fraction perdue du salaire pour le jour où s'est effectuée la mission.

149. L'allocation n'est due que si dans les 30 jours qui précèdent chaque événement, l'intéressé n'a pas eu plus de 2 jours d'absence volontaire injustifiée. Par absences volontaires injustifiées, il faut entendre les absences pour des motifs autres que ceux indiqués ci-dessus ou que ceux considérés comme justifiés pour l'application de la législation relative aux jours fériés payés.

150. L'ouvrier doit sauf force majeure avertir préalablement son employeur dans un délai raisonnable. Il doit apporter la preuve de l'événement motivant l'absence en produisant un document officiel.

L'absence n'est rémunérée que si, sans l'événement, l'ouvrier eût été présent au travail.

L'allocation n'est accordée que si l'ouvrier a effectivement utilisé les journées d'absence aux fins normales justifiant l'absence. Toutefois, l'allocation d'un jour sera payée à l'ouvrier qui se trouve dans l'impossibilité d'assister aux funérailles de son père, de sa mère, de sa femme ou d'un enfant habitant à l'étranger.

E. Industrie sidérurgique

151. L'octroi de congés pour motifs familiaux ou civiques avec allocation équivalant au salaire a fait l'objet d'une décision de la Commission nationale paritaire de l'industrie sidérurgique adoptée en mars 1951 et modifiée par décision d'octobre 1951.

Cette décision accorde aux ouvriers un congé de la durée indiquée ci-après avec allocation équivalant au salaire en raison des événements suivants:

1. 2 jours consécutifs pour le mariage de l'intéressé;
2. 1 jour pour le premier mariage d'un descendant direct, d'un frère, d'une sœur habitant sous le même toit que l'intéressé;
3. 2 jours consécutifs pour l'accouchement de l'épouse;

4a) 3 jours consécutifs pour le décès du conjoint, d'un enfant ou des parents de l'intéressé;

b) 3 jours consécutifs pour le décès des beaux-parents habitant sous le même toit que l'intéressé;

c) 1 jour pour le décès d'un frère, d'une sœur, d'un petit-enfant, d'un grand-parent ou d'un beau-parent n'habitant pas sous le même toit que l'intéressé;

5. le jour même en cas d'accident du travail, mais uniquement pour la partie non couverte par l'assurance "accidents du travail";

6. 1 jour pour comparution devant le conseil de milice;

7. 1 jour pour participation personnelle à un conseil de famille convoqué officiellement.

152. Sauf cas de force majeure, l'ouvrier n'a droit à l'allocation qu'à la condition d'avoir averti son employeur dans un délai raisonnable. Il doit apporter la preuve de l'événement motivant l'absence par production d'un document officiel.

L'allocation n'est due pour le jour d'absence que si, sans l'événement qui la justifie, l'ouvrier eût été présent au travail. Elle n'est accordée que si l'intéressé a effectivement utilisé les journées d'absence aux fins normales justifiant le congé.

F. Construction métallique

153. L'octroi de congés pour motifs familiaux ou civiques avec allocation équivalant au salaire a fait l'objet d'une décision de la Commission nationale paritaire de la construction métallique adoptée le 13 avril 1951.

Cette décision accorde aux ouvriers un congé de la durée indiquée ci-après avec allocation équivalant au salaire en raison des événements suivants:

1. 2 jours consécutifs pour le mariage de l'intéressé;

2. 1 jour pour le premier mariage d'un descendant direct, d'un frère ou d'une sœur habitant chez l'intéressé;

3. 2 jours consécutifs pour l'ouvrier lors de l'accouchement de l'épouse;

4a) 3 jours consécutifs pour le décès du conjoint, d'un enfant ou des parents de l'intéressé;

b) 3 jours consécutifs pour le décès des beaux-parents habitant sous le même toit que l'ouvrier;

c) 1 jour pour le décès d'un frère, d'une sœur, d'un petit-enfant, d'un grand-parent, ou d'un beau-parent n'habitant pas chez l'intéressé;

5a) le jour même de l'accident au prorata des heures perdues et dans la mesure où elles ne donnent pas lieu à indemnité à charge de l'assurance;

b) le temps nécessaire, avec maximum d'un jour, pour participer à un conseil de famille, sur convocation officielle de l'intéressé;

c) le jour de la comparution devant un conseil de milice.

154. L'ouvrier n'a droit à l'allocation qu'après trois mois de services dans l'entreprise.

Il faut, d'autre part, qu'il ne se soit pas absenté sans justification au cours des trente jours précédents à moins que cette absence ne lui ait déjà fait perdre l'octroi du salaire payé pour un jour férié légal. Dans le cas où il s'est absenté sans justification et que cette absence ne lui a pas fait perdre le bénéfice d'un jour férié, le nombre des jours d'absence injustifiée doit être déduit du nombre de jours auquel il a droit.

155. Sauf cas d'impossibilité matérielle, l'ouvrier n'a droit à l'allocation qu'à la condition d'avoir prévenu de son absence dans un délai raisonnable. Il doit apporter la preuve de l'événement motivant l'absence.

L'allocation n'est due que pour les heures de travail que le travailleur aurait normalement prestées si l'événement en cause n'était pas survenu. Elle n'est due que si l'intéressé a effectivement utilisé les journées d'absence aux fins normales justifiant le congé.

Section II

EMPÊCHEMENTS DE L'EMPLOYEUR

§ 1. INTEMPÉRIES ET ACCIDENTS TECHNIQUES

156. L'article 28ter de la loi sur le contrat de travail vise des cas de suspension dus à de véritables événements de force majeure qui empêchent le patron de faire travailler l'ouvrier: les intempéries dans la mesure où elles empêchent le travail, les accidents techniques se produisant dans l'entreprise, par exemple: les avaries aux machines, dans la mesure où toutes diligences sont faites pour y remédier.

Pareils événements à effet momentané suspendent l'exécution du contrat. Cependant, l'article 28ter décide que l'obligation patronale de payer le salaire n'est suspendue que pour autant que l'ouvrier ait été averti de n'avoir pas à se présenter.

157. L'article 28ter ne vise que "les accidents techniques se produisant dans l'entreprise". Le rapport de la commission du Sénat précise ce qui suit: "Des accidents techniques survenant à l'extérieur de l'entreprise peuvent également constituer un motif de suspension du contrat. Toutefois, la règle particulière inscrite à l'article 28ter ne leur est pas applicable. Ils peuvent donc entraîner la suspension même si l'ouvrier n'a pas été averti qu'il n'avait pas à se présenter à son travail, pour autant qu'ils empêchent réellement tout travail et que leur influence sur le fonctionnement de l'entreprise ne résulte pas d'une déficience dans l'organisation ou d'un manque de prévoyance de l'entreprise. Bref, en ce

qui concerne les accidents techniques qui se produisent hors de l'entreprise, mais qui entraînent l'arrêt du travail dans l'entreprise même, nous nous bornerons à nous référer aux articles 6, 16, 5°, et 28 traitant des cas de force majeure. Il faudra, dans chaque cas particulier, examiner s'il y a vraiment force majeure et c'est de la réponse à cette question que dépendra l'attitude à prendre à l'égard des conséquences qui en découlent, en se basant notamment sur les articles précités." (Doc. parl. Sén., 1953-1954, n° 170, p. 29.)

§ 2. MANQUE DE TRAVAIL RÉSULTANT DE CAUSES ÉCONOMIQUES

158. L'article 28quater permet au patron de suspendre totalement ou partiellement l'exécution du contrat moyennant un préavis réduit lorsqu'il y a un manque de travail total ou partiel par suite de circonstances économiques qui ne constituent pas nécessairement des cas de force majeure, c'est-à-dire une impossibilité absolue de faire travailler l'ouvrier. L'article 28quater assouplit la rigidité du droit commun.

Sur proposition de la commission paritaire ou du Conseil national du travail, le Roi peut déterminer les conditions dans lesquelles le manque de travail résultant de causes économiques suspend l'exécution du contrat. Il peut notamment régler la manière de passer dans l'entreprise d'un régime de travail à temps plein à un régime de travail à temps réduit et inversement (art. 28quater, al. 1).

Pour l'industrie de la construction: voir A.R. du 22 juin 1954.

Pour l'industrie textile de Verviers: voir A.R. du 9 août 1954.

Pour l'industrie textile: voir A.R. du 10 février 1955.

En l'absence d'un tel règlement, le manque de travail total ou partiel permet, moyennant notification aux ouvriers au moins sept jours à l'avance, la suspension totale de l'exécution du contrat pendant quatre semaines au maximum ou l'instauration d'un régime de travail à temps réduit. Dans l'un et l'autre cas, l'ouvrier est en droit de mettre fin au contrat sans préavis (art. 28quater, al. 2).

Le préavis de sept jours est impérativement imposé par la loi malgré toute convention contraire.

159. A titre exemplatif, voici comment l'article 3 de l'arrêté royal du 22 juin 1954 règle pour l'industrie de la construction la suspension de l'exécution du contrat de travail pour manque de travail résultant de causes économiques:

Le contrat de travail peut, en cas de manque de travail résultant de causes économiques, être suspendu dès le lendemain du jour au cours duquel notification de la suspension a été faite à l'ouvrier.

Cette suspension du contrat de travail ne peut, en aucun cas, dépasser une durée de huit semaines.

Pendant la durée de la suspension de son contrat de travail, l'ouvrier est en droit d'y mettre fin sans préavis.

160. Le travailleur qui, par suite d'accident technique, d'intempéries ou de cause économique est placé en état de chômage partiel ou accidentel, a droit, s'il a accompli son stage d'assurance, aux allocations de l'Office national du placement et du chômage. L'article 77ter, paragraphe 2 de l'arrêté du Régent du 26 mai 1945 modifié par l'arrêté royal du 21 novembre 1955, dispense le travailleur en état de chômage partiel ou accidentel de l'inscription comme demandeur d'emploi. En principe, cette dispense est accordée lorsque les périodes d'interruption de travail n'excèdent pas quatre semaines consécutives. Cependant, l'inscription peut être requise, lorsque le travail est suspendu pendant plus de deux semaines consécutives ou lorsque l'alternance des périodes de travail et de chômage a duré au moins trois mois.

160bis. Notons aussi que pour certaines industries, des décisions de commission paritaire rendues obligatoires par arrêté royal ont créé des *fonds de sécurité d'existence* alimentés par des cotisations patronales obligatoires. Ces fonds sont chargés de distribuer des indemnités de chômage complémentaires. Il en est ainsi pour le chargement et le déchargement des navires et pour l'industrie de la construction.

Dans l'industrie de la construction, le Fonds alloue des indemnités complémentaires uniquement dans le cas de chômage par suite de gel. D'autre part, les employeurs paient directement des indemnités en cas de chômage par suite de pluie.

§ 3. DÉCÈS DE L'EMPLOYEUR

161. Aucune disposition légale ne traite expressément des effets du décès de l'employeur.

En principe, le décès de l'employeur ne met pas fin au contrat de travail. Ses héritiers doivent sans interruption en continuer l'exécution. Il en serait cependant autrement si l'ouvrier avait conclu le contrat de travail *intuitu personae* ou si le décès de l'employeur entraînait l'impossibilité absolue de continuer l'exploitation de l'entreprise et l'exécution du contrat. Dans ces circonstances, il constituerait un cas de force majeure libératoire.

§ 4. CESSION DE L'ENTREPRISE

162. Aucune disposition légale ne traite expressément des effets de la cession de l'entreprise. La cession volontaire de l'entreprise ne libère pas le patron, le patron reste tenu envers l'ouvrier.

Si elle entraîne la cessation définitive de l'exécution du contrat de travail par le cédant, l'ouvrier a droit à une indemnité pour rupture du contrat sans préavis ou avant terme. Aucune obligation n'est imposée au cessionnaire de l'entreprise.

Par contre, en vue du calcul de l'ancienneté de l'ouvrier et, en conséquence de la fixation du délai congé, il semble bien que les règles jurisprudentielles admises depuis longtemps en matière de contrat d'emploi, s'appliqueront aussi en matière de contrat de travail: lorsque l'employeur cède son entreprise et que l'acquéreur reprend les contrats en cours, l'ancienneté est établie en tenant compte de la durée des prestations au service du cédant.

Section III

GRÈVE ET LOCK-OUT

163. Aucune disposition légale ne précise quel est l'effet de la grève ou celui du lock-out sur le contrat de travail.

164. Lorsqu'un ouvrier participe à une grève, y a-t-il rupture du contrat de travail ou y a-t-il simplement suspension de l'exécution des obligations qui résultent du contrat? Cette question est âprement controversée tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Henri Velge (*Éléments du droit industriel belge*, tome I, 1927, n° 194) défend la thèse de la simple suspension. Van Goethem et Geysen (*Droit du Travail* 1950, p. 79) se prononcent pour la rupture. Quant à nous, nous prenons une position intermédiaire. La dissolution d'un contrat à l'initiative unilatérale d'une des deux parties ne résulte jamais d'un simple fait matériel. Elle ne peut être que la conséquence d'une manifestation d'intention, manifestation de volonté qui peut être tacite et même se marquer par de simples faits matériels. Encore faut-il qu'ils soient démonstratifs. Tout est une question d'espèce.

Des ouvriers participent à une grève en vue d'obtenir la réintégration d'un compagnon de travail qui, à leur avis, a été injustement licencié. Ils ne réclament rien pour eux-mêmes et manifestent leur intention de reprendre l'exécution du contrat aux mêmes conditions qu'auparavant. D'où peut-on, en l'espèce, déduire l'intention de rompre le contrat?

Si, avant 1940, la jurisprudence optait presque unanimement pour la théorie de la rupture, au cours des dernières années, les décisions judiciaires sont divisées. Voyez dans le sens de la rupture: C.P. Mons, 30 décembre 1948, J.L.O. 1948, 222; Dans le sens de la suspension: C.P. Bruxelles, 17 novembre 1949, Bull. F.I.B. 2504; C.P. Bruxelles, 27 octobre 1950, J.L.O. 1951, 178; J.T. 1951, 354; C.P. Wavre, 28 avril 1953, J.L.O. 1954, 236.

165. Mais un deuxième problème bien distinct du premier doit être posé: Qu'elle soit ou non démonstrative de l'intention de mettre fin au contrat de travail en cours, la suspension par l'ouvrier de l'exécution de ses obligations contractuelles ne constitue-t-elle pas une faute contractuelle? N'y a-t-il pas là un manquement contractuel qui justifie une action en dommages et intérêts et qui, aussi, donne au patron le droit de donner congé sans préavis? Sur ce point

également la jurisprudence est divisée: Dans le sens de la suspension non fautive, voyez C.P. Bruxelles, 27 octobre 1950, J.L.O. 1951, 178, J.T. 1951, 354; C.P. Wavre 25 avril 1953, J.L.O. 1954, 236; dans le sens de la suspension fautive qui permet au patron de donner congé sans préavis: voyez C.P. Bruxelles, 17 novembre 1949, F.I.B. 1949, 2504.

166. Pratiquement, on se trouve devant la plus grande incertitude au sujet des effets de la grève. Le législateur doit intervenir. Il a déjà été saisi de projets ou de propositions de loi tendant à déterminer les effets de la grève. Indiquons les lignes générales des deux derniers.

167. A. *Projet Troclet*

Monsieur Troclet, ministre du Travail et de la Prévoyance sociale, a déposé à la Chambre des Représentants, le 20 juin 1948, un projet de loi relatif à l'influence de la grève sur le contrat de travail ou sur le contrat d'emploi. Selon ce projet, la suspension de l'exécution du contrat de travail ou du contrat d'emploi par suite de grève a simplement pour conséquence de suspendre ledit contrat et non de le rompre si les conditions suivantes sont remplies:

1. que le conflit collectif ait d'abord été soumis à une procédure de conciliation et que l'échec de cette procédure ait été officiellement constaté;
2. qu'un syndicat reconnu comme représentatif notifie le préavis spécial de grève aux patrons intéressés;
3. que ce préavis spécial de grève soit, pour les ouvriers, d'au moins trois jours et pour les employés, d'au moins quinze jours;
4. que les travailleurs qui ont fait grève se présentent à nouveau au travail dans les quatre jours qui suivent la date fixée pour la reprise du travail par le syndicat qui a notifié le préavis spécial de grève.

168. B. *Projet Major transformé par le Sénat*

Le Sénat saisi d'une proposition Major adoptée par la Chambre des Représentants a transformé cette proposition et voté le 5 mars 1954 – à la veille de la dissolution du Parlement – un projet dont voici les traits essentiels. Ce projet également a pour but de déterminer si la grève ou le lock-out suspend simplement ou rompt le contrat de travail. Il décide qu'il n'y a pas de rupture lorsque les conditions suivantes sont réunies:

1. le conflit doit viser des revendications sociales ou professionnelles;
2. il doit être précédé d'une procédure de conciliation;
3. un préavis spécial de grève ou de lock-out doit être donné après la constatation de la non-conciliation. Le préavis de grève est de 14 jours pour les employés et de 7 jours pour les ouvriers. Le préavis de lock-out est de 14 jours;
4. les salariés doivent s'être présentés pour la reprise du travail au plus tard le 4^e jour suivant la date fixée en vue de la reprise.

169. Remarquons qu'aucun de ces deux projets ne dit explicitement si la grève constitue ou non un acte fautif. On n'y indique pas expressément à quelle condition la grève constitue l'exercice d'un droit, ne peut être imputée à faute et, par conséquent, ne peut donner lieu ni à dommages et intérêts ni à brusque licenciement.

Partie II

LE CONTRAT D'ENGAGEMENT POUR LA NAVIGATION INTÉRIEURE

Section I

EMPÊCHEMENTS DU BATELIER

§ 1. INCAPACITÉ DE TRAVAIL

170. L'article 28, 5°, de la loi du 1^{er} avril 1936 sur le contrat d'engagement pour la navigation intérieure énonce que l'engagement prend fin par le débarquement du batelier pour cause de maladie ou de blessure.

L'engagé a droit aux frais de retour lorsqu'il est débarqué par suite de maladie ou de blessure non attribuable à sa faute (art. 33). Les frais de retour comprennent les frais de transport de l'engagé, de sa femme, de ses enfants et du mobilier embarqué depuis le lieu du débarquement jusqu'au lieu de l'engagement (art. 34). Ils sont dus malgré toute convention contraire.

§ 2. GROSSESSE ET ACCOUCHEMENT

171. Aux termes de l'article 5 des lois sur le travail des femmes et des enfants, coordonnées par arrêté royal du 25 février 1919 modifié par la loi du 17 mars 1948, les femmes ne peuvent être employées au travail pendant les six semaines qui suivent leur accouchement. En outre, elles ont droit, nonobstant toute convention contraire, à un congé pendant les six dernières semaines de leur grossesse. Elles remettent, à cet effet, à leur employeur un certificat médical déclarant que l'accouchement doit normalement se produire à la fin de cette période. Pendant ces périodes, le contrat qui les lie à leur employeur est suspendu.

§ 3. OBLIGATIONS MILITAIRES

172. L'article 28quinquies de la loi sur le contrat de travail (voir ci-dessus n° 141) est applicable aux bateliers. Il ne se heurte en effet à aucune disposition contraire de la loi du 1^{er} avril 1936.

§ 4. OBLIGATIONS FAMILIALES ET CIVIQUES

173. Une décision adoptée par la Commission paritaire de la batellerie le 4 mai 1955 et rendue obligatoire par arrêté royal du 8 août 1955, modifiée par décision

du 24 novembre 1955 rendue obligatoire par arrêté royal du 17 février 1956, dispose que les employeurs devront aux ouvriers et ouvrières de la batellerie une allocation équivalant au salaire pour des journées d'absence dues à des événements familiaux à savoir:

2 jours ouvrables consécutifs lors du mariage de l'intéressé;

1 jour ouvrable lors du mariage des parents, beaux-parents, enfants, petits-enfants, frères et sœurs;

2 jours ouvrables lors de l'accouchement de l'épouse de l'ouvrier;

1 jour ouvrable lors du décès et pour la présence aux funérailles des parents, beaux-parents, grands-parents, frères, sœurs, beaux-frères, belles-sœurs et beaux-enfants;

2 jours ouvrables lors du décès et pour la présence aux funérailles des enfants;

3 jours ouvrables lors du décès du conjoint.

Section II

EMPÊCHEMENTS DE L'EMPLOYEUR

§ 1. ACCIDENTS TECHNIQUES

174. L'article 28 de la loi du 1^{er} avril 1936 dispose que le contrat d'engagement prend fin par la perte ou l'innavigabilité fortuite du bateau. Il s'agit évidemment d'une innavigabilité prolongée ou définitive. Aucune disposition ne traite expressément des effets d'un accident technique dont les conséquences ne sont que momentanées.

§ 2. AUTRES EMPÊCHEMENTS

175. En ce qui concerne le décès de l'employeur et la cession de l'entreprise, nous ne pouvons que nous référer à ce que nous avons exposé ci-dessus aux nos 161 et 162.

Partie III

LE CONTRAT D'EMPLOI

Section I

EMPÊCHEMENTS DE L'EMPLOYÉ

§ 1. INCAPACITÉ DE TRAVAIL

176. Les lois sur le contrat d'emploi coordonnées par arrêté royal du 20 juillet 1955 établissent des règles distinctes pour le cas des employés engagés à durée

indéterminée, d'une part, et pour le cas des employés engagés à l'essai, pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée, d'autre part.

*A. Cas des employés engagés à durée indéterminée
et ne se trouvant pas en période d'essai*

1. Principe de la simple suspension de l'exécution du contrat

177. L'impossibilité pour l'employé de fournir son travail par suite de maladie ou d'accident suspend l'exécution du contrat (art. 8, al. 1).

L'employé est tenu de justifier de son incapacité de travail. S'il y est invité, il produira un certificat médical. En outre, il ne peut refuser de recevoir un médecin délégué et rémunéré par l'employeur, ni de se laisser examiner. Ce médecin vérifie la réalité de l'incapacité de travail, toutes autres considérations étant couvertes par le secret professionnel (art. 8, al. 4).

Au cours des débats au sein de la commission de la Chambre des Représentants, il a été bien précisé qu'en cas de contestation entre le médecin de l'employé et le délégué de l'employeur l'appréciation de l'état de santé de l'employé doit être laissée au conseil de prud'hommes, après avis du médecin désigné par lui (Rapp. comm. Chambre, Doc. parl. n° 287).

L'incapacité physique de travail n'ayant par elle-même d'autre effet que de suspendre l'exécution des obligations qui résultent du contrat, chacune des parties a l'obligation et le droit d'en reprendre l'exécution dès que l'incapacité prend fin.

178. Pendant les suspensions de l'exécution du contrat prévues aux articles 8 et 9, l'employé peut donner congé et le délai de préavis court en ce qui le concerne (art. 10, al. 1). Le congé peut aussi être donné par l'employeur, mais le délai de préavis ne court qu'à partir de la disparition de la cause de suspension. Le délai du préavis donné antérieurement à la suspension du contrat cesse de courir pendant la durée de cette suspension (art. 10, al. 2).

2. Du premier jour au trentième jour:
Continuation de la rémunération

179. Pendant les trente premiers jours d'incapacité de travail, l'employé conserve le droit à rémunération prévue par la convention (art. 8, al. 2).

La commission à laquelle l'employé a droit est calculée sur la base de la moyenne mensuelle des commissions allouées pendant les douze mois précédant l'incapacité ou, le cas échéant, pendant la partie de ces douze mois au cours de laquelle il a été en service (art. 8, al. 3).

La loi ne limitant pas le nombre de jours d'incapacité qui peuvent être rémunérés au cours d'une période donnée, par exemple d'une année, un employé atteint successivement de deux ou plusieurs maladies qui entraînent l'impossibilité de travailler a droit au traitement de trente jours pour chacune de ces périodes d'incapacité (C.P. Bruxelles, 20 juillet 1931, J.L.O. 1933, 84). Mais il faut qu'entre chacune d'elles, il y ait eu reprise du travail et que cette reprise ait été appréciable et non seulement destinée à ouvrir un nouveau droit à indemnité.

Est nulle toute clause réduisant les avantages accordés à l'employé par l'article 8 (art. 8, al. 5).

180. Si l'employé tombe malade pendant la période de préavis, les rémunérations seront dues pendant un mois comme il est prévu à l'article 8 de la loi, car le préavis ne modifie pas la nature du contrat qui reste ainsi un contrat à durée indéterminée (C.P. Anvers, 3 décembre 1930, J.L.O. 1933, 117). Mais si au moment où débute l'état d'incapacité de travail, la durée du préavis restant à courir est inférieure à un mois, c'est seulement la rémunération de cette période qui sera due en raison de l'état d'incapacité, car l'employé ne peut évidemment obtenir plus en raison de cet état qu'il n'obtiendrait s'il était effectivement au travail.

3. Du trente et unième au quatre-vingt-dixième jour

181. La suspension de l'exécution du contrat continue. Aucun préavis donné par l'employeur ne court pendant cette période.

Par contre, l'employeur ne doit plus la rémunération. L'employé en règle d'assurance a droit aux allocations et aux soins prévus par la législation en matière d'assurance maladie-invalidité.

Si l'employeur congédiait l'employé malade sans attendre le quatre-vingt-dixième jour d'incapacité, il devrait lui payer l'indemnité ordinaire de préavis sans pouvoir en défalquer les indemnités payées depuis le commencement de la maladie (Comm. Tournai, 30 septembre 1952, Pas. 1953, III, 77).

4. A partir du quatre-vingt-onzième jour, l'employeur a le droit de congédier l'employé moyennant indemnité

182. Si l'incapacité de travail a une durée de plus de quatre-vingt-dix jours, l'employeur peut à tout moment, moyennant indemnité, mettre fin au contrat. L'indemnité est égale à la rémunération correspondant au délai de préavis à observer à l'égard de l'employé, sous déduction des appointements payés depuis le début de l'incapacité de travail ou, le cas échéant, depuis la date à laquelle le préavis a pris cours (art. 11, al. 1).

Remarquons que l'employeur peut décider de mettre fin au contrat en raison de l'incapacité de l'employé, non seulement le quatre-vingt-onzième jour de

cette incapacité mais aussi dans la suite, à n'importe quel moment: il n'est même pas nécessaire que ce soit à la fin d'un mois, ce peut être à n'importe quel moment du mois.

Le droit de mettre fin au contrat en raison de l'incapacité de l'employé ne peut être exercé que moyennant indemnité. Il en serait ainsi même si le patron signifiait le congé en observant un délai de préavis (C.P. App. Bruxelles, 11 octobre 1949, J.L.O. 1949, 56).

Est nulle toute clause prévoyant une indemnité moindre (art. 11, al. 2).

183. Toutefois, l'indemnité peut être réduite à la requête de l'employeur lorsque la cessation du contrat s'impose compte tenu de la nature de l'entreprise et de l'état de santé de l'employé. La preuve de ces faits peut être fournie par toutes voies de droit (art. 11, al. 3).

Les travaux préparatoires ne donnent aucune précision au sujet des circonstances qui permettent aux conseils de prud'hommes de réduire l'indemnité. Ces juridictions ont le plus large pouvoir d'appréciation. Remarquons qu'il s'agit d'un cas exceptionnel où il est permis au juge de s'écarter de la fixation forfaitaire des indemnités prescrites par la loi.

184. Si l'employeur s'abstient de rompre le contrat, la suspension continue *sine die* (C.P. Charleroi, 28 février 1935, J.L.O. 1937, 58). Lorsque l'incapacité de travail prend fin, l'employé a le droit comme le devoir de se présenter au lieu de travail et le patron doit l'affecter à nouveau aux fonctions qu'il exerçait précédemment.

Remarquons que lorsqu'un employé est atteint d'une incapacité permanente et totale de travail, si le patron prend l'attitude passive qui consiste à ne pas résilier le contrat, l'employé n'a pas d'action pour obliger le patron à la rupture et à l'indemnité prévue à l'article 11. Cependant, l'employé pourrait être admis à prouver qu'implicitement le patron a mis fin au contrat, par exemple en établissant qu'il a engagé à titre définitif un autre employé pour accomplir exactement les mêmes fonctions (Léger et Crokaert, nos 685 et 686; Abel et Lagasse, n° 2205).

185. Aux termes de l'article 11, alinéa 4: nonobstant toute convention contraire, les périodes de repos de grossesse et d'accouchement n'entrent pas en ligne de compte pour le calcul des quatre-vingt-dix jours. Supposons donc qu'une employée s'accouche. Ensuite et avant l'expiration du congé auquel elle a droit à ce titre, elle est atteinte d'une maladie qui est une suite de l'accouchement ou qui est indépendante de celui-ci, le patron ne peut la congédier qu'à partir de l'expiration d'un délai de 90 jours non compris les congés de grossesse et d'accouchement.

*B. Cas des employés engagés pour une durée déterminée,
pour une entreprise déterminée ou à l'essai*

186. Lorsque l'engagement est fait à l'essai, pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée, l'incapacité de travail permet à l'employeur de mettre fin au contrat sans indemnité, si elle a une durée de plus de huit jours (art. 12, al. 1).

Pendant la durée de l'incapacité, l'employée n'a pas droit à la rémunération prévue par l'engagement (art. 12, al. 2).

187. Pendant les huit premiers jours de maladie, l'exécution du contrat est suspendue; aucune rupture du contrat ne peut être consommée.

Il y a lieu de bien préciser que la durée pendant laquelle la maladie ne permet pas la rupture du contrat est, selon les termes formels de la loi, de huit jours et non d'une semaine.

188. La durée de la période d'essai n'est pas suspendue pendant l'incapacité physique.

189. Quelle est la sanction du congé donné par l'employeur au cours des huit premiers jours de maladie? S'il s'agit d'un contrat pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée, le contrat a été rompu avant terme en dehors de l'hypothèse d'un juste motif prévu par la loi, la sanction est l'indemnité calculée comme il est dit à l'article 21 (voir ci-dessus n° 127).

S'il s'agit d'un engagement à l'essai et que la rupture a lieu au cours du premier mois d'essai, l'employeur doit une indemnité égale aux rémunérations nécessaires pour parfaire le premier mois d'essai, et au moins aux rémunérations pour parfaire les huit jours.

S'il s'agit d'un engagement à l'essai et que la rupture a lieu au cours du deuxième ou du troisième mois d'essai, l'employeur doit une indemnité égale aux rémunérations nécessaires pour parfaire les huit jours.

§ 2. GROSSESSE ET ACCOUCHEMENT

*A. Cas des employées engagées à durée indéterminée
et ne se trouvant pas en période d'essai*

190. Le contrat est suspendu pendant les six semaines qui suivent l'accouchement (art. 9, al. 1). Il doit l'être à la demande de l'employée pendant les six dernières semaines de la grossesse. L'employée remet à cet effet, à son employeur, un certificat médical déclarant que l'accouchement doit normalement se produire à la fin de cette période (art. 9, al. 2). Le congé donné par l'employeur ne court pendant les périodes de repos de grossesse et d'accouchement (art. 10).

191. Pendant les trente premiers jours de ces périodes de repos, l'employée conserve à charge de l'employeur son droit à la rémunération. Celle-ci est calculée, le cas échéant, comme en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie (art. 9, al. 3).

Remarquons que le droit à la rémunération n'est conservé que pour une seule série de trente jours au cours des deux périodes de six semaines (Rapp. comm. Sén., Doc. parl. Sén. 1953-1954, n° 192, p. 6).

Le droit à la rémunération existe, que l'employée soit mariée ou non, que l'enfant vive ou non.

A partir du trente et unième jour, l'employée en règle d'assurance émerge à l'assurance maladie-invalidité.

192. En cas d'incapacité de travail résultant de la grossesse ou de l'accouchement en dehors des périodes visées ci-dessus, les dispositions de l'article 8 sont applicables (art. 9, al. 4).

Est nulle toute clause réduisant les avantages accordés à l'employée par le présent article (art. 9, al. 5).

B. Cas des employées engagées

pour une durée déterminée, une entreprise déterminée ou à l'essai

193. Lorsque l'engagement est fait à l'essai, pour une durée déterminée ou pour une entreprise déterminée, l'incapacité de travail permet à l'employeur de mettre fin au contrat sans indemnité si elle a une durée de plus de huit jours (art. 12, al. 1).

Pendant la durée de l'incapacité, l'employée n'a pas droit à la rémunération prévue par l'engagement (art. 12, al. 2).

Un amendement du gouvernement indiquant que l'article 10 n'est pas applicable en cas de suspension du contrat en raison de l'accouchement a été repoussé par la commission du Sénat parce que les contrats visés par l'article 10 ne permettent pas une longue suspension (Rapp. comm. Sén., Doc. parl. Sén. 1953-1954, n° 192, p. 8).

§ 3. OBLIGATIONS MILITAIRES

194. L'appel ou le rappel de l'employé sous les armes ne font que suspendre l'exécution du contrat (art. 7, al. 1). Cette disposition ne s'applique pas au maintien ou au rappel sous les armes pour cause disciplinaire (art. 7, al. 5).

Ainsi, l'appel sous les drapeaux, en quelque circonstance que ce soit et quelle qu'en soit la longueur, ne fait jamais que suspendre l'exécution du contrat sans entraîner la dissolution. Nous avons vu d'autre part, que le patron ne peut rompre

le contrat en raison des obligations militaires ou même pendant les périodes qui l'entourent immédiatement.

§ 4. OBLIGATIONS FAMILIALES

195. Pour l'industrie de la sidérurgie et pour la construction métallique, un accord national, convenu le 22 mai 1947 et modifié le 22 novembre 1950, attribue aux employés des congés à l'occasion d'événements familiaux:

Mariage de l'employé	3 jours ouvrables
Mariage d'un enfant, d'une sœur ou d'un frère . . .	1 jour ouvrable
Accouchement de l'épouse	2 jours ouvrables
Décès du père, de la mère, d'un enfant ou d'un conjoint	3 jours ouvrables
Décès d'un proche parent (grands-parents, beaux-enfants, beaux-parents, frères, sœurs, petits-enfants)	1 jour ouvrable.

Section II

EMPÊCHEMENTS DE L'EMPLOYEUR

§ 1. DÉCÈS DE L'EMPLOYEUR

196. Aux termes de l'article 19, "la mort de l'employeur ne met pas fin au contrat. Lorsqu'elle entraîne la cessation de l'activité pour laquelle l'employé avait été engagé ou lorsque le contrat avait été conclu en vue d'une collaboration personnelle, le juge apprécie en équité s'il y a lieu à indemnité et en fixe le montant".

Tandis que la mort de l'employé met fin au contrat par elle-même et à elle seule, la mort de l'employeur ne met pas fin au contrat: ses héritiers doivent en continuer l'exécution (Comm. Bruxelles, 12 mai 1950, Jur. comm. Bruxelles 1950, 214).

Cependant, si le contrat avait été conclu par l'employé *intuitu personae*, la mort du patron mettrait fin au contrat.

D'autre part, si la mort de l'employeur entraîne inéluctablement la cessation de l'activité de l'entreprise, cette force majeure met fin au contrat (Cons. en ce sens: C.P. Saint-Nicolas-Waes, 10 janvier 1941, Pas. 1941, III, 114; voir aussi: C.P. App. Liège, 21 janvier 1954, Jur. Lg. 1954, 247).

197. Lorsque la mort de l'employeur ne met pas fin au contrat, les successeurs de l'employeur qui veulent rompre le contrat doivent respecter le délai de préavis des articles 14 et 15 ou payer l'indemnité de l'article 20.

Lorsque la mort de l'employeur met fin au contrat, il peut néanmoins y avoir matière à indemnité: le juge peut, appréciant en équité, allouer une indemnité à l'employé qui perd ainsi brusquement son emploi et en fixer le montant.

§ 2. CESSIION DE L'ENTREPRISE

198. Nous ne pouvons que nous référer à l'exposé fait dans la partie consacrée au contrat de travail ci-dessus au n° 162.

*Section III**GRÈVE ET LOCK-OUT*

199. Nous ne pouvons que nous référer à l'exposé fait dans la partie consacrée au contrat de travail, ci-dessus aux nos 163 à 169.

CHAPITRE V

LE CONTRÔLE DES LICENCIEMENTS

200. Sous réserve des pouvoirs des tribunaux lorsqu'ils sont saisis d'un litige, la législation belge n'organise pas de contrôle des licenciements. Nous devons cependant noter les pouvoirs très limités qui sont donnés à ce sujet aux conseils d'entreprise et aux bureaux régionaux de l'Office national du placement et du chômage.

*Section I**CONSEILS D'ENTREPRISE*

201. Les conseils d'entreprise ont notamment pour mission "d'examiner les critères généraux à suivre en cas de licenciement et d'embauchage des travailleurs" (Loi du 20 septembre 1948, art. 15, litt. E).

Précisons que les conseils d'entreprise ne peuvent délibérer qu'au sujet des critères généraux de licenciement et non sur l'application de ces critères généraux à des cas individuels et que leur mission est exclusivement consultative: ils sont appelés à émettre un avis que le chef d'entreprise a la faculté de ne pas suivre.

Les conseils d'entreprise n'ont pas à s'occuper des critères concernant le licenciement ou l'embauchage des salariés chargés d'un poste de direction ou faisant partie du personnel de maîtrise (Rapp. comm. Sén., Doc. parl. Sén. 1947-1948, n° 489, p. 19).

*Section II**OFFICE NATIONAL DU PLACEMENT ET DU CHÔMAGE*

202. L'Office national du placement et du chômage est un établissement public chargé à la fois d'organiser le placement des travailleurs et d'allouer des alloca-

tions aux chômeurs involontaires. Le salarié qui se trouve en état de chômage involontaire doit s'adresser au bureau régional de l'O.N.P.C.

Lorsqu'un contrat de louage de services prend fin, l'employeur est tenu de remettre au travailleur une attestation dont le modèle est arrêté par l'O.N.P.C. et qui indique notamment le motif du licenciement (Arrêté du Régent du 26 mai 1945, art. 94, al. 1). L'employeur qui refuse de délivrer cette attestation est passible de peines correctionnelles (art. 107).

Le travailleur remet cette attestation à l'organisme payeur qui la transmet au bureau régional de l'O.N.P.C. (art. 94, al. 2).

203. Si le travailleur ne possède pas d'attestation de l'employeur, il en fait la déclaration au préposé de l'organisme payeur qui la reproduit sur un formulaire spécial (art. 94, al. 4).

Le bureau régional vérifie les déclarations souscrites et les documents produits par le demandeur d'allocations. Il peut procéder aux enquêtes et investigations nécessaires, notamment auprès des administrations communales et des employeurs (art. 95).

Ainsi, le bureau régional est appelé à enquêter rapidement sur les motifs d'une rupture de contrat. Cette possibilité de contrôle immédiat est parfois susceptible d'empêcher un congé non justifié. Ajoutons qu'il arrive que les agents du bureau régional conseillent à un employeur d'annuler un congé donné pour des motifs insuffisants et obtiennent, par persuasion, la réintégration de l'intéressé.

CHAPITRE VI

LA PROTECTION SPÉCIALE DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL ET DES CANDIDATS AUX CONSEILS D'ENTREPRISE AINSI QUE DES MEMBRES DES DÉLÉGATIONS SYNDICALES DU PERSONNEL

Section I

CONSEILS D'ENTREPRISE

§ 1. PERSONNES PROTÉGÉES

204. La loi du 20 septembre 1948 crée les conseils d'entreprise. Son article 21 assure une protection spéciale contre les licenciements arbitraires aux membres représentant le personnel au sein des conseils d'entreprise et aux candidats à ces mandats.

Sont protégés par ces dispositions: *a)* les délégués du personnel; *b)* les travailleurs qui ont été portés sur une liste de candidats.

205. Seuls les travailleurs qui ont été valablement portés sur une liste de candidats jouissent de cette protection. Ainsi, il a été jugé que n'en bénéficient pas:
- ... le travailleur porté sur une liste de candidats présentée en dehors des délais prévus (C.P. App. Anvers, 1^{er} octobre 1951, Rev. Trav. p. 1238);
 - ... le travailleur qui ne remplit pas les conditions d'éligibilité (C.P. Charleroi, 13 février 1951, Rev. Trav. p. 291);
 - ... le travailleur dont la candidature a été retirée avant le vote parce qu'il n'avait pas été occupé pendant au moins six mois dans l'entreprise (C.P. App. Bruges, 16 mars 1951, J.L.O. p. 146).

§ 2. INTERDICTION DU LICENCIEMENT

206. Les délégués et les candidats ne peuvent être licenciés, même avec préavis légal, que dans deux cas: *a)* pour motif grave justifiant le renvoi sur l'heure; *b)* pour des raisons d'ordre économique ou technique préalablement reconnues par la commission paritaire compétente (art. 21, par. 1, al. 5, et art. 21, par. 2, al. 1).

Insistons bien sur ce que les raisons d'ordre économique ou technique doivent avant tout congé être reconnues par la commission paritaire compétente. Le licenciement n'est licite que dans les limites indiquées dans l'autorisation préalablement accordée par la commission paritaire de la branche d'activité économique en cause.

Le licenciement pour des raisons économiques ou techniques dûment admises ne peut avoir lieu qu'après l'affichage du résultat de l'élection (art. 21, par. 2, al. 1).

Un congé donné pour des raisons d'ordre économique ou technique dûment admises ne peut être signifié qu'en respectant le préavis légal.

207. Est considéré comme licenciement ainsi réglementé, qu'il s'agisse d'un délégué ou d'un candidat, toute rupture du contrat à l'initiative de l'employeur, qu'elle ait été effectuée, soit avec ou sans indemnité de congé, soit sans préavis ou avec un préavis qui a été signifié à partir des quinze jours qui précèdent le moment où, pour la première fois, la date des élections a été portée à la connaissance des travailleurs par voie d'affichage (art. 21, par. 8).

208. Notons que si le candidat ou le délégué a été engagé pour une durée déterminée, aucune disposition n'empêche l'arrivée du terme de produire ses effets.

§ 3. DURÉE DE LA PROTECTION

209. Les candidats sont protégés à compter des quinze jours qui précèdent le moment où le conseil d'entreprise (ou lorsque celui-ci n'existe pas encore, le chef

d'entreprise) a fait connaître pour la première fois aux travailleurs, par voie d'affichage, la date à laquelle il a fixé l'élection. (art. 21, par. 2, al. 1).

Les candidats à la première élection sont protégés jusqu'aux élections suivantes. Les candidats proposés pour la deuxième élection et pour les élections suivantes sont protégés jusqu'à l'expiration des deux ans qui suivent l'affichage du résultat de celles-ci. (art. 21, par. 2, al. 2).

Les délégués sont protégés jusqu'aux élections suivantes (art. 21, par. 1, al. 5). Ils sont donc protégés pendant toute la durée de leur mandat.

§ 4. SANCTION D'UN CONGÉ ILLICITEMENT DONNÉ PENDANT LA PÉRIODE DE PROTECTION

210. Le chef d'entreprise est tenu de réintégrer dans l'entreprise, aux clauses et conditions de leur contrat, les candidats et les délégués illicitement congédiés pendant la période de protection pourvu: 1. qu'ils en fassent la demande par lettre recommandée; 2. que cette demande soit faite dans les trente jours qui suivent le licenciement (art. 21, par. 5).

Lorsque le chef d'entreprise réintègre le candidat ou le délégué, il doit lui payer une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû payer pendant la période de protection pourvu: 1. qu'ils en fassent la demande par

Lorsque le chef d'entreprise ne réintègre pas, aux clauses et conditions de leur contrat, le candidat ou le délégué, il doit lui payer une indemnité égale au montant de la rémunération de deux années, y compris les avantages acquis en vertu du contrat, sans préjudice d'une indemnité plus élevée éventuellement due en vertu du contrat ou des usages et de tous autres dommages et intérêts pour préjudice matériel et moral (art. 21, par. 6).

211. Le travailleur n'a droit à la réintégration ou, à défaut de réintégration, aux indemnités fixées par l'article 21, paragraphe 6, que pour autant qu'il ait sollicité la réintégration dans les formes et dans les délais prescrits. Mais un candidat ou un délégué congédié sans préavis et sans motif grave peut toujours obtenir les indemnités normales pour défaut de préavis sans devoir solliciter la réintégration.

Section II

DÉLÉGATIONS SYNDICALES DU PERSONNEL

212. Des décisions de commission paritaire non rendues obligatoires par arrêté royal organisent, dans certaines industries, des délégations syndicales du personnel. Certaines de ces décisions organisent un régime de protection ou tout au moins de contrôle contre un licenciement arbitraire des membres de ces délégations.

§ 1. MINES

213. Une convention collective conclue en séance tenue par la Commission mixte des mines le 22 juin 1951 a trait à l'organisation des délégations syndicales du personnel ouvrier des charbonnages.

Aux termes de l'article 5, litt. d de cet accord, les associations professionnelles d'employeurs s'engagent à recommander instamment à leurs membres "de ne procéder en aucun cas au licenciement d'un membre de la délégation syndicale, sans en avoir fait préalablement la proposition à l'organisation syndicale qu'il représente; en cas de désaccord entre la direction et l'organisation syndicale, le litige sera porté devant les commissions paritaires compétentes".

§ 2. INDUSTRIE SIDÉRURGIQUE

214. Une convention collective conclue en séance tenue par la Commission nationale paritaire de l'industrie sidérurgique le 10 décembre 1947 et modifiée en séance du 8 octobre 1954 a trait à l'organisation des délégations syndicales du personnel ouvrier de l'industrie sidérurgique.

Aux termes de l'article 14 de cette convention, dans l'hypothèse où un chef d'entreprise décide de licencier un délégué syndical, il doit en informer préalablement la délégation syndicale. La partie la plus diligente a la faculté de soumettre la décision patronale à l'appréciation de l'instance compétente de la commission paritaire nationale ou régionale. Dans ce cas, l'exécution de la mesure est suspendue jusqu'à décision définitive.

La délégation syndicale sera informée immédiatement du renvoi sur l'heure d'un délégué syndical pour motif grave permettant la rupture de l'engagement sans préavis.

§ 3. CONSTRUCTION MÉTALLIQUE

215. Une convention collective conclue en séance tenue par la Commission nationale paritaire de la construction métallique le 24 décembre 1947 a trait à l'organisation des délégations syndicales du personnel ouvrier de la construction métallique.

Son article 14 a trait au licenciement des délégués syndicaux. Il est ainsi libellé:

Sans préjudice du droit de l'employeur de licencier en cas de manque de travail, en toute hypothèse où un chef d'entreprise décide de licencier un délégué syndical, il doit en informer préalablement la délégation syndicale. L'organisation syndicale intéressée a la faculté de soumettre la décision patronale à l'appréciation de l'instance compétente de la commission paritaire nationale ou régionale. Dans ce cas, l'exécution de la mesure est suspendue jusqu'à décision définitive.

La délégation syndicale sera informée immédiatement du renvoi sur l'heure d'un délégué syndical pour motif grave.

§ 4. EMPLOYÉS DE L'INDUSTRIE SIDÉRURGIQUE
ET DE LA CONSTRUCTION MÉTALLIQUE

216. Une convention collective conclue en séance tenue par la Section nationale paritaire de la métallurgie le 22 juillet 1953 a traité à l'organisation des délégations syndicales du personnel "employés" de l'industrie de la sidérurgie et de la construction métallique.

Son article 14 traite du licenciement des délégués syndicaux. En voici le texte:

Sans préjudice aux droits de l'employeur de licencier en cas de manque de travail, en toute hypothèse, où un chef d'entreprise se décide de licencier un délégué syndical en fonction, il doit en informer préalablement la délégation syndicale.

L'organisation syndicale intéressée a la faculté de soumettre la décision patronale à l'appréciation de l'instance compétente de la Section paritaire nationale ou régionale dans un délai de quinze jours courant à partir de la communication faite à la délégation syndicale.

Dans ce cas, l'exécution de la mesure est suspendue jusqu'à la réunion de l'instance saisie, celle-ci ayant exclusivement à apprécier si le licenciement trouve son origine dans l'activité syndicale du délégué.

La délégation sera informée immédiatement du renvoi sur l'heure d'un délégué syndical pour motif grave.

CHAPITRE VII
LE SECTEUR PUBLIC

217. Les agents nommés à titre définitif dans les administrations des pouvoirs publics et des établissements publics jouissent depuis longtemps d'une stabilité très prononcée de leur emploi. Ils bénéficient aussi en cas de maladie, d'invalidité ou de vieillesse, d'avantages qui, sous le nom de maintien du traitement, de traitement d'attente ou de pension, leur assurent la continuité de revenus substantiels. A ces deux points de vue, leur sort est envié par les salariés du secteur privé.

Dans ce rapport sur la stabilité de l'emploi où la situation des membres de la fonction publique et des agents des services publics ne doit être envisagée que parmi les situations spéciales de certaines catégories de travailleurs, il n'y a pas place pour un exposé complet du statut de la fonction publique. Aussi, n'avons-nous pas l'intention d'épuiser le sujet. Nous prendrons comme exemple, le statut des agents de l'État et celui du personnel de la Société nationale des Chemins de fer belges. Nous examinerons simplement à quelles conditions ils peuvent être licenciés, sans faute de leur part.

Nous examinerons successivement le cas:

1. des agents des cadres permanents de l'État;
2. des agents temporaires de l'État;
3. des ouvriers temporaires de l'État;
4. du personnel de la Société nationale des Chemins de fer.

Nous aurons ainsi l'occasion d'exposer que pour être très caractérisée, la stabilité de l'emploi des agents des administrations publiques, mêmes nommés à titre définitif, n'est cependant pas parfaite.

217*bis*. Nous croyons cependant utile de donner préalablement quelques indications au sujet des garanties accordées aux agents de l'État en matière de sanctions disciplinaires.

Aucune peine disciplinaire ne peut être proposée à l'autorité compétente sans que l'intéressé ait été au préalable entendu ou interpellé (A.R. 2 octobre 1937, art. 79).

Il est institué des chambres de recours composées d'un magistrat qui préside et d'assesseurs choisis pour moitié par le Ministre et pour moitié par les syndicats professionnels de fonctionnaires. Ces chambres ont pour mission d'entendre à leur demande les agents définitifs, stagiaires ou temporaires à charge de qui une peine disciplinaire (autre qu'un simple blâme) est définitivement proposée, et de donner avant toute décision de l'autorité compétente, leur avis motivé sur la dite proposition (ibid., art. 82 à 84).

L'autorité compétente notifie sa décision à la chambre des recours et motive toute décision non conforme à l'avis de cette chambre (ibid., art. 94).

Notons enfin que l'article 7 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 édicte que les agents de l'État "ne peuvent suspendre l'exercice de leurs fonctions sans autorisation préalable". Cette disposition est généralement considérée comme leur refusant le droit de grève.

Section I

LES AGENTS DES CADRES PERMANENTS DE L'ÉTAT

§ 1. LES AGENTS EN STAGE

218. Le statut des agents de l'État fait l'objet de l'arrêté royal du 2 octobre 1937.

Les agents de l'État (fonctionnaires, employés et ouvriers) recrutés en vue d'occuper un emploi définitif sont d'abord soumis à un stage probatoire (art. 27). Admis au stage, ils ont des droits et des devoirs semblables à ceux des agents définitifs (art. 29) mais ne jouissent pas encore de la stabilité de l'emploi de ces agents.

219. Le stage est d'une durée de trois ans pour les candidats de la première catégorie, deux ans pour les candidats de la deuxième catégorie, un an pour les candidats de la troisième et de la quatrième catégorie (art. 27).

Le stage peut être prolongé d'un tiers de sa durée normale lorsque des circonstances exceptionnelles rendent cette prolongation nécessaire. L'autorité qui exerce le pouvoir de nomination arrête cette prolongation. La décision est motivée (art. 28).

L'autorité qui exerce le pouvoir de nomination peut, sur avis du Service de santé administratif, prolonger le stage de tout agent que ce service reconnaît atteint d'une maladie curable ou en état de prédisposition d'une maladie qui peut le rendre prématurément inapte à exercer ses fonctions. Toutefois, cette prolongation ne peut être accordée que si le Service de santé administratif estime qu'une guérison complète et définitive peut être obtenue dans un délai maximum de cinq ans. Cette prolongation prend fin lorsque le Service de santé administratif reconnaît que l'agent est définitivement apte ou inapte à exercer ses fonctions; elle ne peut, en aucun cas dépasser cinq ans (art. 28bis).

220. Chaque semestre, la conduite du stagiaire fait l'objet d'un rapport de ses chefs. Après examen du rapport, il peut être décidé de permettre au stagiaire de continuer son stage ou, s'il est constaté qu'il ne satisfait pas ou ne saura pas satisfaire aux exigences du service, de le licencier. En fin de stage, le stagiaire est autorisé à se présenter à l'examen d'admission définitive ou est licencié (art. 30).

Les stagiaires licenciés ont droit à un préavis de trois mois (art. 30ter). De même les stagiaires déclarés définitivement inaptes et licenciés pour ce motif ont également droit à un préavis de trois mois (art. 28bis).

Le stagiaire qui commet une faute grave peut être l'objet d'une révocation disciplinaire.

§ 2. LES AGENTS NOMMÉS DÉFINITIVEMENT

221. L'agent qui, à la fin du stage, a été autorisé à se présenter à l'examen d'admission définitive et qui a satisfait à cet examen, fait l'objet d'une nomination définitive.

Un agent nommé définitivement ne jouit cependant pas d'une stabilité parfaite d'emploi, car un agent qui n'est atteint d'aucune invalidité et qui n'a commis aucun manquement peut se voir, sans son concours de volonté, privé de son emploi en étant mis en disponibilité, soit par défaut d'emploi, soit par retrait d'emploi dans l'intérêt du service.

A. Mise en disponibilité par défaut d'emploi

222. Lorsqu'un emploi est supprimé, l'agent qui ne peut être affecté à un autre emploi est néanmoins considéré comme restant en activité de service et est placé en instance de réaffectation (arrêté royal du 27 janvier 1953, art. 2 et 3).

Les agents placés en instance de réaffectation et qui n'ont pas été réaffectés dans un délai d'un an à partir de leur mise en instance de réaffectation sont d'office en disponibilité par défaut d'emploi (ibid., art. 14, al. 1).

Dans cette position, ils conservent leurs titres à l'avancement et bénéficient d'un traitement d'attente égal, la première année, au traitement d'activité. A partir de la deuxième année, ce traitement d'attente est réduit chaque année de vingt pour cent sans qu'il puisse être inférieur à autant de fois $\frac{1}{45}$ du dernier traitement d'activité que l'agent compte d'années de services administratifs effectifs à la date de sa mise en disponibilité (ibid., art. 14, al. 2).

B. Mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service

223. La mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service n'est ni une peine, ni une mesure disciplinaire. Cette mise en disponibilité n'intervient pas pour punir des faits répréhensibles mais est la conséquence d'un ensemble d'éléments prouvant le manque de concordance entre les aptitudes ou qualités de l'agent et les nécessités du service.

Les agents placés en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service jouissent d'un traitement d'attente égal, la première année, au dernier traitement d'activité (arrêté royal du 30 mars 1939, art. 13, al. 1).

Ce traitement est réduit, à partir de la deuxième année, à autant de fois $\frac{1}{60}$ du dernier traitement d'activité que l'intéressé compte d'années de services administratifs effectifs à la date de sa mise en disponibilité (ibid., art. 13, al. 2).

Section II

LES AGENTS TEMPORAIRES DE L'ÉTAT

224. L'arrêté du Régent du 30 avril 1947 fixe le statut des agents temporaires de l'État. Il s'agit d'employés engagés pour un terme déterminé.

Ces agents temporaires sont engagés pour une durée déterminée, mais il s'agit d'une *durée maximum* et non d'une durée fixe; de plus, tout engagement commence par une période d'essai.

225. A dater du jour de son entrée en fonctions, tout agent temporaire accomplit une période d'essai d'une durée d'un mois. A l'issue de ce délai et sur simple notification écrite, l'agent peut cesser ses fonctions ou en être déchargé par l'administration, sans préavis ni indemnité (art. 6).

L'agent temporaire ne peut, sans préavis, cesser ou être déchargé de ses fonctions avant l'expiration du terme pour lequel il a été nommé. Le délai de préavis est de trois mois, quel que soit le taux de son traitement. Il prend cours à l'expiration du mois pendant lequel il est donné (art. 7).

Pendant la durée du préavis, l'agent temporaire peut, en vue de rechercher un nouvel emploi, s'absenter deux fois par semaine, pourvu que la durée des deux absences ne dépasse pas au total celle d'une journée de travail (art. 8).

A la suite d'une faute grave, l'agent temporaire peut être révoqué, ce qui entraîne la cessation de ses fonctions sans préavis (art. 12 et 17).

226. Les absences dues à la maladie ou à l'infirmité sont considérées comme suspensions de services (art. 16).

L'agent conserve pour chaque période d'incapacité de travail son droit à la rémunération pendant les trente premiers jours d'absence. Les absences dues à la maladie ou à l'infirmité et qui ne sont pas séparées par des périodes de reprise du travail atteignant vingt-cinq jours ouvrables sont additionnées pour le calcul des trente premiers jours d'absence. Après ces trente jours, il a droit aux indemnités de l'assurance maladie-invalidité.

L'administration peut, à tout moment, si l'absence pour maladie se prolonge au-delà de trente jours, mettre fin aux fonctions de l'agent moyennant une indemnité égale, sous déduction des sommes payées depuis le début de l'absence, à la rémunération pour trois mois de services.

Pendant la période d'essai l'administration peut, sans indemnité, mettre fin aux fonctions de l'agent dont l'absence pour cause de maladie a une durée de plus de huit jours (art. 16).

Remarquons que l'agent atteint d'incapacité de travail au cours de la période d'essai a droit au traitement pendant les huit premiers jours.

227. Les périodes de mission syndicale dûment autorisée sont également considérées comme suspensions de services (art. 16). Il en est de même des périodes consacrées à des obligations militaires (arrêté royal du 18 mars 1953).

Section III

LES OUVRIERS TEMPORAIRES DE L'ÉTAT

228. L'arrêté du Régent du 10 avril 1948 a trait au statut du personnel ouvrier temporaire de l'État. Il s'agit d'ouvriers: agents de maîtrise, gens de métier et de service engagés pour un terme déterminé.

Ces agents temporaires sont engagés pour une durée déterminée, mais il s'agit d'une *durée maximum* et non d'une durée fixe; de plus, tout engagement commence par une période d'essai.

229. A dater de son entrée en fonction, tout ouvrier temporaire accomplit une période d'essai d'une durée de sept jours. A l'issue de ce délai et sur simple notification écrite, l'ouvrier peut cesser ses fonctions ou en être déchargé par l'administration sans préavis ni indemnité (art. 5).

L'ouvrier temporaire ne peut, sans préavis, cesser ou être déchargé de ses fonctions avant l'expiration du terme pour lequel il a été nommé. Ledit préavis est de sept jours. Il prend cours le lendemain de sa notification (art. 6).

Pendant la durée du préavis, l'ouvrier temporaire peut, en vue de rechercher un nouvel emploi, s'absenter deux fois pourvu que la durée des deux absences ne dépasse pas au total celle d'une journée de travail (art. 7).

A la suite d'une faute grave, l'agent temporaire peut être révoqué, ce qui entraîne la cessation de ses fonctions sans préavis (art. 11 et 16).

230. Les absences dues à la maladie ou à l'infirmité sont considérées comme suspensions de services (art. 15).

L'ouvrier conserve pour chaque période d'incapacité son droit à la rémunération pendant les trois premiers jours d'absence. Après cette période, il a droit aux indemnités de l'assurance maladie-invalidité.

L'administration peut, à tout moment, si la maladie se prolonge au-delà de 30 jours, mettre fin aux fonctions de l'ouvrier moyennant un préavis de 7 jours (art. 15).

231. Les périodes de mission syndicale dûment autorisée sont considérées comme suspensions de services (art. 15). Il en est de même des périodes consacrées à des obligations militaires (arrêté royal du 18 mars 1953).

Section IV

LE PERSONNEL DE LA SOCIÉTÉ NATIONALE DES CHEMINS DE FER BELGES

232. Une loi du 23 juillet 1926 a créé la Société nationale des Chemins de fer belges et l'a chargée d'exploiter le réseau de chemins de fer jusque-là géré par l'État. Actuellement, cette société exploite l'ensemble du réseau des chemins de fer d'intérêt général, à l'exception de deux lignes d'une très minime importance.

La Société nationale des Chemins de fer belges est administrée par un conseil d'administration composé de 21 membres: 18 nommés par arrêté royal et 3 membres nommés par le personnel.

233. L'article 13 de la loi du 23 juillet 1926 a confié la mission d'établir le statut du personnel à une commission paritaire composée d'un président jurisconsulte sans voix délibérative, désigné par le Roi et de 20 membres nommés pour moitié par le conseil d'administration et pour moitié par les organisations groupant les membres du personnel.

La statut du personnel a créé une commission paritaire nationale et des commissions paritaires régionales.

Le statut ne peut être modifié qu'à la suite de délibérations concordantes de la commission paritaire nationale qui statue aux deux tiers des voix et du conseil d'administration.

Les dispositions du statut sont, sur certains points, complétées par des règlements décrétés soit par le conseil d'administration, soit par le directeur général agissant par délégation du conseil d'administration. La commission paritaire nationale ayant, aux termes de l'article 13 de la loi, le pouvoir d'examiner toutes les questions relatives au contrat de travail, à la sécurité, à l'hygiène et, en général, toutes les questions intéressant directement le personnel, a le droit d'examiner les règlements qui concernent la situation du personnel. En fait, avant d'adopter un règlement sur cette matière, le conseil d'administration et le directeur général consultent préalablement la commission paritaire nationale.

234. Les dispositions du statut sont appliquées par préférence aux dispositions de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail ou de la loi du 7 août 1922 relative au contrat d'emploi (Cass. 29 avril 1937, Pas. 1937, I, 131).

235. Le statut distingue les agents temporaires, les agents provisoires, les agents en stage et les agents permanents.

236. Le personnel temporaire est composé des agents utilisés pour faire face d'urgence à des cas fortuits (neige, éboulements, accidents etc.); pour effectuer en régie des travaux déterminés; pour assurer, par intermittence, une prestation entière ou de quelques heures; pour assurer des services saisonniers ou de suppléance (statut, chapitre I, art. 2, al. 1).

Le statut ne lui est pas applicable. Les conditions de son engagement sont déterminées uniquement par un contrat d'emploi ou par un contrat de travail (art. 2, al. 2 et 3).

La loi du 7 août 1922 ou la loi du 10 mars 1900 sont applicables.

237. Les agents provisoires forment la réserve d'alimentation du cadre des agents permanents. En attendant leur entrée dans ce cadre, ils sont utilisés soit en extension provisoire, soit en remplacement d'agents malades, blessés, en congé, en repos ou à l'armée (statut, chapitre I, art. 3, litt. a).

Les agents provisoires sont soumis au statut du personnel mais celui-ci ne leur accorde aucune stabilité d'emploi. Aux termes de l'article 1 du chapitre XV du statut, ils peuvent être licenciés moyennant un préavis de 30 jours francs sauf les exceptions prévues par voie de règlement.

Remarquons que ce préavis de 30 jours concerne aussi bien les employés provisoires que les ouvriers provisoires.

Les agents provisoires sont admis dans le cadre des agents permanents au fur et à mesure des vacances d'emploi (statut, chapitre I, art. 3 in fine).

238. Tout agent engagé en vue d'occuper un emploi permanent est d'abord soumis à un stage d'une durée indéterminée. Les conditions du stage sont indiquées par le règlement (chapitre II, art. 5).

Un agent en stage peut être licencié soit au cours, soit à la fin du stage. La Société doit lui donner un préavis de 90 jours francs (statut, chapitre XV, art. 1, litt. b).

239. A l'expiration du stage, l'agent est, si le stage a été favorable, admis dans le cadre des agents permanents: l'agent qui a terminé son stage de façon satisfaisante est admis pour une durée indéfinie ne pouvant dépasser quatre ans. L'agent rengagé après cette période n'est plus susceptible d'être licencié (statut, chapitre II, art. 6).

Il résulte de cette disposition que l'agent admis dans le cadre permanent peut encore être licencié durant la période de quatre ans qui suit son admission. Il s'agit d'un engagement pour une durée maximum.

En cas de licenciement au cours ou à la fin de cette période de 4 ans, la Société doit donner un préavis de 90 jours francs (statut, chapitre XV, art. 1, litt. c).

240. L'agent rengagé après la période de 4 ans qui constitue le début de sa carrière dans le cadre permanent, ne peut plus être licencié. Il jouit d'une stabilité d'emploi très enviable, mais elle n'est cependant pas absolue. Un agent ainsi rengagé, peut être mis en disponibilité par suppression d'emploi avec finalement suppression de la rétribution. Par contre, le statut ne prévoit pas la mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service.

241. En cas de suppression d'emploi, l'agent nommé à titre définitif et qui n'est pas réutilisé dans d'autres fonctions peut, par décision du conseil d'administration, être mis en disponibilité avec une rétribution d'attente égale, pour les deux premières années à la dernière rétribution d'activité (statut, chapitre XV, art. 13, al. 1).

Cette rétribution d'attente est réduite pour chacune des années suivantes de 25% si l'intéressé est célibataire et de 20% s'il est marié, sans pouvoir toutefois dans la limite des $\frac{30}{30}$ être inférieure à autant de fois $\frac{1}{30}$ de la dernière rétribution d'activité que l'agent, à la date de sa mise en disponibilité, compte d'années de services depuis sa nomination à titre définitif (ibid., al. 2).

Mais la durée de la disponibilité avec jouissance d'une rétribution d'attente ne peut dépasser la durée totale des services rendus depuis la nomination à titre définitif. Si, à l'expiration de cette durée, l'agent n'a pu être réadmis, il est licencié définitivement ou admis à la retraite s'il se trouve dans les conditions exigées pour bénéficier d'une pension de retraite.

Juridiquement, on ne peut donc dire que les agents définitifs de la Société nationale des Chemins de fer belges jouissent d'une parfaite stabilité d'emploi.

Cependant, *en fait*, une suppression d'emploi n'entraîne jamais que la réutilisation de l'agent définitif dans d'autres fonctions.

CHAPITRE VIII APERÇU CRITIQUE

Section I *PROLÉGOMÈNES*

242. En droit belge, les relations entre employeurs et salariés ont essentiellement un caractère contractuel: l'employeur engage le salarié dans les liens d'un contrat de louage de services. Pour les cas les plus nombreux, il s'agit d'un contrat de travail ou d'un contrat d'emploi. Par ces deux espèces de louages de services, le salarié s'engage à travailler sous l'autorité, la direction et la surveillance de l'employeur.

Même dans le secteur public, l'influence de la notion contractuelle est considérable. Pendant longtemps, doctrine et jurisprudence ont considéré que les pouvoirs publics ou les établissements publics étaient unis par un contrat de travail ou par un contrat d'emploi à leurs ouvriers ou à leurs employés non revêtus d'un *imperium*. Certes, depuis un quart de siècle, il y a une évolution vers la notion statutaire en doctrine et, aussi, en jurisprudence. Cette évolution n'est cependant que partielle: souvent les communes embauchent des ouvriers sous contrat de travail; la Société nationale des Chemins de fer engage des temporaires sous contrat de travail ou sous contrat d'emploi; la position des agents et des ouvriers temporaires de l'État n'est pas entièrement dégagée de l'emprise de la notion contractuelle et les règles à leur appliquer ressemblent souvent à s'y méprendre aux normes du contrat d'emploi ou du contrat de travail.

243. Dans la presque totalité de ses parties, le droit social s'applique aux relations entre employeurs et salariés liés par un contrat de louage de services. Par exemple, la loi sur la repos dominical et la loi sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail énoncent expressément qu'elles s'appliquent aux ouvriers liés par un contrat de travail, aux employés liés par un contrat d'emploi. Ainsi encore, la loi du 4 août 1930 sur les allocations familiales, l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 organisant la sécurité sociale, les lois coordonnées sur les vacances annuelles payées indiquent qu'elles concernent employeurs et travailleurs unis par un contrat de louage de services.

Il n'y a guère place en Belgique pour une notion de la "relation de travail" distincte du louage de services.

244. A la condition qu'ils respectent les délais de préavis fixés en général par les lois et quelquefois par les tribunaux, la doctrine et la jurisprudence recon-

naissent aux chefs d'entreprise le droit absolu de licencier sans aucune explication les ouvriers et employés engagés pour une durée indéterminée.

245. Le concept communautaire a à peine effleuré le droit positif.

L'institution des conseils d'entreprise par la loi du 20 septembre 1948 est, aux dires de certaine doctrine, une orientation dans ce sens. De toute façon, il ne peut s'agir que d'une orientation bien hésitante et bien précaire. Les travaux préparatoires de cette loi témoignent d'une extrême confusion. On s'est mis d'accord sur certaines normes dans des termes qui n'ont pu trouver une majorité parlementaire que grâce à leur imprécision ou parfois même à leur obscurité.

L'application de cette loi a été, dans un nombre appréciable de cas, éternée et même amenuee faute d'une définition claire et cohérente de l'entreprise. Des discussions sans issue sont souvent nées quant aux renseignements sur la situation de l'entreprise que les employeurs devaient communiquer aux conseils ou sur le droit des représentants du personnel de prendre note des renseignements qui leur étaient donné verbalement. Peu nombreux sont les cas où un esprit nouveau de collaboration réciproque soit né dans les séances de ces conseils.

246. A l'heure actuelle, il n'est guère reconnu que les ouvriers et les employés fassent partie de l'entreprise. La main-d'oeuvre loue ses services à l'entreprise pour un temps plus ou moins long.

On ne sera dès lors pas étonné de ce que l'idée de la stabilité de l'emploi ne se traduise dans les faits que par des réalisations limitées.

En ce qui concerne les entreprises privées, le droit belge n'a créé qu'une stabilité de l'emploi nettement relative. Mais la législation a, de façon continue, évolué vers une plus grande stabilité. Les modifications mises en vigueur au cours des années récentes ont très sensiblement amélioré la situation des ouvriers et des employés.

Section II

ÉVOLUTION LÉGISLATIVE

247. Jusqu'en 1922, aucune loi n'a imposé aucun délai de préavis. Sans doute, pour les ouvriers, la loi du 10 mars 1900 établissait le principe du préavis de sept jours, mais c'était là une indication légale simplement supplétive: le préavis n'était dû que sauf disposition contraire résultant de la convention ou de l'usage, et, de plus, là où il y avait un règlement d'atelier, il n'était dû que si le règlement d'atelier l'exigeait.

En ce qui concerne les employés, il n'y avait pas de loi. La jurisprudence, il est vrai, se fondant sur l'équité ou sur les usages imposait des délais de préavis ou des indemnités compensatoires, mais les délais fixés par les tribunaux étaient très variables.

Le préavis obligatoire au profit du salarié malgré toute convention contraire a été imposé par la loi du 7 août 1922 en faveur des employés et par la loi du 4 mars 1954 en faveur des ouvriers.

248. Le délai du préavis que l'employeur doit donner à l'ouvrier fixé en principe à 7 jours par la loi du 10 mars 1900, a été porté à 14 jours par la loi du 4 mars 1954, tandis que le délai du préavis que l'ouvrier doit donner à l'employeur a été maintenu à 7 jours. Déjà, la loi du 1^{er} avril 1936 avait porté à 15 jours ou à un mois le préavis dû pour mettre fin à un contrat d'engagement pour la navigation intérieure.

Le délai du préavis que l'employeur doit donner à l'employé a été fixé en principe à 3 mois par la loi du 7 août 1922. L'employé ne doit respecter qu'un délai de 45 jours.

249. L'idée d'augmenter le délai de préavis d'après l'ancienneté du salarié dans l'entreprise a déjà été appliquée en matière de contrat d'emploi par la loi du 7 août 1922: le délai de préavis était porté à 6 mois en faveur de l'employé et à 3 mois en faveur du patron lorsque l'employé était depuis plus de 10 ans dans l'entreprise. Son application vient d'être accentuée par la loi du 11 mars 1954: Le délai est augmenté de trois mois dès le commencement de chaque nouvelle période de cinq ans de services chez le même employeur.

La loi du 4 mars 1954 reprend cette idée au profit des ouvriers. Elle décide que le délai dû par un patron à un ouvrier est doublé lorsque l'ouvrier est demeuré sans interruption au service de la même entreprise depuis au moins 10 ans. Après 20 ans, il est quadruplé.

250. La règle que le délai de préavis ne court pas immédiatement mais à la fin du mois ou à la fin de la semaine a déjà été appliquée au contrat d'emploi par la loi du 7 août 1922: Le délai de préavis prend cours à l'expiration du mois pendant lequel le préavis est donné. Elle vient d'être étendue au contrat de travail: La loi du 4 mars 1954 décide que le délai de préavis prend cours le lundi suivant la semaine pendant laquelle il est donné.

251. Les indemnités légales du chef de congé sans préavis ont été augmentées depuis cinquante ans. D'abord, comme elles sont fixées proportionnellement au délai du préavis qui aurait dû être respecté, elles ont augmenté par le simple fait de l'extension des délais de préavis.

Ensuite, en matière de contrat de travail, la loi du 10 mars 1900 fixait l'indemnité à *la moitié* du salaire que l'ouvrier aurait gagné pendant le délai de préavis; la loi du 4 mars 1954 a fixé cette indemnité à *la totalité* du salaire correspondant à ce délai. Ainsi, elle a, à la fois, édicté le doublement du délai et, à délai égal, le doublement de l'indemnité si bien que l'indemnité est quadruplée. Pour les cas les plus courants, elle passe du salaire de 3 jours au salaire de 12 jours.

252. La loi du 22 juillet 1952 a interdit de donner un congé même avec préavis pendant une période de protection qui entoure les obligations militaires. Elle vise le contrat de travail et le contrat d'emploi, mais la période de protection est différente dans les deux cas.

La loi du 4 mars 1954 et la loi du 11 mars 1954 décident que les délais de préavis sont suspendus pendant l'incapacité physique de travail du travailleur salarié.

253. L'engagement à l'essai a été strictement réglementé (obligation de le constater par écrit, durée minimum, durée maximum) par la loi du 7 août 1922 pour les employés. C'est par la loi du 4 mars 1954 qu'il a été réglementé de façon analogue pour les ouvriers.

La loi du 11 mars 1954 a décidé, en matière de contrat d'emploi, qu'au cours du deuxième et du troisième mois d'essai, le congé ne pourrait être donné qu'en respectant un délai de préavis de sept jours.

254. L'obligation de constater par écrit la clause qui limite un engagement à une durée déterminée ou à une entreprise déterminée a été inscrite dans la loi du 7 août 1922 pour les employés. Elle a été introduite pour les ouvriers par la loi du 4 mars 1954.

255. Déjà la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail a énoncé que les événements de force majeure n'entraînent pas la rupture de l'engagement lorsqu'ils ne font que suspendre momentanément l'exécution du contrat.

La loi du 7 août 1922 a décidé pour les employés que la maladie même de longue durée ne fait que suspendre l'exécution du contrat et que l'employeur ne pouvait rompre le contrat à durée indéterminée qu'après les 30 premiers jours de maladie et moyennant indemnité. La loi du 11 mars 1954 porte à quatre-vingt-dix jours le délai après lequel le patron peut congédier l'employé malade.

Une règle analogue a été introduite dans la loi sur le contrat de travail par la loi du 4 mars 1954: Ce n'est qu'après six mois que le patron peut, moyennant indemnité, congédier l'ouvrier malade.

256. L'interdiction d'occuper au travail une ouvrière ou une employée en raison de ses couches a été prescrite par l'article 5 de la loi du 13 décembre 1889 concernant le travail des femmes et des enfants. Elle était limitée aux quatre semaines qui suivent l'accouchement. Elle a été portée à six semaines avant l'accouchement plus six semaines après l'accouchement par la loi du 17 mars 1948.

Des dispositions de la loi du 4 mars 1954 et de la loi du 11 mars 1954 énoncent expressément que ces repos ne font que suspendre l'exécution du contrat et que les délais de préavis notifiés par les employeurs ne courent pas pendant ces repos.

257. L'article 7 de la loi du 7 août 1922 sur le contrat d'emploi décidait déjà que l'appel de l'employé sous les armes ne faisait que suspendre l'exécution de la convention. Elle édictait aussi que si la convention a été conclue sans terme, la faculté d'y mettre fin moyennant le préavis légal ne pouvait être exercée par le patron qu'après l'envoi de l'employé en congé illimité.

Une protection nettement plus étendue des salariés à l'occasion de leurs obligations militaires, période de protection contre le licenciement qui commence bien avant l'entrée sous les drapeaux et se prolonge au delà de la présence à l'armée, date de la loi du 22 juillet 1952. Elle est organisée pour les ouvriers et pour les employés.

Section III

LACUNES

258. Nous venons d'insister sur l'évolution constante de la législation belge vers une plus grande stabilité des emplois privés et sur son développement particulier au cours des dernières années. A cet égard, la situation des salariés a été très sensiblement améliorée, nous devons cependant reconnaître que même dans le cadre des principes régissant actuellement les entreprises et les emplois privés, la situation n'est pas parfaite. Quelques lacunes doivent être dénoncées.

Notons d'abord qu'alors que dans l'esprit de la législation qui a institué les vacances annuelles payées, ces intervalles obligatoires de repos ont été imposés pour permettre au salarié de se reposer et de se refaire la santé. Les délais de préavis ne sont pas suspendus pendant les périodes légales de vacances. Le salarié est ainsi incité à ne pas interrompre ses démarches en vue de la recherche d'un nouvel emploi.

259. Le législateur a amélioré aussi bien la loi sur le contrat de travail que la loi sur le contrat d'emploi en augmentant le délai de préavis en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, mais il a totalement négligé de tenir compte de l'âge du salarié licencié. Il ne s'est pas penché sur le sort des salariés de plus de trente-cinq ans qui trouvent si difficilement à se replacer.

En vue d'établir la longueur du préavis on doit tenir compte de la difficulté de remplacement. Les tribunaux le font depuis longtemps quand ils apprécient la longueur du préavis ou la hauteur de l'indemnité due à un employé qui gagne annuellement au delà du traitement limite: 72 000 francs jusqu'en 1954, 120 000 francs depuis la loi du 11 mars 1954. Ils tiennent notamment compte de l'âge de l'employé. Il y a là une notion juridique bien assise, il est regrettable que le législateur n'en ait pas fait application, en restant, bien entendu, dans des limites raisonnables, car un excès pourrait détourner les employeurs de l'embauchage des employés trop âgés.

260. Les employés engagés pour une durée déterminée, pour une entreprise déterminée ou à l'essai ne jouissent d'aucune protection en cas d'incapacité physique de travail: L'employeur peut les congédier sans indemnité après huit jours d'incapacité; il ne doit même pas la rémunération pendant les huit premiers jours. L'employée engagée pour une durée déterminée, pour une entreprise déterminée ou à l'essai ne jouit pas non plus d'aucune protection à l'occasion de sa grossesse et de son accouchement.

Alors que les employés engagés à durée indéterminée et atteints d'incapacité de travail ont droit à la continuation du paiement de leur traitement pendant les trente premiers jours d'incapacité, rien de semblable n'est prévu en faveur des ouvriers, même pour une période réduite.

261. Les employés ont, pendant le délai de préavis, droit à des congés en vue de rechercher un nouvel emploi; la législation sur le contrat de travail ne prescrit rien d'analogue en faveur des ouvriers.

262. Les bateliers ont trouvé d'appréciables améliorations de leur sort dans la loi du 1^{er} avril 1936, par exemple les préavis d'ordre public d'un mois et de quinze jours. Leur situation devrait être améliorée à d'autres points de vue qui, pour les autres ouvriers, font l'objet des dispositions de la loi du 4 mars 1954: augmentation du délai de préavis en fonction de l'ancienneté dans l'entreprise, protection en cas de maladie.

263. Enfin, il faut déplorer qu'aucune loi ne traite ni du contrat de louage des travailleurs à domicile, ni du contrat de louage des domestiques. Des dispositions précises fixant les délais de préavis et les indemnités pour défaut de préavis et instituant une protection en cas d'incapacité physique de travail sont indispensables.

Section IV

DISCORDANCES

264. La législation en vigueur n'est certainement pas exempte de certaines discordances peu explicables, si ce n'est quelquefois par des considérations historiques qui ne sont nullement déterminantes.

Avant d'exposer quelques-unes de celles qui sont très visibles dans les textes qui ont spécifiquement trait aux problèmes de la stabilité de l'emploi, signalons l'insaisissable délimitation du contrat de travail et du contrat d'emploi. Sans doute, a-t-on écrit que l'ouvrier fournit des prestations manuelles et l'employé des prestations intellectuelles. Cette terminologie ne donne même pas une orientation conforme à la pratique des choses. Il est bien établi qu'une dactylographe est une employée et tout autant qu'un linotypiste est un ouvrier et cependant ils tapent le même texte sur un clavier analogue.

Comme la principale différence entre le statut des ouvriers et celui des employés est précisément constituée par les règles relatives aux délais de préavis et aux autres questions qui touchent à la stabilité de l'emploi nous devons signaler le problème, mais faire davantage sort évidemment du cadre de ce rapport.

265. L'article 19 de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail décidait que chacune des deux parties à un contrat de travail à durée indéfinie avait le droit de rompre le contrat en donnant à l'autre un congé avec préavis de sept jours. Cette règle était supplétive, mais il y avait cependant dans cet article une disposition impérative: l'obligation et le délai du préavis devaient être réciproques malgré toute convention contraire; s'il était stipulé des délais d'inégale longueur pour les parties en présence, le délai le plus long devait faire loi à l'égard de chacune d'elles.

La réciprocité absolue du délai de préavis, principe de la loi du 10 mars 1900 a été abandonnée par la loi du 4 mars 1954: actuellement le délai prévu pour le préavis donné par l'employeur est le double du délai fixé pour le préavis fixé par l'ouvrier. Le délai de préavis indiqué dans la loi est obligatoire pour le patron, il n'a qu'un caractère supplétif pour l'ouvrier.

Tenant compte de cette profonde modification on ne s'explique pas que l'article 24, qui a trait à la sanction de la rupture du contrat avant terme, n'ait pas été modifié. Il prévoit toujours que "la stipulation et le montant de l'indemnité sont réciproques, nonobstant toute convention contraire". Cette réciprocité impérativement imposée ne cadre plus du tout avec les nouvelles règles relatives au délai de préavis.

266. Dans le même ordre d'idées, on s'explique difficilement qu'alors que le législateur a récemment – par une loi du 27 juillet 1955 – modifié un article de la loi du 1^{er} avril 1936 sur le contrat d'engagement pour la navigation intérieure, il maintient en vigueur les dispositions de cette loi qui font un principe de l'égalité des préavis:

a) l'article 29 qui fixe des préavis minima à observer aussi bien quand c'est l'employeur qui congédie le batelier que quand c'est le batelier qui quitte l'employeur;

b) l'article 10, alinéa 2, qui édicte que le délai de préavis doit être égal pour chacune des parties et que s'il était stipulé des délais d'inégale longueur, le délai le plus long ferait loi à l'égard de chacune des parties.

267. On ne saisit pas clairement pourquoi le délai qu'un patron doit attendre pour pouvoir congédier un ouvrier malade est de six mois en vertu de l'article 28bis de la loi sur le contrat de travail et le délai qu'un patron doit attendre pour pouvoir congédier un employé malade est de 90 jours en vertu de l'article 11 des lois coordonnées sur le contrat d'emploi.

268. Les dispositions réglementaires, applicables aux agents temporaires et aux agents stagiaires de l'État et celles qui concernent les agents stagiaires de la Société nationale des chemins de fer et les agents nommés depuis moins de 4 ans dans le cadre définitif de cette société, ont certainement voulu les faire bénéficier de la même stabilité d'emploi que les employés des entreprises privées. Leur licenciement ne peut avoir lieu que moyennant préavis de trois mois. Les diverses règles adoptées pour les agents temporaires de l'État démontrent que le Gouvernement a voulu les mettre dans la même situation que les employés des entreprises privées. Mais la loi du 7 août 1922 sur le contrat d'emploi a été modifiée par la loi du 11 mars 1954, les statuts des prédits agents de l'État ou de la Société nationale des Chemins de fer belges n'ont pas suivi. Ne sont pas en vigueur en ce qui les concerne des règles telles que l'augmentation du préavis tous les cinq ans et l'interdiction de licencier un employé au cours des 90 premiers jours d'incapacité de travail.

De même, l'arrêté royal du 10 août 1948 concernant les ouvriers temporaires de l'État a réglé leur situation de façon analogue à celle des ouvriers des entreprises privées. Ici, également, la loi du 10 mars sur le contrat de travail a été modifiée par la loi du 4 mars 1954 et les règles applicables aux ouvriers temporaires de l'État n'ont pas été changées. Le préavis de licenciement est toujours de sept jours et non de quatorze jours avec augmentation possible en fonction de l'ancienneté.

Dans la même perspective, on s'explique difficilement que des employés provisoires de la Société nationale des Chemins de fer belges puissent être licenciés en leur donnant un simple préavis de 30 jours francs.

Section V

CONSÉQUENCES ÉCONOMIQUES ET PRATIQUES

269. Les modifications apportées à la loi sur le contrat de travail et à la loi sur le contrat d'emploi en vue d'assurer une meilleure stabilité de l'emploi datent de mars 1954. D'aucuns penseront qu'il est prématuré de se prononcer sur les conséquences économiques de ces innovations. Il est bien certain qu'il serait plus sage d'attendre quelques années. Cinq ans d'application des textes nouveaux constitueraient, par exemple, un terme raisonnable. Il ne nous paraît cependant pas arbitraire d'émettre quelques appréciations provisoires.

270. L'institution d'un préavis obligatoire de 14 jours en faveur des ouvriers ne nous paraît pas devoir mettre en péril la légitime autorité qu'un chef d'entreprise doit pouvoir exercer sur les membres de son personnel. Sans doute, y-a-t-il de nombreuses situations faites d'impondérables dans lesquelles l'employeur ne se trouve pas en présence d'une faute grave justifiant le renvoi sur l'heure et ou

cependant en bon administrateur de son affaire, il a un légitime intérêt à licencier un salarié qui ne lui donne que de trop minces satisfactions, mais le licenciement, même tempéré par un préavis de quatorze jours, constitue encore une menace suffisamment grave pour que l'ouvrier soit incité à travailler au mieux, à faire de son mieux pour rester en place.

Ajoutons qu'un chef d'entreprise a toujours le droit d'imposer à l'ouvrier qu'il engage une période d'essai de 7 à 14 jours à la condition que ce soit constaté par écrit. De plus, la convention peut réduire le délai de préavis à sept jours pour le cas où le licenciement se place au cours des six premiers mois de services dans l'entreprise.

Évidemment, les petits patrons n'occupant que quelques ouvriers sentent plus lourdement le poids de devoir maintenir au travail pendant quatorze jours un ouvrier qui, déjà, donnait peu de satisfactions et vraisemblablement en donnera moins encore lorsqu'à la suite du préavis il saura qu'il n'a rien à perdre. Ces petites entreprises sentent aussi d'un poids particulièrement lourd l'obligation de reprendre un ouvrier après une suspension particulièrement longue due à la maladie ou au service militaire.

Ceci est une nouvelle manifestation du phénomène général selon lequel tout le droit social est de façon très nette plus difficilement supportable pour les petites entreprises que pour les grandes entreprises.

Il y a, peut être, pour les petites entreprises des situations malheureuses. Elles sont le prix nécessaire de toute amélioration du droit du travail, de tout progrès social.

Le seul remède semble dans l'association spontanée des petits patrons en vue de mettre en commun certains risques et certaines charges.

Notons, d'autre part, que l'article 19ter de la loi sur le contrat de travail permet au Roi, sur proposition d'une commission paritaire, de réduire les délais de préavis dus aux ouvriers.

271. L'augmentation périodique des délais de préavis au profit d'ouvriers ou d'employés qui sont au service de la même entreprise depuis un certain nombre d'années: augmentation de 10 en 10 ans pour les ouvriers, de 5 en 5 ans pour les employés, est une excellente chose, encore qu'elle puisse aboutir à ce qu'un patron congédie un ouvrier ou un employé en vue d'échapper à l'obligation d'un préavis plus long. Cette remarque semble, cependant, assez théorique.

272. Les dispositions qui prescrivent que la clause qui limite les effets d'un contrat à une période d'essai, à une durée déterminée ou à une entreprise déterminée doit, à peine d'inexistence, être constatée par écrit au moment de l'engagement, sont de la plus haute opportunité. Elles coupent court à un nombre important de contestations. Introduite en 1922 dans la loi sur le contrat d'emploi, pareille règle a été très favorablement appréciée par les juridictions prud'hom-

males. Elle vient d'être introduite en 1954 dans la loi sur le contrat de travail et c'est très heureux.

273. J'émettrai également une appréciation très optimiste au sujet des dispositions légales qui précisent, tant au profit des ouvriers que des employés, que l'incapacité physique de travail, la grossesse et l'accouchement, les obligations militaires suspendent simplement l'exécution du contrat et n'entraînent pas sa dissolution et qui, par diverses techniques, permettent au salarié de retrouver son emploi et sa rémunération dès que l'empêchement a pris fin.

274. Le loi sur le contrat d'emploi décide que l'employeur doit payer à l'employé engagé pour une durée indéfinie le traitement pour les trente premiers jours d'incapacité physique de travail ou de repos de grossesse. Pareille règle n'existe pas au profit des ouvriers.

L'assurance maladie-invalidité paie aux ouvriers des indemnités de maladie dès le début de l'incapacité, sauf une carence initiale de trois jours. Pour les employés qui ont droit aux trente jours de traitement elle n'intervient qu'après cette période.

L'idée a déjà été suggérée d'imposer au patron le paiement du salaire aux ouvriers pendant tout ou partie de la première semaine d'incapacité. Cette réforme inciterait les chefs d'entreprise à contrôler la réalité des incapacités de travail. Cette idée semble abandonnée, tout au moins actuellement.

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI
EN DROIT FRANÇAIS

PAR

PAUL DURAND

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris

CHAPITRE I INTRODUCTION

1. La stabilité de l'emploi est sans doute, à l'époque contemporaine, une des tendances les plus fortes, et les plus remarquables, du droit français du travail; elle révèle la profondeur des transformations, survenues dans la société française depuis le début du XIX^e siècle.

L'économie libérale acceptait une grande mobilité de l'emploi. Elle ne considérait le travail que comme une marchandise et il lui paraissait souhaitable que la main-d'œuvre se déplaçât selon les besoins du marché. D'autre part, l'employeur possédait le pouvoir illimité d'organiser l'entreprise à son gré. Maître des moyens de production, il pouvait librement mettre fin aux relations qui l'unissaient à l'un ou l'autre des membres de son personnel. Par contraste, notre droit actuel tend, par un ensemble de dispositions convergentes, à incorporer le travailleur dans l'entreprise, et la relation du travail paraît ne plus pouvoir être rompue sans une juste cause.

2. Ce phénomène ne doit d'ailleurs pas être considéré isolément. Il participe au profond besoin de sécurité que ressent le monde contemporain. Ainsi que nous l'avons montré dans notre ouvrage sur "*La politique contemporaine de sécurité sociale*" (n° 1, p. 11-14), au goût du risque, qui a caractérisé le XIX^e siècle, s'est substitué au XX^e un profond désir de sécurité. L'étonnant destin de l'assurance, le développement de formes nouvelles de sociétés qui permettent de limiter le risque couru par les associés, l'évolution de la législation sur la faillite, les restrictions apportées à des formes nouvelles de la vie commerciale, jugées dangereuses pour les formes traditionnelles du commerce, les contrôles imaginés pour limiter l'accès aux professions industrielles, commerciales ou libérales, la formation des ententes, la politique des salaires ou des prix garantis, l'avènement de la sécurité sociale représentent, sous des formes diverses, une même idéologie. Tout le droit des contrats subit l'effet de cette tendance et l'on y discerne sans peine les signes d'une permanence des rapports contractuels. On relèvera comme particulièrement révélateurs de ce mouvement la transmission de plus en plus fréquente à l'acquéreur à titre particulier des droits et des obligations de l'auteur, l'évolution des différentes formes du bail, dans le sens de la stabilité des droits du locataire, l'effort de la pratique pour protéger les sociétés de personnes contre les risques de dissolution qui les menacent, les limites apportées à la révocabilité du mandat.

La stabilité de l'emploi dans le contrat de travail n'est qu'un aspect de ce phénomène général. Des liens étroits la relie d'ailleurs à la politique de sécurité sociale. La sécurité du revenu professionnel, que les institutions d'assurances sociales se proposent de donner, serait illusoire, si le gain lui-même, et l'emploi qui en est la source, n'étaient également garantis. M. Pierre Laroque, définissant

en 1946 le contenu de la sécurité sociale, observait qu'«il ne suffit pas de fournir aux travailleurs une activité rémunératrice, il faut encore leur garantir la conservation de cette activité» (*Le plan français de sécurité sociale*, Rev. fr. trav. 1946, p. 9 et s., partic. p. 10). Toutes les règles qui protègent le salarié contre le risque de cessation du contrat de travail relèvent des mêmes préoccupations que les institutions de sécurité sociale.

3. L'analyse de la tendance actuelle vers la stabilité de l'emploi peut être poussée plus loin. Plusieurs causes en ont provoqué l'apparition (V. Paul Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, t. II, n° 49, p. 96 et s. Comparer les réflexions de M. Paul Roubier, préface à l'ouvrage de Jean Vincent, *La dissolution du contrat de travail*, 1935, p. XXIII et s.).

1° Tout d'abord, la permanence de l'emploi contribue à la dignité de la personne humaine. Elle se relie à la conception moderne selon laquelle le travail ne peut être considéré comme une marchandise. Elle atténue le sentiment d'insécurité qui est l'une des plus grandes des souffrances de la masse ouvrière. Les crises qui ont ébranlé l'économie moderne, les grèves et les lock-outs ont rendu les esprits sensibles à la valeur d'un emploi permanent.

2° La stabilité de l'emploi tend à une meilleure organisation de l'entreprise. Elle donne aux travailleurs un plus grand intérêt à l'accomplissement de leur tâche: elle les assure de retirer un profit personnel des efforts accomplis dans l'entreprise dont ils sont membres. Elle oblige l'employeur à rechercher d'autres solutions à ses problèmes que l'instabilité du personnel.

3° La stabilité de l'emploi est dans la ligne d'une évolution, qui tend à créer de nouveaux droits de propriété fondés sur le travail, par une transformation en droits réels d'anciens droits de créance (V. pour le droit du fermier, G. Ripert, *Chronique*, D. 1946, p. 1; R. Savatier, *La législation nouvelle des baux ruraux*, Paris, 1946, n° 10, p. 23). Elle a été facilitée par le développement des grandes entreprises, où l'octroi de droits au travail fait moins de difficultés que dans les entreprises individuelles.

4° La prise de conscience de ce phénomène remonte aux années qui ont précédé la guerre de 1939. L'étude comparative du droit allemand et du droit français, dans le domaine de la dissolution du contrat de travail, à laquelle M. Jean Vincent (aujourd'hui professeur à la Faculté de droit de Lyon) avait consacré sa thèse de doctorat en droit, avait amené cet auteur à mettre en lumière le mouvement vers la stabilité de l'emploi. Dans sa préface, M. Roubier sut parfaitement dégager cette contribution essentielle de l'ouvrage.

4. L'évolution du droit du travail qui se produisit en France de 1936 à 1939, à la faveur de la conclusion de nombreuses conventions collectives et de l'arbitrage obligatoire des conflits collectifs du travail, contribua à mettre le phénomène en évidence. Les organisations syndicales s'efforcèrent en effet dans leurs conventions collectives d'organiser une plus grande sécurité en faveur de

leurs membres; des clauses de ces conventions créèrent des indemnités de licenciement spéciales en raison de l'ancienneté dans l'entreprise; elles instituèrent une garantie du salaire et de l'emploi au cas de maladie et de maternité, ainsi que des priorités de réembauchage pour d'anciens salariés de l'entreprise (R. Petit, *Que contiennent les conventions collectives de travail? Droit social*, 1939, p. 78 et s., partic. p. 83 à 85). La jurisprudence arbitrale participa au même courant de pensée, assurant notamment la protection des représentants syndicaux et des délégués du personnel, et même celle des simples salariés contre l'exercice du pouvoir disciplinaire appartenant à l'employeur.

Ainsi, avant même la guerre de 1939, non seulement les éléments d'un système nouveau de stabilité de l'emploi étaient épars dans notre droit, mais une prise de conscience s'était opérée dans les milieux du travail, et surtout dans la doctrine, et l'on avait su rattacher à une même idée directrice des phénomènes, dont l'unité n'avait pas jusqu'alors été discernée. Déjà, pendant la période de l'occupation, la loi du 4 octobre 1941, habituellement dénommée Charte du travail, pouvait-elle affirmer son intention de donner aux salariés la "propriété" de leur métier. Aucun texte ne leur reconnaît, actuellement, de manière expresse un droit à la *propriété de l'emploi*. Mais M. Georges Ripert devait observer, avec son habituelle pénétration, que l'on retrouve, "dans les pièces dispersées de notre législation, cette idée maîtresse. Si l'on en admet les conséquences, pourquoi ne pas proclamer le principe?" (G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 305.)

Le mouvement a pris une grande ampleur depuis la Libération, sinon dans des procédures d'arbitrage obligatoire, qui n'ont pas été rétablies, du moins dans les conventions collectives, et surtout dans le mouvement législatif récent. La notion d'une *propriété de l'emploi* est désormais couramment employée par la doctrine pour définir ce mouvement (V. notre *Traité* précité, n° 49, et notre *Précis de droit du travail*, en collaboration avec M. Rouast, 4^e éd., n° 250, p. 328). Elle a d'ailleurs été également reçue dans les pays de l'Amérique latine, où le mouvement en faveur de la stabilité de l'emploi s'est considérablement développé (V. pour l'Argentine, Mario L. Deveali, *Lineamientos de derecho del trabajo*, 2^e éd., p. 265 et s.; pour le Brésil, notre étude, *Un remarquable exemple de stabilité de l'emploi; la législation fédérale des États-Unis du Brésil*, *Droit social*, 1954, p. 460 et s.; et sur les droits de l'Amérique latine, E. Krotoschin, *Tratado pratico de derecho del trabajo*, t. I, p. 519, note 1).

5. L'organisation d'une stabilité de l'emploi en faveur des travailleurs était d'autant plus naturelle que cette garantie avait été organisée (il est vrai dans un autre secteur de l'activité professionnelle) au profit des fonctionnaires publics. Les fonctionnaires sont protégés contre le risque du chômage ou celui d'une cessation de leurs fonctions. Des garanties disciplinaires leur sont données. Leur révocation, leur licenciement, leur mise à la retraite d'office sont étroite-

ment réglementés. La maladie n'entraîne normalement pas de conséquence immédiate sur la fonction, ni même, dans une large mesure, sur le traitement. La situation des fonctionnaires devait ainsi constituer pour les salariés un exemple enviable: et ceux-ci sont parvenus à conquérir certaines des garanties de la fonction publique.

La stabilité de l'emploi a ainsi contribué à rapprocher la condition des salariés de celle des fonctionnaires. Elle a été, dans le domaine du travail dépendant, l'équivalent de la conquête par les fonctionnaires publics de certains avantages, qui étaient autrefois propres aux salariés. Dans le monde contemporain, les cloisons qui ont longtemps séparé les différentes formes de l'activité professionnelle cèdent peu à peu. Une contamination des différents statuts se produit, qui enlève à chaque condition particulière ce qui faisait son irréductible originalité, et révèle déjà, dans certains domaines, la formation d'un droit commun de l'activité professionnelle.

6. Ainsi éclairé dans son sens profond, le problème de la stabilité de l'emploi doit désormais être examiné dans ses aspects techniques. Les mesures inspirées par cette tendance peuvent être regroupées autour de deux idées. Le droit du travail s'efforce, tout d'abord, d'éviter la cessation de la relation de travail. Puis, si cette cessation ne peut être évitée, il se préoccupe de réparer le dommage résultant de la rupture du contrat. C'est à ces deux aspects fondamentaux de la stabilité de l'emploi que seront consacrés les deux chapitres de cette étude. Une conclusion s'efforcera de tirer enfin les enseignements de cet exposé et de porter un jugement critique sur ce phénomène capital du droit contemporain.

CHAPITRE II

LA STABILITÉ DE LA RELATION DU TRAVAIL

7. Deux principes ont longtemps engendré une grande instabilité de l'emploi. Tout d'abord, la relation de travail est restée très sensible à un ensemble d'événements, intéressant soit l'entreprise, soit la personne du travailleur et qui retentissent sur la permanence des relations contractuelles. Il suffit de penser aux effets de la force majeure, de la cession de l'entreprise, de la grève, du lock-out, de la maladie, à l'effet des obligations militaires. Ces phénomènes ont été susceptibles de retentir sur le contrat de travail, que la convention ait été conclue pour une durée déterminée, ou pour un temps indéterminé. La seconde cause d'instabilité, au contraire, a été propre au contrat à durée indéterminée. Elle est résultée du droit de résiliation unilatérale, caractéristique de tous les contrats de ce type.

La tendance à la stabilité de l'emploi devait donc s'affirmer par deux ordres de mesures complémentaires. Il s'agissait, d'une part, de protéger la relation de

travail contre les événements susceptibles de l'affecter. Il fallait, en second lieu, limiter le droit que possède l'employeur de résilier librement le contrat.

Section I

L'ÉLIMINATION DES CAUSES DE CESSATION DES CONTRATS DE TRAVAIL

§ 1. LES ÉVÉNEMENTS INTÉRESSANT L'ENTREPRISE

8. L'arrêt du travail du fait de l'employeur ne se conçoit guère quand il s'agit de la fonction publique. Le service public a une activité continue. La seule hypothèse pratique susceptible de survenir est la suppression de l'emploi, due à la réorganisation du service. La protection du fonctionnaire résulte alors de la nécessité d'une loi spéciale, organisant le dégageant des cadres. Un préavis est accordé au fonctionnaire, et une indemnisation assurée.

Plus fréquentes sont les causes, susceptibles d'atteindre les activités économiques. La tendance à la stabilité de l'emploi a eu pour résultat soit de supprimer purement et simplement la rupture de la relation de travail, soit de substituer à cette rupture une simple cause de cessation du contrat de travail.

A. L'élimination pure et simple des causes de cessation du contrat de travail

9. Cette situation se produit dans toutes les hypothèses de "modification dans la situation juridique de l'employeur". L'article 23, alinéa 7, livre 1^{er} C. trav., prévoit que "s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par voie de succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise".

Ce texte est extrêmement général. Tout d'abord l'énumération donnée par la loi n'est pas limitative. La règle n'exige notamment pas que les titulaires successifs de l'entreprise soient unis les uns aux autres par un lien juridique. Le nouveau concessionnaire d'un service public, les dirigeants d'une entreprise qui vient d'être nationalisée, les administrateurs des entreprises sous séquestre, demeurent liés par les contrats qu'avait conclus l'employeur précédent (Soc. 3 janv. 1947, J.C.P. 1947, II, 3824; Soc. 20 févr. 1947, J.C.P. 1947, II, 3644; Soc. 22 déc. 1950, D. 1951, 110, S. 1951, I, 148; Soc. 20 avr. 1951, *Bull. cass.* 1951, 3, 215; Soc. 1^{er} déc. 1951, *Bull. cass.* 1951, 3, 554). La même solution est naturellement donnée dans l'hypothèse inverse, où le contrat de travail avait été conclu par un administrateur provisoire, et où le chef d'entreprise recouvre la libre disposition de ses biens (Soc. 11 mars 1954; *Bull. cass.* 1954, 4, 129).

La portée du texte est, d'autre part, très étendue, parce que l'article 23, alinéa 7, s'applique à tous les contrats, qu'ils soient à terme ou à durée indéterminée (Civ. 2 août 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, 2, 784). Cette disposition s'applique même parfois au cas de cessation de l'entreprise, suivie d'une réouverture, s'il est démontré que la cessation d'activité n'avait été qu'un simulacre, destiné à éliminer certains membres du personnel. La décision de l'employeur n'apparaît alors que comme une fraude aux dispositions du Code du travail (Soc. 4 déc. 1952, *Quest. prud.*, 1953, 210).

Toute cette construction juridique est des plus remarquables. Le système jurisprudentiel ne permet pas d'expliquer le maintien des relations du travail par l'idée d'une convention tacite, imposant au nouveau chef d'entreprise l'obligation de poursuivre les relations du travail: l'article 23, alinéa 7, est en effet applicable, même s'il n'existe aucun rapport contractuel entre les deux exploitants successifs. Ni la notion d'une stipulation pour autrui, ni celle d'une délégation ne peuvent expliquer le mécanisme de ce texte. Pour la Cour de cassation, "l'article 23, livre 1^{er} du Code du travail, destiné à donner aux salariés des emplois plus stables, doit recevoir application dans tous les cas où une même entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle" (Civ. 27 févr. 1934, D.H. 1934, S. 1934, I, 79). Un arrêt plus récent (Soc. 22 déc. 1950, *précité*) décide de même que "l'alinéa 7 de l'article 23, livre 1^{er} du Code du travail, est destiné à garantir aux salariés la stabilité de leur emploi, et il doit recevoir application dans tous les cas où ces derniers continuent le même travail sous une direction nouvelle". Pour la jurisprudence, ce texte s'inspire d'une notion économique, celle d'identité d'entreprise. Les liens personnels qui unissent le salarié à l'employeur sont jugés moins forts que ceux qui se créent entre le salarié et l'entreprise envisagée en tant qu'organisme économique. Ce texte est révélateur de la montée à la vie du droit d'une notion nouvelle: celle de l'entreprise.

B. La suspension du contrat

10. Si les modifications dans la situation juridique de l'employeur n'exercent plus d'influence sur la relation de travail, d'autres événements intéressant l'entreprise peuvent provoquer la suspension du contrat: ce sont les *troubles dans le fonctionnement de l'entreprise*.

Il est tout d'abord ainsi au cas de force majeure. Et l'on peut encore discerner dans ce domaine un effort pour éviter un bouleversement trop facile des relations du travail. Tout d'abord, conformément à l'esprit général de notre droit, il n'est aucun événement qui, par lui-même, présente invariablement la nature d'un cas de force majeure. Dans chaque cas, les tribunaux doivent déterminer si l'obstacle présente les traits caractéristiques de la force majeure, s'il a été imprévisible, insurmontable, et s'il a été indépendant de toute faute imputable à l'employeur. Ces principes ont notamment été appliqués pour déterminer quelle

est, en cas de grève partielle, la situation de l'employeur, à l'égard des membres du personnel qui ne se sont pas associés au conflit. L'employeur soutient parfois que la grève paralyse le fonctionnement de son établissement, il invoque la force majeure et prétend ne plus être obligé envers son personnel à fournir un travail et à payer un salaire. Il peut en effet se prévaloir de cette circonstance insurmontable si un piquet de grève empêche complètement l'entrée des salariés dans l'établissement, ou si la "neutralisation de l'usine" par l'autorité publique rend l'exploitation impossible. Mais la charge de la preuve lui incombe, et les juges décident fréquemment une mesure d'instruction pour vérifier son allégation. La tendance générale est d'une assez grande rigueur, et le chef d'entreprise doit prouver qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour assurer la liberté du travail aux membres du personnel désireux de travailler (V. sur ces problèmes Civ. Sect. soc. 20 déc. 1954, *Droit social*, 1955, 226; Civ. Sect. soc. 30 juin 1955, *Droit social*, 1955, 492).

11. Les règles du droit commun sont, d'autre part, tempérées par certains textes parce qu'elles sont peu satisfaisantes. Si la force majeure a un caractère temporaire, la suspension du contrat fait perdre tout droit au salarié. Si l'empêchement est durable, il entraîne la résiliation du contrat. Le maintien des relations du travail serait cependant désirable. Il donnerait au salarié le sentiment de faire encore partie de l'établissement et de ne pas être un vrai chômeur. Il faciliterait la réintégration dans l'emploi après la disparition de l'obstacle qui s'oppose à l'exécution du contrat. Il permettrait le versement par l'entreprise d'indemnités plus élevées que les allocations de chômage et qui s'apparenteraient au salaire. La rupture du contrat n'est pas plus satisfaisante pour l'entreprise, parce que l'interruption du travail entraîne la dispersion du personnel et compromet la reprise de l'exploitation après la disparition de la force majeure. C'est pourquoi divers textes de lois ont prévu la suspension du contrat et l'indemnisation du salarié. Parfois, l'interruption du travail a sa source dans une faute, commise par le chef d'entreprise: l'autorité publique, qui impose la fermeture temporaire de l'établissement, n'accepte pas que les salariés subissent les conséquences de cette sanction (V. l'art. 30 ord. 30 juin 1945 sur le régime des prix, la loi du 24 septembre 1941 relative à la lutte contre l'alcoolisme, la loi du 1^{er} septembre 1945 relative au personnel des entreprises de presse dont l'activité est suspendue). D'autres lois concernent les interruptions dues à des troubles dans la vie économique, notamment en raison des restrictions qui furent apportées, au cours de la guerre et après la Libération, à la consommation du charbon et de l'énergie électrique. Des lois, de portée plus durable, prévoient l'indemnisation des travailleurs du Bâtiment pendant les périodes d'intempéries (L. 21 oct. 1946, Décr. du 11 déc. 1946). Une loi du 6 septembre 1947 institue, en faveur des dockers professionnels, une indemnité, dite de garantie, versée pour chaque vacation chômée, et qui atténue les inconvénients que présente, pour les dockers, le carac-

tère intermittent de leur travail. On voit ainsi se dessiner dans notre droit une théorie originale du "risque d'établissement", voisine de celle du droit allemand, et ce rapprochement suffit pour révéler la tendance très profonde à laquelle répondent ces mesures.

§ 2. LES ÉVÉNEMENTS INTÉRESSANT LA PERSONNE DU SALARIÉ

A. *Fréquence de la suspension du contrat*

12. Notre droit ne connaît pas de règle générale, relative aux empêchements qui surviennent dans la personne des parties, et notamment à ceux qui atteignent le travailleur. Mais des dispositions législatives particulières, les usages et des clauses des conventions collectives de travail imposent, de plus en plus fréquemment, la suspension du contrat, au moins si l'empêchement n'est pas de trop longue durée.

L'évolution est particulièrement sensible en ce qui concerne la maladie. Le législateur n'est pas intervenu dans ce domaine, et l'organisation d'une certaine stabilité de l'emploi a été l'œuvre de la jurisprudence. La cessation du contrat est subordonnée à certaines conditions. D'une part, la maladie doit être assez grave et prolongée pour apporter un trouble profond à l'exécution du contrat de travail. D'autre part, elle doit mettre l'employeur dans la nécessité de remplacer le salarié malade. Si ces conditions ne sont pas remplies, le contrat est seulement suspendu. Mais, afin de concilier la protection des intérêts légitimes des travailleurs avec le souci d'éviter des fraudes ou de troubler la marche de l'entreprise, le salarié malade est tenu d'une double obligation. Il doit prévenir immédiatement l'employeur de sa maladie et justifier de son empêchement par la production d'un certificat médical. Par l'effet de la suspension du contrat, le salarié malade est dispensé d'effectuer la prestation de travail. L'employeur n'a plus à payer un salaire.

13. Il arrive fréquemment que ces principes soient modifiés par les réglementations particulières, résultant des conventions collectives, des usages, ou des contrats individuels de travail. La condition du salarié pourrait être aggravée, et la résiliation du contrat plus facilement prononcée. Mais il en résulte habituellement une amélioration de la situation du salarié malade. Les conventions collectives, conclues avant la guerre de 1939, avaient déjà exercé dans ce domaine une action remarquable, consacrant en faveur des employés des solutions plus humaines que celles du droit commun. Celles qui l'ont été depuis la Libération ont encore amélioré les anciennes dispositions des conventions collectives, en faveur des *employés*, mais elles ont, de plus, commencé à organiser un régime semblable en faveur des *ouvriers*. La suspension du contrat de travail est souvent limitée à six mois; mais elle s'étend parfois à trois ans (Industrie chimique et verre mécanique), ou même à cinq ans (Édition). Parfois,

la durée de la suspension dépend de l'ancienneté dans l'entreprise, et les clauses relatives à la maladie sont alors inspirées par une tendance (dont on trouvera bien d'autres exemples dans ce rapport), et qui donne à la relation de travail une stabilité d'autant plus grande que le salarié est depuis un temps plus long dans l'établissement. C'est ainsi que dans la Métallurgie du Rhône, le licenciement ne peut intervenir qu'après six mois de maladie pour les salariés ayant cinq ans d'ancienneté dans l'entreprise, huit mois entre cinq et dix ans, dix mois entre dix et quinze ans d'ancienneté.

14. Non seulement la suspension du contrat tend à devenir la règle dans les conventions collectives, mais l'indemnisation de la période de maladie tend à être accordée aux employés et même aux ouvriers. Dans la Banque, les employés ayant plus d'un an de présence bénéficient du paiement de leur plein traitement, puis d'un demi-traitement pendant des périodes d'autant plus longues que l'ancienneté dans l'établissement est plus grande. Des dispositions plus favorables encore s'appliquent aux employés ayant au moins un enfant à charge. Les clauses relatives aux ouvriers sont moins favorables, mais traduisent les mêmes tendances. Les ouvriers du pétrole ont droit chaque année, en cas de maladie, après cinq ans d'ancienneté, à leur salaire complet pendant deux semaines. Pendant les deux semaines qui suivent, ils reçoivent la moitié de leur salaire. Les salariés plus anciens bénéficient d'un régime plus favorable (G. Lenoir, *Le contenu des conventions collectives, Droit social*, 1955, p. 560-561).

15. Si le législateur n'a pas, d'une manière générale, aménagé la suspension du contrat de travail en cas de maladie, l'autorité publique est cependant intervenue en faveur de certains travailleurs. Le statut de la fonction publique confère des avantages importants. Si la maladie ou l'indisponibilité est imputable au service, le fonctionnaire a droit à son traitement intégral jusqu'à la guérison ou jusqu'à ce que soit reconnue l'incapacité de son état: cette décision ouvre alors le droit à une pension. Au cas de maladie non imputable au service, un fonctionnaire a droit à un congé avec plein traitement pendant trois mois, puis avec demi-traitement pendant trois autres mois. Mais on a voulu particulièrement assurer la situation matérielle des fonctionnaires atteints de maladies graves, demandant des traitements de longue durée. En cas de tuberculose ouverte, de maladie mentale, ou de cancer, un fonctionnaire a droit à recevoir son plein traitement pendant trois ans, puis un demi-traitement pendant deux ans, à condition de faire contrôler le traitement médical par un médecin de l'administration (L. 30 mars 1929, art. 51, mod. L. 19 oct. 1946, art. 89 et s.). D'autre part, le personnel des industries électriques et gazières bénéficie d'un traitement très favorable, défini dans son *statut national*, approuvé par un décret du 22 juin 1946. On y retrouve des dispositions très voisines de celles concernant les fonctionnaires. L'agent titulaire, victime d'un accident du travail, conserve son

salaire intégral jusqu'à la consolidation de sa blessure ou jusqu'à sa guérison. Pour les autres accidents et la maladie, les agents titulaires ont droit à leur salaire intégral pendant une durée d'une année. Mais l'indemnisation est portée à trois ans, en cas de longue maladie, quel qu'en soit le caractère (et, par cette disposition, les avantages du statut dépassent même ceux de la fonction publique). Au cas où un repos supplémentaire serait nécessaire, l'intéressé peut percevoir la moitié de son salaire pendant une nouvelle période de deux années. A l'expiration de ces cinq années, une commission décide si l'agent doit être admis au régime de l'invalidité. Si l'on peut encore espérer la reprise du service, une aide peut encore être accordée à l'agent. Le statut du mineur limite également les cas de licenciement pour inaptitude physique à l'emploi. Le licenciement est subordonné à une constatation du médecin de l'exploitation. Une procédure contradictoire est, au besoin, organisée. En cas de désaccord, la décision est remise à un médecin des hôpitaux, désigné par le Doyen de la Faculté de médecine. Les prestations en espèces versées aux mineurs sont simplement équivalentes à celles du régime général de la sécurité sociale.

16. Les règles appliquées à la *maternité* se rapprochent de celles prévues pour la maladie. Toutefois le législateur a lui-même prévu la suspension du contrat de travail. L'article 29, livre 1^{er} du Code du travail (modifié par un décret du 2 février 1955) décide que la suspension du travail par la femme, pendant une période commençant six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se terminant huit semaines après celui-ci, ne peut être une cause de rupture par l'employeur du contrat de louage de travail. Si la femme se trouve dans l'impossibilité de reprendre son travail en raison d'une maladie résultant de la grossesse ou des couches, l'article 29 du livre 1^{er} prévoit une prorogation d'absence, qui ne peut excéder un délai de onze semaines à dater de l'accouchement. La suspension du contrat peut ainsi se prolonger de quatorze à dix-sept semaines. La suspension du contrat n'oblige pas l'employeur au paiement d'un salaire. Mais l'employeur doit reprendre la femme à l'expiration du congé et ne peut lui donner une situation inférieure à celle qu'elle occupait. Dans ce domaine encore, les conventions collectives de travail ont amélioré la situation des femmes salariées, en accordant une période plus longue de suspension du contrat, notamment en raison de l'allaitement, et en maintenant en totalité ou en partie le salaire. Le statut du personnel des industries électriques et gazières (art. 22, § 3) est très libéral: les congés de maternité, comportant un salaire intégral, sont de huit semaines avant la date présumée de l'accouchement et de dix semaines après celui-ci. L'intéressée a de toute façon droit, du seul fait de son accouchement, à un congé de dix-huit semaines. Le salaire est même maintenu pendant toute la durée de l'incapacité de travail en cas de couches pathologiques.

17. Un ensemble de textes ont organisé une suspension du contrat en raison des *obligations militaires* ou de l'*exécution de certaines fonctions publiques*.

En ce qui concerne les obligations militaires, deux textes, ceux de l'article 25 et de l'article 25a, livre 1^{er} du Code du travail (L. 2 août 1949), conduisent aux distinctions suivantes. S'agit-il d'un salarié astreint aux obligations imposées par le *service préparatoire*, ou qui se trouve *rappelé* sous les drapeaux (par exemple pour une période de réserve), le contrat de travail ne peut être rompu de ce fait. Ces dispositions ont été étendues par des lois spéciales à l'exécution des périodes accomplies en exécution d'un engagement spécial d'entraînement volontaire dans les réserves. Cette disposition ne concerne pas les jeunes salariés appelés sous les drapeaux, pour le service militaire légal. Le caractère de généralité de cette obligation et le fait que les jeunes gens appelés au service militaire n'ont pas, en général, une situation professionnelle définitivement établie, ont permis de penser qu'il n'était pas nécessaire de leur donner une garantie aussi forte. Le contrat de travail est alors rompu. Mais le travailleur peut demander sa réintégration dans l'emploi, dans des conditions qui seront ultérieurement déterminées.

Que le contrat de travail soit suspendu, ou qu'il y ait rupture, suivie de réintégration, les principes du droit commun du travail ne créent aucune obligation pour l'employeur de verser au militaire une indemnité compensatrice de la perte du salaire. Cette règle est parfois modifiée par les conventions collectives de travail et surtout par certains statuts. L'article 27 du statut du personnel des industries électriques et gazières prévoit que les agents titularisés, appelés à effectuer leur *service militaire légal* percevront une partie, ou même la totalité, de leur salaire, en faisant des distinctions selon leur situation de famille. Les agents appelés à effectuer une période d'instruction reçoivent l'intégralité de leur salaire. En cas de mobilisation, Électricité ou Gaz de France versent la différence entre le salaire et la solde militaire. Le temps passé en dehors du service est considéré comme temps de présence pour l'avancement et pour la retraite.

Si les règles du droit du travail relatives aux salaires ne permettent pas, en général, l'indemnisation de la perte de salaires, du moins le droit de la sécurité sociale se montre-t-il plus libéral. Bien que les versements au titre des assurances sociales soient suspendus pendant la période du service militaire ou d'appel sous les drapeaux, l'ordonnance du 19 octobre 1945 décide que le militaire confère aux membres de sa famille le bénéfice des prestations en matière d'assurance-maladie, maternité et décès. S'il remplissait, lors de son départ, les conditions requises pour obtenir les prestations, il peut recevoir, à son retour, les prestations de l'assurance-maladie et celle de l'invalidité (quand la réforme est prononcée pour maladie ou infirmité contractées en dehors du service, et qu'elle ne donne pas lieu de ce fait à l'attribution d'une pension militaire). Sinon, pour avoir ou ouvrir droit aux prestations après son retour dans ses foyers, il doit satisfaire aux conditions de la législation d'assurance sociale, le temps passé sous les drapeaux n'entrant pas en ligne de compte pour les

périodes de stages qu'impose la législation de sécurité sociale (art. 91 et 92, Ord. 19 oct. 1945). Aucun problème important ne se pose au contraire dans le domaine des prestations familiales, notre droit ayant détaché cette branche de la sécurité sociale de l'exécution du contrat de travail. Les militaires sont considérés comme dans l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle; ils ouvrent droit à ce titre au bénéfice des prestations familiales (avis du Conseil d'État du 26 juillet 1949; Circ. min. trav. 186 SS. du 16 août 1949).

18. La suspension du contrat doit également être admise pour les interruptions de *courte durée*, motivées par l'accomplissement de fonctions publiques: celle de témoin, de tuteur, de membre du conseil de famille, de juré. Une loi du 2 août 1949 est intervenue pour obliger les employeurs à laisser à leurs salariés, membre d'un conseil municipal, d'un conseil général, ou du conseil d'administration d'un organisme de sécurité sociale, le temps nécessaire pour participer aux séances de ces organismes. Le temps accordé aux salariés ne leur est pas payé comme temps de travail, mais il peut être récupéré. Ces dispositions ont été étendues par une loi du 24 mai 1951 aux salariés membres des conseils de prud'hommes. Enfin, la loi du 30 octobre 1946 (modifiée par celle du 6 mars 1950) oblige l'employeur à permettre à son personnel de participer aux élections aux caisses de sécurité sociale et décide que le temps ainsi passé à ces opérations doit être considéré comme temps de travail, et rémunéré comme tel.

19. Le droit commun du travail n'a pas au contraire jusqu'ici prévu de dispositions relatives à la suspension du contrat de travail des salariés titulaires d'un *mandat politique* ou de ceux qui assurent des *fonctions syndicales*. Le principe est donc celui d'une cessation définitive du contrat. Mais il est parfois écarté, et l'on assiste visiblement dans notre droit à la formation d'une règle admettant, dans ce cas, la suspension des relations du travail. Le droit à la fonction publique admet le *détachement* d'un fonctionnaire "pour exercer une *fonction publique élective* ou un *mandat syndical*, lorsque la fonction ou le mandat comporte des obligations empêchant d'assurer normalement l'exercice de la fonction" (art. 99, L. 19 oct. 1946). Un régime d'autorisation d'absence de courte durée est prévu lorsque les conditions du détachement ne sont pas réalisées (art. 88). Les conventions collectives du travail accordent certaines facilités aux salariés syndiqués, pour se rendre aux réunions auxquelles ils sont appelés à participer. Il ne s'agit, le plus souvent, que d'une autorisation d'absence. Mais, lorsque le syndiqué doit prendre part à des commissions paritaires, organisées d'un commun accord entre employeurs et salariés, les règles sont beaucoup plus larges. Le temps perdu est rémunéré; les frais de transport sont payés par l'employeur, les frais de séjour supportés par lui ou par son organisation syndicale. Quant à l'exercice des fonctions syndicales, il entraîne la rupture du contrat, mais certaines conventions collectives instituent au profit des "permanents" syndicaux un

droit de réembauchage (V. sur ces points: G. Lenoir, *op. cit.*, *Droit social*, 1955, p. 478-479). Des règles analogues sont contenues dans les statuts du mineur et du personnel des industries électriques et gazières.

20. On mentionnera enfin que des congés spéciaux, comportant suspension du contrat de travail, sont accordés (ou permis) à l'occasion d'*événements de famille*: mariage du salarié, naissance ou mariage d'un enfant, décès d'un proche parent. Les contrats de travail, les usages et les conventions collectives aménagent le régime de ces congés. Le législateur n'a posé qu'une règle spéciale. La loi du 18 mai 1946 accorde un congé au salarié, à l'occasion de toute naissance survenue au foyer du salarié. Ce congé est de trois jours; il doit être compris dans une période de quinze jours entourant la naissance; il est rémunéré. L'employeur en fait l'avance et le remboursement lui en est assuré par la caisse d'allocations familiales.

B. *La suspension du contrat de travail et les conflits collectifs du travail*

21. Le droit de la *grève* est l'un des domaines où se manifeste le mieux la tendance du droit moderne à la stabilité de l'emploi, de même que l'approfondissement d'une connaissance de la grève, en tant que phénomène spécifique du droit des rapports collectifs du travail.

Peu de discussions ont été aussi vives et aussi célèbres dans notre doctrine que celle de savoir si la grève constitue une cause de suspension ou de rupture du contrat de travail. De grands intérêts pratiques y étaient attachés. Nos juridictions suprêmes s'étaient divisées sur ce point. La Cour de cassation, placée au sommet des juridictions de l'ordre judiciaire, appelées à connaître des conflits *individuels* du travail, décida que la grève constituait une cause de rupture du contrat de travail. Elle ramenait en effet la grève au droit des rapports individuels de travail, en y voyant un ensemble de résiliations des contrats individuels de travail ou (selon une autre analyse) un ensemble de fautes, commises par les grévistes dans l'exécution des contrats.

La jurisprudence de la Cour fut très généralement critiquée par la doctrine qui analysa la grève en un droit collectif des travailleurs et en une cause légitime d'inexécution des contrats individuels de travail. Cette analyse fut consacrée par la Cour supérieure d'arbitrage, juge suprême du règlement des conflits *collectifs* du travail. La Cour observa cependant que des fautes graves peuvent être commises par les grévistes, soit dans leur recours à la grève (grève politique, par exemple), soit au cours des incidents accompagnant le conflit (violences contre les personnes, sabotage du matériel). Elle admit que l'employeur pouvait prendre, en ce cas, contre les grévistes qui en étaient les auteurs, des sanctions, susceptibles d'aller jusqu'au congédiement sans préavis et sans indemnités.

Une différence irréductible séparait donc la Cour de cassation et la Cour supérieure d'arbitrage, au moins chaque fois qu'il s'agissait d'une grève professionnelle, au cours de laquelle aucune faute lourde ne pouvait être reprochée aux grévistes. Les deux juridictions s'opposaient dans leurs *solutions* (la rupture dans le premier cas, la suspension dans l'autre), mais aussi dans leurs *analyses* de la grève (ramenée au droit des rapports individuels du travail par la Cour de cassation, et considérée comme un phénomène du droit des rapports collectifs par la Cour supérieure d'arbitrage), et enfin dans le *mécanisme de la rupture du contrat*, qui se produisait automatiquement, pour la Cour de cassation, en raison des principes sur le droit des contrats, et qui se justifiait, pour la Cour supérieure d'arbitrage, par la théorie du pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise.

22. Cette dualité de jurisprudence ne pouvait être indéfiniment maintenue. Si le problème fut masqué pendant un certain nombre d'années par la guerre, l'interdiction des grèves et des lock-outs, et par la suspension des procédures d'arbitrage obligatoire, il devait se représenter après la Libération. Dans une suite d'arrêts, rendus à la fin du printemps de 1951, la Cour de cassation devait à son tour affirmer le principe nouveau de la suspension du contrat de travail, à l'occasion de conflits survenus au cours de l'année 1947. L'argument qui parut décisif fut la reconnaissance, par le préambule de la Constitution, du droit de grève comme droit constitutionnel. Il parut impossible d'admettre que l'exercice de ce droit pût être considéré comme une faute, ou qu'il impliquât quelque volonté de résilier le contrat de travail. D'ailleurs, avant même que la Cour de cassation ait eu à se prononcer sur ces conflits, le législateur était intervenu, en décidant, dans l'article 4 de la loi du 11 février 1950, que "la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié". La jurisprudence devait reconnaître que ce texte interprétait la formule contenue dans le préambule de la constitution, et qu'il devait donc être appliqué, même à des différends antérieurs à sa promulgation. Les principes, dégagés avant la guerre de 1939 par la Cour supérieure d'arbitrage, sont désormais consacrés dans notre droit. Deux points demeurent pourtant encore incertains: le *contenu* exact de la notion de faute lourde et le *mécanisme* de la rupture. Pour certains auteurs, la faute lourde rompt de plein droit le contrat de travail, de sorte que l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation survivrait dans ce domaine tout au moins. Pour d'autres auteurs, et pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, la faute lourde donne seulement à l'employeur un motif légitime de procéder à la résiliation du contrat sans indemnité; un acte positif de l'employeur est ainsi nécessaire pour provoquer la cessation du rapport contractuel. De la jurisprudence qui se formera sur ces deux points dépendra de façon précise la mesure de la stabilité de l'emploi reconnue aux grévistes.

Le principe, selon lequel la grève ne rompt pas le contrat de travail, constitue une importante contribution à la stabilité de l'emploi. Elle représente une

conquête capitale de la classe ouvrière, en même temps qu'un progrès dans l'élaboration doctrinale du droit de la grève. On constate cependant une indéniable tendance de la Chambre civile de la Cour de cassation au refoulement de ce principe, notamment en délimitant de manière très étroite la notion de grève. Cette tendance s'est surtout affirmée à propos de la grève perlée, des actes préparatoires de la grève, de la grève politique. En excluant toutes ces interruptions de travail de la notion de la grève, la Chambre civile les soustrait à l'application de l'article 4 de la loi du 11 février 1950 et elle peut ainsi décider la rupture de plein droit du contrat de travail.

23. L'évolution du droit de la grève n'est pas limitée aux seules relations qui résultent des contrats individuels de travail. Elle s'est également manifestée dans le domaine de la fonction publique. Une jurisprudence traditionnelle, remontant à un arrêt du Conseil d'État du 7 août 1909, voyait dans la grève une faute grave qui rompait le contrat de fonction publique. La grève entraînait pratiquement une révocation de plein droit, privant le fonctionnaire des garanties disciplinaires habituelles et notamment de la communication du dossier.

Cette situation n'a pas été modifiée expressément par la loi du 19 octobre 1946. Cette loi confère seulement aux fonctionnaires le droit syndical, mais elle ne contient aucune proposition sur le droit de grève. Mais, de même que la Cour de cassation, le Conseil d'État a déduit du préambule de la constitution la liberté pour les fonctionnaires de recourir à la grève. La solution de principe a été donnée dans l'arrêt du Conseil du 7 juillet 1950 (J.C.P. 1950, II, 5681, concl. Gazier).

Tout en posant le principe, le Conseil d'État l'a d'ailleurs limité, en décidant qu'il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, "sous le contrôle du juge, la nature et l'étendue des limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public". Il admettait dans cet arrêt la possibilité, pour le gouvernement, d'interdire à certains fonctionnaires des préfectures de recourir à la grève, et de sanctionner cette interdiction sur le plan disciplinaire. Cette tendance devait être encore renforcée par une importante jurisprudence sur le droit de réquisition.

24. Le *lock-out* soulève beaucoup plus de difficultés, et son régime juridique n'a pas encore été défini avec précision par la Cour de cassation. Les décisions jurisprudentielles sont rares et leur portée difficile à déterminer. Longtemps la grève et le *lock-out* ont été assimilés, et peu de définitions ont été aussi souvent reproduites que celle de Paul Pic, selon laquelle le *lock-out* est "une véritable grève de patrons". La grève et le *lock-out* devraient donc être soumis au même régime. Une analyse plus approfondie devait pourtant révéler l'existence de différences essentielles entre ces deux phénomènes (V. notamment, à une date

récente, les deux études du R.P. Laurent dans la *Revue de l'action populaire*, décembre 1955, "Typologie du lock-out" et "*Lock-out et morale chrétienne*", p. 1160 et s. – 1176 et s.). Le lock-out est décidé personnellement par l'employeur; la grève est décidée par une collectivité de fait, souvent assez mal définie; les responsabilités morales d'un individu peuvent être plus aisément définies que celles d'un tel groupe. D'autre part, la grève laisse les salariés libres de participer à la cessation du travail ou de s'en abstenir, et seuls les grévistes supportent les conséquences de leur acte; le lock-out frappe la totalité (ou des groupes entiers) du personnel, sans faire de distinction entre les salariés plus ou moins désireux de participer au conflit. Enfin, la grève est le fait d'individus, placés dans un état de dépendance, et qui acceptent la perte d'un gain, pourtant indispensable, pour obtenir une amélioration de leur condition: on a pu dire qu'elle possède en ce sens une valeur éthique; le lock-out est décidé par le détenteur de la puissance économique et pour la seule défense d'intérêts matériels. La perte de l'emploi, la gêne qui résulte de la perte du salaire causent aux travailleurs un dommage plus grave que celui apporté par la grève au chef d'entreprise. A la faveur témoignée à la grève répond, à l'époque contemporaine, une certaine réprobation à l'égard du lock-out. Le lock-out n'est certainement pas devenu illicite dans notre droit, quoi qu'en aient pensé certains auteurs. Mais il n'est pas mentionné, comme la grève, dans le préambule de la constitution.

On ne peut, dans le cadre de ce rapport, étudier le régime du lock-out: en définir la notion, et les cas dans lesquels le lock-out conduirait à admettre la suspension du contrat de travail. L'analogie de la grève et du lock-out conduirait à admettre la suspension du contrat de travail. On pourrait invoquer également en ce sens l'intention de l'employeur: celui-ci n'entend pas résilier les contrats de travail conclus avec ses salariés; il veut seulement exclure temporairement son personnel de l'établissement. Un parallélisme rigoureux entre la grève et le lock-out est cependant impossible: la suspension du contrat ayant pour conséquence le maintien des liens contractuels, les salariés seraient obligés de demeurer au service de l'employeur; ils devraient être prêts à reprendre le travail quand il lui plairait, à moins de résilier leurs contrats de travail. Ces solutions ne paraissent pas acceptables. On ne peut pas admettre que l'employeur puisse exiger le maintien des relations contractuelles, tout en privant les salariés de leurs moyens d'existence. On ne peut obliger les salariés à prendre l'initiative de la rupture s'ils veulent se dégager du contrat: on leur imposerait en effet certaines obligations, telles que l'observation du délai-congé et on les priverait de certains droits tels que l'indemnité de licenciement pour longs services. Il faudrait tout au moins corriger le principe de la suspension, en considérant que le lock-out constitue pour les salariés un motif légitime de résiliation, dispensant le travail de tout délai-congé et de toute indemnité envers l'employeur. Mais cette solution peut difficilement être acceptée dans le cadre de notre droit positif. Elle serait

d'ailleurs encore insuffisante, parce que la perte de l'emploi trouve son origine dans un acte de l'employeur. Il paraît difficile d'admettre que celui-ci se libère des obligations, qui pèsent normalement sur lui lors de la rupture du contrat de travail, en contraignant indirectement le salarié à prendre l'initiative de la rupture. On est donc conduit à admettre que le lock-out (à la différence de la grève) s'analyse nécessairement en une résiliation du contrat de travail par l'employeur. Celui-ci est tenu d'observer les obligations imposées lors de la cessation du contrat, et notamment le préavis; il doit verser les indemnités que le droit du travail impose à l'auteur de la rupture. Les services de la main-d'œuvre devraient intervenir pour autoriser le lock-out dans l'industrie ou le commerce. Enfin, cette mesure peut intervenir au cours d'une grève en raison du principe de la suspension du contrat de travail posé par l'article 4 de la loi du 11 février 1950.

Tel est l'état actuel du droit du lock-out. Il est possible que l'évolution législative précise un jour davantage les limites de cette mesure. Une proposition de loi déposée par M. Poimboeuf en 1950 envisageait d'interdire le lock-out, et complétait cette règle par un ensemble de sanctions: le payement des salaires perdus, la mise sous séquestre de l'entreprise, l'allocation de dommages-intérêts au bénéfice du syndicat. Cette proposition n'a pas abouti. Mais elle montre le sens vers lequel peut évoluer notre droit.

Section II

LES LIMITES APPORTÉES AU DROIT DE RÉSILIATION DE L'EMPLOYEUR

§ 1. DÉLIMITATION DU PROBLÈME.

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI DANS LE CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE DÉTERMINÉE

25. La conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée donne une stabilité aux relations du travail, puisqu'elles se poursuivront jusqu'au terme convenu.

L'avantage, il est vrai, a sa contrepartie. Le contrat de travail à durée déterminée prend normalement fin sans préavis, et l'employeur n'est pas obligé de consentir un nouveau contrat. Aucune indemnité n'est due si l'une des parties refuse de proroger les rapports contractuels au-delà du terme convenu (V. notamment Civ. 18 déc. 1907, D.P. 1908, I, 168, S. 1908, I, 241). Une exception n'est admise dans notre droit que pour l'indemnité de clientèle due aux représentants de commerce (n° 46). Le maintien des relations contractuelles reste donc incertain, et l'un des contractants peut se trouver dans une situation délicate s'il ne peut obtenir, comme il l'escomptait, la prolongation des relations du travail.

L'article 10 du Code du travail maritime impose aux parties le respect d'un préavis, qui ne peut être inférieur à vingt-quatre heures, même lorsque l'engagement est conclu pour un temps déterminé. Mais on peut se demander s'il ne serait pas souhaitable d'imposer aux parties de faire connaître leur volonté, quelque temps avant l'arrivée du terme, faute de quoi le contrat serait considéré comme prorogé. Il n'est pas certain qu'une évolution ne se produise pas, et qu'une responsabilité de l'employeur ne soit un jour admise au cas de non-renouvellement d'un contrat à durée indéterminée. Il pourrait en être ainsi, lorsque l'usage s'établit en fait de renouveler les contrats à durée déterminée. Les mesures discriminatoires à l'égard de certains salariés peuvent alors être considérées comme une violation de l'usage, si elles ne sont pas justifiées par un motif légitime. La jurisprudence qui s'est formée au cours des dernières années, et qui tend à la stabilité des contrats conclus par les fonctionnaires des organismes internationaux, peut avoir l'intérêt, non seulement d'assurer, dès à présent, la protection de ces personnels, mais aussi de tracer aux jurisprudences nationales les lignes d'une politique favorable à la stabilité de l'emploi dans les contrats à durée déterminée.

26. On pourrait, d'autre part, concevoir pour les contrats à durée déterminée une autre forme de stabilité de l'emploi. Si l'exécution du contrat a été rendue impossible pendant un certain temps par un obstacle de force majeure, le problème peut se poser de savoir si les relations contractuelles ne devraient pas être prolongées d'un temps égal à celui pendant lequel le salarié a été privé du bénéfice de son contrat. Cette solution n'est pourtant pas celle de notre droit positif. Le contrat à durée déterminée prend nécessairement fin à l'arrivée du terme. Tout au plus peut-on observer que, dans la fonction publique, les fonctionnaires qui ont été empêchés d'exercer leur fonction pendant la guerre de 1939, en raison de leur révocation, de leur déportation ou de leur activité dans la résistance, voient l'âge de leur retraite reporté pendant une durée égale à celle de l'empêchement survenu dans l'exercice de leurs fonctions.

§ 2. LE CONTRAT À L'ESSAI ET LE CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDÉTERMINÉE

27. A la différence du contrat de travail à durée déterminée, le contrat à l'essai et le contrat de travail à durée indéterminée sont voués, sur le plan des principes juridiques, à un régime essentiellement instable.

Le contrat à l'essai a pour but de permettre aux parties de porter un jugement plus assuré sur les avantages que présente pour elles la conclusion d'un contrat. L'employeur peut notamment juger de la valeur professionnelle du salarié et de la manière dont celui-ci s'adapte à la vie de l'établissement.

Les relations contractuelles sont ordinairement très fragiles, le contrat à l'essai étant caractérisé par une faculté de résiliation exceptionnelle. On constate

pendant un effort général, pour éviter que la pratique du contrat à l'essai ne provoque une trop grande instabilité des relations du travail.

Ce mouvement concerne, tout d'abord, la *durée de la période d'épreuve*. Les conventions collectives du travail fixent assez fréquemment une durée maxima. Le législateur l'a même fait lui-même dans des dispositions spéciales. Dans le contrat d'apprentissage, les deux premiers mois sont considérés comme un temps d'essai. Pour les pensionnés de guerre et les personnes qui leur sont assimilées, l'essai ne peut être d'une durée supérieure à une semaine pour les ouvriers et à un mois pour les employés (art. 7, L. 26 avr. 1924). Elle ne peut excéder trois mois pour les représentants de commerce (art. 29 l, dern. al., L. 1^{er} C. trav.).

D'autre part, la jurisprudence a restreint la liberté des parties par la notion de la *fraude*, au cas où l'allongement de la période d'essai (ou le renouvellement du contrat à l'essai) interviendrait pour tourner les règles légales sur la résiliation du contrat à durée indéterminée (Civ. 27 avr. 1933, *Gaz. Pal.* 1933, 2, 101 ss, note a, Civ. 25 avr. 1936, S. 1936, I, 280). Une obligation de préavis est parfois imposée par les conventions collectives ou par les usages (V. alors sur l'obligation rigoureuse d'observer le préavis Soc. 20 oct. 1950, D. 1951, 5). On peut enfin discerner une tendance à subordonner la résiliation du contrat à l'existence de *motifs légitimes* de rupture. La jurisprudence admet sans doute que l'employeur dispose d'une liberté inconditionnelle de résiliation. Elle a cependant décidé que la période d'essai ne peut prendre fin uniquement parce que l'employeur veut confier cet emploi à une autre personne (Civ. 25 janv. 1926, S. 1926, I, 84). Mais la doctrine va plus loin. Elle pense que la faculté de résilier sans motif est conditionnée par son but: permettre l'épreuve des qualités professionnelles du travailleur; en dehors de là, les règles particulières sur la résiliation perdent leur fondement. Un contrôle sur l'exactitude des motifs est d'ailleurs parfois institué par la loi. Il en est ainsi pour les pensionnés de guerre (V. la procédure prévue par l'art. 7, L. 26 avr. 1924).

28. Si l'on peut déjà discerner dans le contrat à l'essai la tendance à la stabilité de l'emploi, le phénomène est surtout manifeste quand il s'agit du contrat à durée indéterminée.

Les principes généraux sur la cessation de ce contrat sont défavorables à la stabilité du contrat. La règle est en effet que le congé n'est pas un acte formaliste. Il n'exige pas l'emploi d'un terme particulier. Il peut être fait verbalement; il peut même être tacite et résulter d'une simple attitude. Tout au plus certaines conventions collectives exigent-elles que le congé soit donné par lettre recommandée et qu'on y indique la durée du préavis. D'autre part, le congé constitue pour son auteur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, parce que l'auteur n'a pas à en fournir les motifs; on peut dire en ce sens qu'il est un acte abstrait. Mais l'insécurité du contrat à durée indéterminée a précisément provoqué une réaction et plusieurs théories se conjuguent pour limiter le droit de résiliation

unilatérale de l'employeur. L'institution du *délai-congé* ne porte pas atteinte au droit de résiliation de l'employeur, mais elle assure la conservation de l'emploi pendant la période de préavis. Dans certaines activités professionnelles, le *contrôle des services de la main-d'œuvre* subordonne à l'autorisation d'un service public la cessation des relations du travail; parfois interviennent des *organismes professionnels*. Des mesures particulières de protection sont données à *certaines catégories de salariés*, et notamment aux représentants du personnel. Une réglementation des *licenciements collectifs* est parfois instituée et des garanties sont données dans l'exercice du *pouvoir disciplinaire*. Enfin, à la stabilisation de l'emploi se superpose le principe d'une *stabilité dans la fonction*.

A. Le délai-congé

29. L'institution du délai-congé est traditionnelle dans notre droit. Elle était déjà prévue par les règlements corporatifs dans la France d'ancien régime. Ces règles ont été conservées par les usages des professions après la Révolution. Mais elles ne présentaient que le caractère d'usages conventionnels, qui pouvaient être librement modifiés par les Parties. La loi du 19 juillet 1928 (qui a modifié l'art. 23, L. 1^{er}, C. trav.) a profondément transformé cette situation. Elle a donné aux règles posées par les usages un caractère impératif. Toute clause d'un contrat individuel de travail ou d'un règlement intérieur fixant un délai-congé, inférieur à celui qui est établi par les usages, est frappée de nullité. La loi prévoit pourtant que les conventions collectives du travail peuvent librement modifier les règles fixées par les usages. Ces conventions étant conclues par des organisations syndicales, placées sur un plan d'égalité, la réduction (ou même la suppression) du préavis ne présentent pas le danger que pourrait avoir une clause d'un contrat individuel de travail. En pratique d'ailleurs, aucune des conventions récentes n'use de ce droit. Bien au contraire, toutes tendent à allonger la durée du préavis. Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de discerner les tendances qui les inspirent. Certaines fixent des délais de préavis différents, selon la place du salarié dans la hiérarchie de l'entreprise. D'autres tiennent compte de l'ancienneté, en prévoyant des délais d'autant plus longs que le salarié a une plus grande ancienneté. Mais la tendance la plus remarquable est celle qui s'inquiète de la situation des ouvriers, souvent moins bien protégés par les usages que ne l'étaient les employés. C'est ainsi que, dans les professions du bâtiment, l'usage était de permettre un licenciement immédiat. La convention collective du Bâtiment prévoit désormais des préavis d'une durée variable selon l'ancienneté et pouvant aller jusqu'à une semaine pour l'ouvrier qui appartient à l'entreprise depuis plus de cinq ans.

Ainsi fixée par les usages et par les conventions collectives, la réglementation des délais de préavis est extrêmement variable selon les différentes professions et régions. Le législateur n'est intervenu qu'en faveur de certaines catégories de

travailleurs: les pensionnés de guerre atteints d'une invalidité physiologique supérieure à 60% (L. 26 avr. 1924, art. 12), les journalistes professionnels (art. 29 c, L. 1^{er}, C. trav.), les représentants de commerce (art. 29 l, L. 1^{er}, C. trav.), les concierges d'immeubles à usage d'habitation (L. 13 janv. 1939).

30. Il ne suffit d'ailleurs pas de constater que le préavis tend à assurer pendant un temps plus long les relations du travail. Il faut analyser plus profondément les indices de la stabilité de l'emploi dans le régime du préavis.

1° Les contrats individuels de travail, qui ne peuvent réduire ou supprimer le préavis, peuvent, au contraire, *fixer le délai-congé* en l'absence d'usages ou de conventions collectives dans la profession et la région. Ils peuvent, d'autre part, *allonger le délai de préavis* ordinairement observé. Une limitation doit pourtant être apportée à ce pouvoir. Le droit de résiliation étant de l'essence du contrat de travail à durée indéterminée, la durée du préavis ne peut être excessive. Toute clause, qui empêcherait en pratique les parties de se séparer en leur imposant un trop long délai, devrait être annulée, comme contraire au principe de la liberté du travail et aux articles 1780 du Code civil et 23, livre 1^{er}, du Code du travail.

2° Le délai de préavis ne peut, d'une manière générale, être prolongé, même par suite d'un cas de force majeure, par exemple de la maladie du salarié au cours du préavis. Une *prorogation légale* a, du moins, été prévue en faveur des salariés astreints aux obligations imposées par le *service préparatoire* ou *rappelés* sous les drapeaux. Ceux-ci bénéficient d'une cause légale de suspension du contrat de travail. En effet, l'impossibilité d'exécuter le contrat ne constitue pas, on le sait, une cause de rupture des relations du travail. L'article 26, livre 1^{er}, du Code du travail autorise cependant la résiliation du contrat pour une autre cause, par hypothèse, légitime. Il décide qu'au cas de dénonciation du contrat, la durée de la période militaire est exclue des délais de préavis et ne fait d'exception que pour le cas où le contrat de travail avait pour objet une entreprise temporaire, prenant fin pendant l'accomplissement du service militaire.

3° La jurisprudence a condamné les *procédés indirects, tendant à la suppression du délai-congé*, soit la pratique du renouvellement indéfini de prétendus contrats à l'essai, soit la dissimulation des contrats à durée indéterminée sous l'apparence de contrats à durée déterminée de très courte durée. Elle considère qu'à l'expiration du contrat originaire, le contrat s'est renouvelé par tacite reconduction, et que l'on se trouve en présence d'un contrat à durée indéterminée, parce que le nombre des tacites reconductions n'a pas été fixé à l'avance. Il en est particulièrement ainsi dans le cas où le salarié est embauché jour par jour. Le contrat est donc soumis à l'application des usages sur le délai-congé (Civ. 9 avr. 1930, *Gaz. Pal.* 2 505 *ss*, note *b*).

4° La jurisprudence admet que l'employeur n'a pas à observer le délai de préavis quand le salarié a commis une faute *suffisamment grave*. Les relations

du travail ont en effet un caractère personnel et il ne paraît pas possible de les maintenir en cas de violation grave du contrat. Mais la brusque rupture est moins facilement admise pour les *pensionnés de guerre*. Le délai de préavis ne peut être supprimé qu'en cas de *faute très grave* (art. 12, al. 3, L. 26 avr. 1924). L'exigence d'une faute très grave est également imposée par certaines conventions collectives. Quant à la Cour de cassation, elle se réserve un pouvoir de contrôle sur la gravité de la faute et censure les juridictions inférieures qui admettent parfois trop aisément la suppression du préavis.

5° Enfin, l'employeur n'est pas seulement tenu d'observer le préavis. *Il ne peut modifier unilatéralement pendant le préavis les conditions du travail*, il ne peut par exemple contraindre les salariés à occuper un nouvel emploi, ou à effectuer d'autres opérations que celles qu'ils accomplissaient antérieurement. Ce problème se rattache à celui de la stabilité dans les fonctions, que nous retrouverons ultérieurement.

B. Le contrôle des services de la main-d'œuvre et des organisations professionnelles

31. L'obligation de respecter le délai de préavis ne concerne que les rapports de droit privé entre l'employeur et le salarié. L'intervention des services de la main-d'œuvre manifeste la formation de nouveaux rapports juridiques entre l'employeur et un service public étatique.

Un système complexe de contrôle sur le marché du travail fut organisé au cours de la guerre en raison d'un régime d'économie dirigée, et pour fournir aux autorités occupantes les travailleurs dont elles avaient besoin pour la poursuite de leur effort de guerre (V. notre *Traité de droit du travail*, t. II, n° 107, partic. p. 189). Toute idée d'une direction de l'économie par l'État ne disparut pas après la Libération. Un contrôle du marché du travail a été institué par l'ordonnance du 24 mai 1945 que compléta un décret du 23 août 1945. Il se manifeste par un contrôle de l'embauchage et de la résiliation des contrats de travail. Des distinctions sont faites entre trois secteurs de l'économie. Une procédure d'*autorisation préalable* est prévue pour les établissements *industriels et commerciaux*, même s'ils ont un caractère artisanal (art. 2, Arr. 6 oct. 1945); il existe ainsi un *secteur de l'économie, soumis à une direction par l'État*. Une simple *déclaration* est imposée dans les professions libérales, les offices publics et ministériels, les syndicats professionnels, les sociétés civiles et les associations: le service de la main-d'œuvre est alors *informé* des résiliations des contrats de travail; ce secteur de l'activité économique est simplement *surveillé*. Il existe enfin un *secteur libre*, correspondant à l'agriculture, au travail des gens de maison et aux entreprises des spectacles.

Ainsi, dans les entreprises industrielles et commerciales, l'employeur doit demander l'autorisation du service de la main-d'œuvre. Le service doit prendre

sa décision dans un délai de sept jours, à compter de la date d'envoi de la demande; le délai est ramené à trois jours si la demande d'autorisation de résiliation est motivée par une faute grave commise par l'autre partie. L'autorisation peut être donnée sous une forme expresse; elle peut aussi être tacite et considérée comme acquise à défaut de réponse dans le délai légal. Quant à la décision de refus, elle revêt toujours une forme expresse et peut être l'objet d'un appel qui est porté devant le directeur départemental du travail, après avis d'une commission consultative où sont représentées les organisations syndicales patronales et ouvrières. Ces règles de l'ordonnance sont sanctionnées pénalement, par des peines correctionnelles d'emprisonnement et d'amende.

32. Un exposé des règles relatives au contrôle des résiliations, limité aux seules dispositions légales, ne donnerait qu'une vue incomplète, et inexacte, des solutions de notre droit positif. Ces textes ont en effet donné lieu à une importante jurisprudence, plus précisément même à plusieurs, émanant, l'une, du Conseil d'État, l'autre, de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, la dernière de la section sociale de la Chambre civile de la Cour de cassation.

1° Le Conseil d'État, en tant que juridiction administrative suprême, a été appelé à connaître des recours contentieux, formés contre les décisions du service de la main-d'œuvre. Il a donné une portée limitée aux textes de l'ordonnance. Considérant que l'ordonnance a eu pour but de permettre une politique d'économie dirigée, le Conseil d'État décrète que le service de la main-d'œuvre ne doit se préoccuper que des conséquences d'ordre *économique* de la mesure de licenciement. Ainsi, l'aspect purement *social* du licenciement échappe à l'appréciation des contrôleurs de la main-d'œuvre (C. Ét. 29 avr. 1949, *Gaz. Pal.* 1949, 1, 284, S. 1949, 3, 56).

2° A l'inverse, la Chambre criminelle, saisie des pourvois formés contre les décisions répressives appliquant les sanctions de l'ordonnance, a adopté un système très rigoureux. Elle observe qu'aucun licenciement ne peut être opéré sans qu'une autorisation ait été demandée au préalable au service de la main-d'œuvre. La règle est générale, absolue, et la Cour n'accepte pas de faire aucune distinction selon que le licenciement est justifié par des motifs d'ordre économique, ou par des fautes commises par les ouvriers. (Crim. 13 janv. 1955, J.C.P. 1955, II, 8752).

3° Enfin, la Chambre civile de la Cour de cassation (section sociale) a été appelée à définir les conséquences, sur les contrats de travail, d'un licenciement, opéré en l'absence d'une autorisation du service de la main-d'œuvre. Elle a donc connu de l'aspect purement privé du différend. Son sentiment a été déterminé par une formule, contenue dans l'article 9 du décret d'application du 23 août 1945, selon lequel "les décisions des services de la main-d'œuvre ne portent pas atteinte aux dispositions du droit commun qui régissent les rapports entre employeurs et salariés". Aussi, la Chambre civile décide-t-elle que le licen-

ciement d'un salarié demeure valable, même en l'absence de toute autorisation administrative, ou malgré un refus d'autorisation (Soc. 24 janv. 1947, S. 1947, I, 71; Soc. 19 mai 1947, *Gaz. Pal.* 1947, 2, 101). Tout ce système est assez peu cohérent. Le licenciement d'un salarié est valable, malgré l'absence d'autorisation du service de la main-d'œuvre, alors que le même acte constitue un délit correctionnel sur le terrain pénal. Et, pour la Chambre criminelle, le délit est constitué du seul fait du défaut d'autorisation, même dans des hypothèses où le Conseil d'État estime que l'Inspection du travail n'a pas à exercer son contrôle. Ces divergences (qui tiennent à l'indépendance dont dispose chaque juridiction suprême) aboutissent à un système heurté et difficilement justifiable.

33. Il n'existe pas au contraire dans notre droit, pour les salariés ordinaires, de participation des organismes professionnels au contrôle des licenciements (si ce n'est sous la forme de la commission consultative, qui assiste le directeur départemental du travail, au cas d'appel contre une décision de refus de licenciement dans les conditions qui ont été précédemment examinées). On constatera, d'autre part, l'intervention d'organismes professionnels dans l'exercice du pouvoir disciplinaire, qu'il s'agisse de la fonction publique ou même des salariés des entreprises privées (n° 38). Enfin, ces organismes jouent un rôle important dans la protection dont bénéficient certains membres du personnel (n° 34).

C. *La protection spéciale de certains membres du personnel*

34. Notre droit a institué une remarquable protection de l'emploi en faveur des représentants du personnel que sont les *membres des comités d'entreprises* et les *délégués du personnel*. Cette protection peut, en second lieu, résulter des règles sur le *règlement des conflits collectifs du travail*. Notre droit a organisé, en troisième lieu, une protection des *chefs de services médicaux et des services sociaux du travail*. Enfin, même de *simples membres du personnel* bénéficient parfois d'une certaine protection.

Les *représentants du personnel* sont efficacement protégés dans notre droit. L'article 22 de l'ordonnance du 22 février 1945 décide que tout licenciement d'un membre titulaire ou suppléant d'un comité d'entreprise devra, obligatoirement, être soumis à l'assentiment du comité. Un organisme professionnel intervient donc pour permettre le licenciement. En cas de désaccord, le licenciement ne peut intervenir que sur décision conforme de l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement. Le contrôle de l'autorité publique se substitue alors à celui des représentants du personnel. Toutefois, en cas de faute grave, le chef d'entreprise a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé en attendant la décision définitive. Ces règles ne sont pas seulement sanctionnées sur le terrain civil. L'article 24 décide que toute entrave, apportée intentionnellement au fonctionnement régulier d'un comité d'entreprise légalement constitué, sera punie d'une peine d'amende et d'emprisonnement correctionnel ou de l'une

de ces deux peines seulement. Des dispositions semblables sont contenues dans les articles 16 et 18 de la loi du 16 avril 1946 sur les délégués du personnel.

35. La situation des représentants du personnel donne lieu à une constatation, analogue à celle précédemment observée à propos du contrôle des licenciements par le service public de la main-d'œuvre. Les trois ordres de juridictions administrative, civile et criminelle ont en effet été compétents pour statuer sur l'un ou l'autre des aspects de cette protection spéciale. Le Conseil d'État, devant qui ont été portés les recours pour excès de pouvoir contre les décisions de l'Inspection du travail, s'est borné à vérifier la *matérialité* des faits. Mais il a refusé de *contrôler l'opportunité* de la décision prise par l'inspecteur du travail (C.E. 30 juin 1950, *Droit social*, 1950, 246, D. 1950, 593, note F.M.). Les inspecteurs du travail disposaient ainsi d'une entière liberté d'appréciation. Ce système a vite révélé ses inconvénients: les chefs d'entreprises se trouvaient livrés à l'appréciation souveraine d'un fonctionnaire de l'administration active, sans qu'aucune juridiction puisse connaître du différend et porter un jugement sur les motifs de congédiement. Il en résultait un véritable déni de justice. Aussi, dans les cas où une faute grave pouvait être reprochée au salarié, les chefs d'entreprises portèrent-ils devant les juridictions de l'ordre judiciaire l'action en résolution du contrat de travail. L'anéantissement du contrat entraînait par voie de conséquence la qualité de représentant du personnel. Cette analyse fut admise par la section sociale de la Chambre civile dans un arrêt du 21 février 1952 (*Droit social*, 1952, p. 325) et, depuis cette date, cette jurisprudence ne s'est jamais démentie. Au contraire, la Chambre criminelle, s'en tenant strictement aux textes de l'ordonnance de 1945 et de la loi de 1946, considère que l'employeur a commis un délit correctionnel, du seul fait qu'il n'a pas demandé ou obtenu l'autorisation du comité d'entreprise ou de l'Inspection du travail, et refuse d'admettre que la résolution judiciaire du contrat puisse faire échapper l'employeur à une responsabilité pénale. Ainsi, tandis que la Chambre civile de la Cour de cassation et, dans une certaine mesure, le Conseil d'État, tempèrent le bénéfice de la stabilité de l'emploi, conféré aux représentants du personnel, la Chambre criminelle s'y attache avec une extrême fermeté, qu'il s'agisse d'un salarié quelconque (en matière de contrôle de l'emploi) ou d'un représentant du personnel.

Cette protection n'est pourtant donnée qu'aux délégués en fonctions. Elle ne bénéficie ni aux candidats à l'exercice de ces fonctions, ni aux salariés dont les fonctions ont pris fin (C. civ. Lyon, 8 déc. 1950, *Gaz. Pal.* 1951, 1, 282; Prud. Marseille, 13 déc. 1951, J.C.P. 1952, éd. C.I., p. 81). Ce n'est pas à dire cependant qu'à défaut de la protection spéciale résultant des textes sur les représentants du personnel, d'autres garanties ne puissent être données à ces salariés. Ils bénéficieraient naturellement des règles sur la rupture abusive du contrat de travail si l'on pouvait établir que la résiliation a été motivée par la volonté de se

débarrasser d'un représentant gênant, mais ils pourraient aussi être protégés par les procédures spéciales de règlement des conflits collectifs du travail.

36. L'atteinte, portée à un intérêt collectif, constitue un des éléments constitutifs de la notion de *conflit collectif du travail*. La lésion de cet intérêt est souvent réalisée à l'occasion de mesures de licenciement. Il suffit de supposer que la décision de l'employeur constitue une atteinte à la liberté d'opinion ou à la liberté syndicale de certains membres du personnel, ou aux droits d'un militant ou d'un représentant d'une organisation syndicale, au droit des membres du personnel d'être candidats à une élection de membre d'un comité d'entreprise, ou qu'elle a été motivée par le fait d'avoir rempli les fonctions de membre de ce comité ou de délégué du personnel.

Les conflits collectifs du travail doivent être soumis à une procédure de conciliation, devant une commission composée de délégués des organisations syndicales patronales et ouvrières et de représentants de l'autorité publique. L'intervention de cette commission peut aplanir certains différends collectifs du travail. Mais ce sont surtout les procédures d'arbitrage obligatoire qui ont joué, à cet égard, un rôle important dans notre droit (n° 49).

37. Des règles, analogues à celles qui concernent les délégués du personnel et les membres des comités d'entreprises, s'appliquent aux *médecins du travail* et aux *conseillers ou conseillères chef du travail* (qui dirigent les services sociaux des entreprises). La confiance nécessaire, que le personnel doit pouvoir leur témoigner, a fait exiger l'assentiment du comité d'entreprise pour leur embauche et leur licenciement (Décret 2 nov. 1945). En cas de désaccord entre le chef d'entreprise et le comité, le conflit est également tranché par l'Inspection du travail. Une différence essentielle sépare cependant la situation de représentant du personnel et celle des services sociaux: il n'existe pas de sanction pénale au cas de violation des règles sur la protection de ces salariés.

L'intervention des comités d'entreprises et, éventuellement, celle de l'Inspection du travail pour les représentants du personnel et les chefs de services médicaux ou sociaux assurent avec une réelle efficacité la protection de ces groupes de salariés. Le Conseil d'État considère même que ces règles ont le caractère de garanties d'ordre disciplinaire, chaque fois que le licenciement a pour cause une faute reprochée par l'employeur à ces salariés. Aussi exige-t-il que l'intéressé puisse se justifier devant l'inspecteur du travail (C.E. 11 juin 1948, D. 1949, 106, *Droit social*, 1948, 284). On peut même se demander si cette garantie des droits de la défense ne doit pas être donnée au salarié devant le comité d'entreprise, qui serait alors appelé à examiner contradictoirement les griefs adressés par l'employeur au membre du personnel.

38. Les salariés des entreprises privées, qui ne rentrent pas dans l'une des catégories privilégiées dont la condition vient d'être décrite, ne bénéficient pas,

en général, d'une protection particulière. Les règles qui concernent les pensionnés de guerre ont été précédemment exposées. Deux dispositions concernant les travailleurs étrangers méritent pourtant d'être signalées. Tout d'abord, l'employeur qui a provoqué l'introduction de travailleurs étrangers en France, et qui résilie sans motif légitime les contrats de travail le liant à ces salariés, est exposé, après la troisième résiliation intervenue dans ces conditions, à ne plus se voir accorder d'avis favorable pour l'introduction de nouveaux travailleurs. L'emploi qu'il offre à son personnel est trop instable pour que l'on puisse encourager l'immigration en France et le placement chez cet employeur de travailleurs étrangers. L'article 64 a, L. II C. trav. interdit, d'autre part, sous une sanction pénale, le fait pour un employeur d'embaucher un travailleur étranger introduit en France avant l'expiration du contrat de travail en vertu duquel il a été introduit. Cette répression répond en partie à une pensée de direction économique de la main-d'œuvre, mais elle est surtout une protection donnée à l'employeur, en contrepartie des obligations qui lui ont été imposées, et particulièrement de la redevance versée pour l'immigration du travailleur.

D. La réglementation des licenciements collectifs

39. L'article 10 de l'ordonnance du 24 mai 1945 décide que, dans les établissements soumis à la législation sur le contrôle de l'emploi, l'employeur est tenu d'établir un règlement intérieur. A défaut de convention collective applicable à l'établissement, cet acte détermine les règles générales relatives à l'ordre de licenciement en cas de licenciement collectif; il doit être établi en tenant compte des *charges de famille*, de l'*ancienneté des services* dans l'établissement, et des *qualités professionnelles*. D'autre part, l'article 31 g, L. 1^{er} C. trav., décide que les conventions collectives, conclues par les organisations syndicales les plus représentatives, doivent contenir une clause, relative aux conditions de licenciement des travailleurs. Ce texte a incité les organisations syndicales à réglementer les licenciements collectifs. Leurs préoccupations se sont particulièrement affirmées depuis le développement d'une politique de productivité. Le problème a particulièrement retenu en 1951 l'attention des signataires de la convention collective de l'Industrie textile. La convention prévoit que, lorsqu'une entreprise envisagera une amélioration de matériel ou une réorganisation des méthodes de travail, elle devra, en principe, le faire sans procéder à des licenciements. Si ceux-ci sont inévitables, des mesures appropriées devront être prises en faveur du personnel, telles que le reclassement, des indemnités de chômage, des compléments de retraites. Si l'entreprise ne peut assurer elle-même ce reclassement, le syndicat patronal s'efforcera de le faciliter. En cas d'impossibilité de reclassement, les travailleurs licenciés et non reclassés recevront une indemnité spéciale, égale à trois mois de salaires.

E. La réglementation du pouvoir disciplinaire

40. Malgré les mesures prises pour éviter la cessation des relations du travail, le principe n'en demeure pas moins qu'une stabilité complète de l'emploi n'est pas assurée dans les entreprises privées. Cette stabilité est beaucoup plus complète dans les services publics, que caractérise une loi de continuité. Sans doute, des emplois peuvent être supprimés et des mesures de dégageant des cadres peuvent intervenir; ces situations n'en sont pas moins exceptionnelles. D'autre part, les fonctionnaires publics sont énergiquement protégés contre le risque d'une révocation, prononcée à titre disciplinaire. Notre droit impose que le dossier soit communiqué à l'intéressé, de sorte que la procédure devient contradictoire. L'avis de conseils de discipline doit être sollicité, et ces commissions comprennent des représentants élus des fonctionnaires. Les commissions ne donnent qu'un simple avis, qui ne s'impose pas à l'autorité hiérarchique. Mais, si cet avis n'est pas suivi, l'intéressé ou même le conseil de discipline peuvent former un recours devant le *Conseil supérieur de la fonction publique*. Le ministre décide en dernier ressort, sous le contrôle du recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative. Enfin, certains fonctionnaires ne peuvent être frappés de peine disciplinaire que sur l'avis *conforme* du conseil de discipline. Ce régime concerne les fonctionnaires inamovibles, tels que les officiers ou les professeurs de l'enseignement supérieur. Le *Conseil supérieur de la magistrature*, institué pour assurer l'indépendance de la justice, est l'organe disciplinaire suprême en ce qui concerne les juges des cours et des tribunaux. Des tendances semblables se retrouvent dans les statuts applicables au personnel de certaines entreprises nationalisées. Le *statut du mineur* prévoit que les agents titulaires ne peuvent être licenciés que pour trois motifs: la réduction du nombre des emplois, l'inaptitude physique, l'insuffisance professionnelle; une commission paritaire doit alors donner un avis conforme (art. 6, § 2, du statut). Des dispositions comparables sont contenues dans le statut du personnel des industries électriques et gazières (art. 3 et 6, Décr. 22 juin 1946).

41. Le droit des conventions collectives tend lui aussi à assurer une protection contre les mesures de *congédiement*, décidées par l'employeur pour des motifs disciplinaires, et cette tendance s'est développée sous l'influence du législateur. L'article 31 g, 3°, du livre 1^{er} du Code du travail oblige en effet les organisations syndicales les plus représentatives à insérer dans leurs conventions collectives une clause relative . . . "aux conflits de licenciement des travailleurs". Certaines conventions reconnaissent aux salariés le droit de faire entendre leurs observations, accompagnés d'un délégué du personnel. Certaines énumèrent les fautes susceptibles d'entraîner la cessation des relations du travail. D'autres, telle que celle des Banques, prévoient l'intervention d'un conseil de discipline. Il en est qui imposent l'avis de l'Inspection du travail. D'une manière générale, l'employeur

conserve néanmoins son pouvoir de décision. L'avis que lui donnent les conseils de discipline ou l'Inspection du travail est purement consultatif. Seule, à notre connaissance, la convention collective du personnel des organismes de sécurité sociale transfère le pouvoir de décision à un conseil de discipline paritaire, ou, en cas de partage, à un arbitre. Ces formalités n'en sont pas moins importantes. Leur observation constitue une condition de forme, imposée pour la validité du licenciement, et la détermination des fautes, susceptibles de motiver le congédiement, permet aux tribunaux d'exercer un contrôle sur la validité de la sanction.

F. La stabilité dans la fonction

42. Le désir d'assurer au salarié la stabilité de son emploi ne doit pas seulement conduire à protéger le travailleur contre le risque d'une perte de l'emploi. Encore faut-il qu'une stabilité lui soit garantie dans sa fonction même. Cette situation est naturelle dans la fonction publique. Sans doute, les exigences du service pourront-elles amener des changements dans la nature et dans le lieu d'accomplissement du travail, mais seulement dans les limites prévues par le statut. Mais le fonctionnaire est assuré, en raison de la continuité du service, qu'il ne sera pas exposé à voir ses fonctions modifiées par suite d'un trouble qui atteindrait le fonctionnement du service. Le seul risque réel est celui d'une sanction disciplinaire, l'atteignant dans sa fonction. Le déplacement d'office, l'abaissement d'échelon, la rétrogradation sont prévues, dans un ordre de gravité croissant par le statut de la fonction publique, parmi les peines disciplinaires intermédiaires entre les peines les moins graves (telles que l'avertissement ou le blâme), et la révocation (sans ou avec suspension des droits à pension). Les garanties disciplinaires doivent être, en ce cas, respectées.

43. Le problème se pose différemment dans les entreprises privées. Le fonctionnement de ces entreprises offre, d'une manière générale, plus de liberté au chef d'entreprise pour modifier les fonctions confiées au salarié. Le droit de direction qui appartient à l'employeur lui permet, soit de changer de service l'un de ses salariés (afin de lui confier un emploi mieux en rapport avec sa capacité), soit d'opérer une modification du lieu de travail. Les usages, les conventions collectives, les clauses des contrats individuels de travail confirment souvent, et précisément, le droit de l'employeur.

Mais ce principe comporte en lui-même ses limitations. Il se peut en effet que les parties aient envisagé un emploi déterminé et un lieu fixe pour l'exécution du contrat. Il est surtout naturel d'admettre que l'employeur n'a pas le droit de rétrograder le salarié. Aussi la Cour de cassation décide-t-elle que si la modification apportée aux conditions du travail n'est pas autorisée par le contrat de travail ou par les autres règles applicables à la relation de travail, elle ne peut résulter que du consentement mutuel des parties. L'employeur, qui prétendrait

modifier par sa seule volonté l'une des conditions du travail dans un contrat de travail à durée déterminée, violerait les obligations qu'il avait assumées. Dans les contrats à durée indéterminée, au contraire, la faculté pour chaque partie, de proposer à l'autre une modification des conditions du travail est implicitement contenue dans l'article 23, L. 1^{er}, du Code du travail, qui donne à chaque contractant un droit de résiliation unilatérale. Les modifications apportées aux conditions du contrat sont donc soumises aux règles protectrices des licenciements: elles sont éventuellement régies par les dispositions qui limitent l'exercice du pouvoir disciplinaire. Le problème se pose même de savoir si ces modifications ne doivent pas être considérées comme un abus de droit dans la résiliation du contrat de travail. On voit ainsi, au terme de ce chapitre, combien sont divers les procédés techniques qui tendent à assurer aux travailleurs la stabilité de leur emploi, en s'efforçant d'empêcher la cessation des relations du travail. Ce résultat ne peut toujours être obtenu: un second ordre de procédés intervient alors, ils ont pour but de réparer le dommage causé par la perte de l'emploi.

CHAPITRE III

LA RÉPARATION DU DOMMAGE RÉSULTANT DE LA PERTE DE L'EMPLOI

44. La perte de l'emploi entraîne des conséquences si graves pour le salarié que notre droit s'est efforcé d'organiser une réparation du dommage ainsi causé. Le premier procédé consiste dans le versement par l'employeur de certaines *indemnités* aux salariés. On le remarquera d'ailleurs: l'indemnité n'a pas uniquement un caractère réparateur, parce que la perspective de la verser détourne souvent l'employeur de procéder à la résiliation du contrat; elle garantit ainsi de deux manières différentes la stabilité de l'emploi. Le second procédé consiste à *réintégrer* le salarié dans l'entreprise et à rétablir ainsi les relations du travail.

Section I

LES INDEMNITÉS DE RUPTURE DU CONTRAT

45. Trois groupes d'indemnités peuvent être distingués: les indemnités de *brusque rupture*, les indemnités de *licenciement non abusif*, les indemnités pour *rupture abusive* du contrat.

L'indemnité de *brusque rupture* ne présente aucune originalité dans le contrat à *durée déterminée*. La jurisprudence évalue le montant des dommages-intérêts en prenant pour base le salaire que le travailleur aurait perçu s'il était resté dans l'entreprise jusqu'à la date convenue. Les contrats à durée déterminée contiennent d'ailleurs parfois une clause pénale, qui fixe forfaitairement le montant des dommages-intérêts en cas de rupture par l'une des parties. Cette indemnité n'est

pas soumise à un régime juridique particulier. Notamment, elle ne bénéficie pas du privilège général prévu par l'article 2101, 4°, du Code civil.

Un système plus original est au contraire organisé au cas de brusque rupture du *contrat à durée indéterminée*. L'indemnité est égale à la rémunération qui aurait été payée au salarié pendant la durée du travail (Req. 22 mars 1904, D.P. 1904, I, 444). Elle est donc indépendante du préjudice réellement subi, et peut être selon les cas supérieure ou inférieure.

L'indemnité de délai-congé ne constitue pas pour le travailleur un salaire, mais elle s'y substitue tout au moins, de sorte qu'elle lui emprunte une partie de ses caractères. Elle est partiellement insaisissable, dans la même mesure que le salaire, et la loi du 19 juillet 1928 lui a étendu le privilège général de l'article 2101, 4°, du Code civil. La prescription applicable est également celle fixée en matière de salaires. D'autre part, l'article 23, alinéa 9, livre 1^{er} du Code du travail interdit aux parties de renoncer par avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts. La renonciation anticipée à l'indemnité de délai-congé est donc nulle, et il en serait de même des conventions réduisant le taux de l'indemnité. Cette règle répond, dans le domaine de l'indemnisation, à celle, antérieurement exposée, qui concerne la durée du préavis. Dans le cours des relations du travail, seules seraient valables les conventions qui fixeraient le montant des dommages-intérêts à une somme égale ou supérieure au montant de l'indemnité de délai-congé. Cette situation ne se modifie qu'après la cessation des relations du travail, au moment où le salarié a recouvré une complète indépendance vis-à-vis de l'employeur. La créance d'indemnité étant déjà née, il dépend de l'intéressé d'apprécier en toute liberté s'il doit ou non l'exercer.

46. L'indemnité de délai-congé est susceptible d'être versée à tous les salariés, mais il suffit à l'employeur d'observer le préavis pour être dispensé de la verser. Les indemnités de *licenciement non abusif* présentent un caractère différent. Elles ne sont instituées qu'en faveur de certains membres du personnel, mais elles doivent alors nécessairement être versées par l'employeur, si les conditions, prévues par la règle juridique qui les institue, sont remplies.

La première indemnité de ce type est l'*indemnité de licenciement* ou *indemnité d'ancienneté*. La première qualification vient de ce que l'indemnité n'est versée qu'en cas de résiliation du contrat du fait de l'employeur, la seconde, moins répandue, est plus satisfaisante: d'abord parce qu'elle révèle la cause juridique de l'indemnité, mais aussi parce que le licenciement peut entraîner le paiement d'autres indemnités.

L'indemnité de licenciement n'est pas l'objet d'une réglementation de caractère général. Seule, celle qui est due aux journalistes a été l'objet d'une intervention législative (L. 29 mars 1935, art. 29 *d*, L. 1^{er}, C. trav.). Ces indemnités ont été créées en faveur des employés par les usages et les conventions collectives de travail. Elles tiennent au fait que les employés sont incorporés, plus

encore que les ouvriers, dans l'établissement qui les occupe. Ils éprouvent de plus grandes difficultés à s'adapter à une situation nouvelle. Mais, sous l'effet du phénomène général de diffusion déjà observé, le droit à une indemnité de licenciement tend désormais à être reconnu aux ouvriers. Le temps exigé pour percevoir l'indemnité est alors généralement plus long, tandis que le montant des indemnités est souvent plus faible.

Lorsque l'indemnité est versée à des travailleurs âgés, son aménagement pose les problèmes généraux de l'assurance vieillesse. Certaines conventions collectives (concernant généralement les ouvriers) majorent l'indemnité, parce que le salarié aura de plus grandes difficultés à se replacer. D'autres, au contraire, tiennent compte des droits conférés aux travailleurs âgés par les institutions de sécurité sociale et s'inquiètent du vieillissement du personnel; elles prévoient une réduction de l'indemnité à partir de soixante ans: il en est souvent ainsi pour les employés. Lorsque des régimes privés de retraites sont institués, certaines conventions collectives posent même la règle du non-cumul de l'indemnité et de la retraite, parce que cette dernière institution assure la subsistance du salarié et fait disparaître le préjudice résultant de la perte de l'emploi.

Le second type d'indemnité de licenciement non abusif est celle versée aux représentants de commerce, au cas de résiliation de leur contrat par l'employeur. Par une disposition remarquable, elle est même due dans le contrat à durée déterminée, lorsque le contrat est rompu avant l'échéance, ou n'est pas renouvelé une fois parvenu à son terme (art. 290, L. 1^{er}, C. trav.). Cette indemnité, dite de clientèle, est calculée en tenant compte de certains éléments: soit l'*apport* d'une clientèle par les représentants, au moment de la conclusion du contrat, soit la *création* d'une clientèle dans un nouveau secteur, soit le *développement* d'une clientèle que l'employeur possédait déjà. Le texte de l'article 290, livre 1^{er}, du Code du travail exige que, par ce fait, la clientèle ait été augmentée en *nombre* et en *valeur*.

47. L'indemnité pour *rupture abusive* du contrat de travail répond à une idée toute différente des précédentes. Elle n'a pas pour but de compenser la perte de l'emploi que subit un salarié comptant une certaine ancienneté. Elle ne diffère pas moins de l'*institution* du préavis, parce qu'elle peut être due, même si l'employeur a observé l'obligation du délai-congé. Elle ne trouve donc pas sa source dans un élément objectif, mais dans une donnée subjective: l'abus de droit, commis par l'employeur.

Cette théorie de la rupture abusive a été l'une des plus discutées de notre droit du travail. Elle pose en effet trois ordres de problèmes: les uns relatifs à la *notion* de l'abus de droit, les autres à la *preuve*, les derniers relatifs au *montant* et au *régime* de l'indemnité.

1° La *notion* de l'abus de droit a été l'occasion de nombreuses controverses, et l'on peut discerner une tendance, sans cesse plus libérale, de la Cour de cassa-

tion, pour admettre cette responsabilité. A l'origine, la Cour paraissait n'admettre de responsabilité que si l'on pouvait reprocher à l'employeur une *intention de nuire* au salarié. Puis cette responsabilité s'est élargie au cas de *faute lourde* (par exemple si l'employeur licencie le salarié pendant une période de chômage saisonnier, alors que la cessation du contrat aurait pu intervenir plus tôt, à un moment où le salarié aurait pu plus facilement trouver un emploi). Elle s'est étendue à l'hypothèse d'un *détournement de pouvoir*, si l'employeur licencie un salarié parce qu'il appartient à un syndicat ou à un parti politique. Peu à peu, la notion d'*abus de droit* s'est ainsi effacée devant celle de la *faute*. Et l'employeur voit sa responsabilité engagée, chaque fois qu'il a agi autrement que ne l'aurait fait un chef d'entreprise d'une prudence et d'une diligence normales. Selon la formule d'un des récents arrêts de la Cour de cassation, l'employeur engage sa responsabilité lorsque le licenciement "procède d'une intention *malveillante* ou *malicieuse*, d'une *erreur inexcusable* ou d'une *légèreté blâmable*" (Soc. 3 juillet 1953, *Quest. prud.*, 1954, 407). Quelques exemples préciseront la portée du principe. L'abus de droit dans la rupture du contrat a été admise lorsque le licenciement intervient en violation d'une convention collective (Soc. 1^{er} août 1950, *Bull. cass.*, 1950, 3, 491), ou qu'il se produit sous la forme d'une rétrogradation, motivée par l'activité syndicale d'un salarié (Soc. 17 mai 1951, *Quest. prud.*, 1952, 36) lorsque l'employeur donne une publicité peu justifiée à la décision de licenciement (Soc. déc. 1951, *Quest. prud.*, 1952, 209), quand il prononce le licenciement, à la suite d'imputations graves, présentées contre le salarié, et dont une enquête établit l'inanité (Soc. 7 mars 1952, *Bull. cass.*, 1952, 2, 146), quand il licencie une de ses employées en raison de malaises dus à un état de grossesse (Soc. 4 août 1952, *Gaz. Pal.*, 1952, 2, 351), quand il ne respecte pas la promesse de réembauchage dans un emploi vacant qu'il avait faite lors du licenciement (Soc. 20 nov. 1952, *Bull. cass.*, 1952, 4, 597), quand il rompt le contrat de travail après avoir promis un emploi stable (Soc. 23 oct. 1952, *Quest. prud.*, 1953, 26), quand il licencie précipitamment un salarié malade, sans même avoir reçu le certificat de maladie (Soc. 17 avril 1953, *Bull. cass.* 1953, 4, 212), quand la résiliation du contrat est destinée à rendre libre la place d'un employé, ancien et méritant, pour la donner au gendre de l'employeur (*Bull. cass.*, 1953, 4, 416). Au contraire, le licenciement est légitime chaque fois qu'il est motivé par l'intérêt de l'entreprise (V. l'idée développée par R. Poplawski, J.C.P., 1946, II, 3206), c'est-à-dire s'il intervient sous l'influence de considérations d'ordre économique ou technique, ou d'un souci de discipline.

2° La question de la *preuve* à apporter dans les actions relatives à la rupture abusive du contrat de travail n'a pas moins été discutée, et la controverse n'est pas entièrement close. La règle traditionnelle de la jurisprudence est que la victime de la résiliation doit faire la preuve de l'abus de droit, commis par l'autre partie. Deux lois sont cependant intervenues, en 1890 et en 1928, dont une partie de la doctrine a pensé qu'elles auraient dû déplacer la charge de la preuve

et obliger l'employeur à établir l'existence d'un motif légitime de résiliation. La Cour de cassation maintient pourtant toujours le même principe: la charge de la preuve incombe au salarié qui se prétend abusivement licencié par l'employeur. La responsabilité de l'employeur ne résulte donc pas du fait que le salarié n'a commis aucune faute, ni même de l'inexactitude du motif allégué par l'employeur. Le salarié doit démontrer la faute de l'employeur. Tout au plus, une facilité de preuve a-t-elle été donnée à la victime de l'abus par l'article 23, livre 1^{er} du Code du travail (modifié par la loi du 19 juillet 1928). "Le tribunal, pour apprécier s'il y a abus, pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture". La loi l'invite donc à jouer un rôle actif dans la recherche des preuves, et à faciliter ainsi la preuve de la faute. (V. sur ces principes: Soc. 19 juin 1951, *Bull. cass.*, 1951, 3, 35; Soc. 20 avril 1951, *Bull. cass.*, 1951, 3, 215; Soc. 26 nov. 1953; *Bull. cass.*, 1953, 4, 535.)

La jurisprudence civile demeure néanmoins assez stricte. Au contraire, les juridictions arbitrales, qui furent appelées, avant la guerre de 1939, à régler les conflits collectifs du travail, se montrèrent beaucoup plus favorables au salarié, et aboutirent à imposer en fait à l'employeur la preuve d'un motif légitime de congédiement.

3° Le *montant* de l'indemnité est déterminé par l'article 23, livre 1^{er} du Code du travail selon des bases différentes de celles prévues pour l'indemnité de brusque rupture. Le juge doit en effet tenir compte des *usages* (notamment dans la mesure où ils concernent la stabilité de certains emplois), la *nature des services* engagés, l'*ancienneté* des services et l'*âge* du salarié, les *retenues opérées* et les *versements effectués en vue d'une pension de retraite*.

Les parties ne peuvent renoncer par avance au droit de demander des dommages-intérêts. Une clause pénale ne serait efficace que si l'indemnité qu'elle prévoit est au moins égale au montant des dommages-intérêts.

La résiliation du contrat peut ainsi donner lieu au versement d'indemnités diverses dont la cause juridique est différente, de sorte que le salarié a le droit de les cumuler éventuellement (par exemple, l'indemnité de délai-congé et celle pour rupture abusive du contrat de travail). Si importantes qu'elles soient, elles n'évitent pourtant pas au salarié la perte de l'emploi. Aussi, en cas de rupture abusive du contrat de travail, un effort a été fait pour substituer à l'indemnisation en argent une réparation en nature: la réintégration dans l'emploi. La question devra donc être rapprochée des autres hypothèses de réintégration des salariés.

Section II

LA RÉINTÉGRATION DANS L'EMPLOI

48. Notre droit a imposé dans certains cas à l'employeur l'obligation de reprendre un salarié qui avait cessé d'être à son service. Cette reprise des contrats de travail a été l'objet d'une réglementation d'ensemble dans l'ordonnance du

1^{er} mai 1945, au profit d'un ensemble de personnes victimes de la guerre, parmi lesquelles on citera: les mobilisés, les prisonniers de guerre rapatriés, les détenus et déportés, les personnes qui avaient perdu leur emploi en raison de leur participation à la résistance, celles qui furent soumises au travail forcé pour les autorités occupantes, les réfugiés. On a vu d'autre part que l'article 25a, livre 1^{er} du Code du travail prévoit un droit à réintégration pour les personnes appelées au service militaire légal. Ces réintégrations sont également parfois admises par les conventions collectives au profit d'anciens salariés de l'entreprise dont le contrat de travail a été rompu par la maladie ou l'accomplissement de fonctions syndicales. Ces clauses étaient également fréquentes dans les conventions collectives mettant fin aux grèves, alors que la jurisprudence admettait que la grève rompait le contrat de travail. Elles sont devenues sans objet depuis le vote de la loi du 11 février 1950, qui a substitué la suspension à la rupture du contrat.

Lorsque la réintégration ne peut être assurée, par exemple en raison de la suppression de l'emploi, il arrive fréquemment que le législateur ou les organisations syndicales, signataires d'une convention collective, créent tout au moins une priorité d'embauchage en faveur du personnel protégé. Il en est notamment ainsi dans l'article 25a, livre 1^{er}, du Code du travail en faveur des salariés appelés à accomplir leur service militaire légal (voir le dernier alinéa de cet article).

49. Mais, en dehors des réintégrations décidées par le législateur ou par les réglementations contenues dans les conventions collectives, les tribunaux n'ont-ils pas le pouvoir d'ordonner la réintégration dans l'entreprise d'un salarié victime d'une mesure illégale? Ainsi se pose le problème d'une réintégration judiciaire. La question s'est fréquemment posée, avant la guerre de 1939, devant les juridictions arbitrales. Et la Cour supérieure d'arbitrage reconnut aux surarbitres le droit d'imposer le réembauchage par priorité des salariés, victimes d'atteintes à la liberté syndicale. Elle leur reconnut même le droit de prescrire cette mesure en faveur des grévistes (avec une priorité pour les délégués du personnel), afin de rétablir la paix sociale (C.S.A. 16 mai 1938, *Droit social*, 1938, p. 247 et s., et les conclusions de P. Tissier; C.S.A. 23 mai 1938, *Droit social*, 1938, p. 261; C.S.A. 15 juin 1938, *Droit social*, 1938, 308). Les surarbitres n'ont refusé de procéder à la réintégration que s'il s'agissait d'employés supérieurs, collaborateurs immédiats du chef d'entreprise. Ils ont estimé que, dans ce cas, les relations personnelles existant entre les parties, et la confiance nécessaire qui doit les unir, ne permettaient pas d'imposer à l'employeur la présence d'un employé contre sa volonté. Un retour au droit commun se produisait alors et l'abus de droit était réparé par le versement d'une indemnité.

La Cour de cassation, saisie du règlement des conflits individuels du travail, a, au contraire, refusé d'admettre cette solution. Le problème s'était pourtant parfois posé devant elle dans des conditions très favorables, à l'occasion d'un

licenciement irrégulier des représentants du personnel. En l'absence de l'assentiment du comité d'entreprise, ou de l'autorisation de l'inspecteur du travail, le contrat de travail du représentant du personnel n'est pas en effet rompu. La relation de travail subsistant, il paraissait assez naturel de considérer que le salarié pût prétendre à sa place dans l'entreprise. La Cour de cassation a pourtant dénié aux juridictions inférieures le droit de décider cette mesure (Soc. 27 nov. 1952, *Droit social*, 1953, 101). La nullité du congédiement rétablit bien les relations du travail. Mais l'employeur n'est tenu que d'une obligation de faire, qui ne peut donner lieu qu'à une condamnation à dommages-intérêts, conformément à l'article 1142 du Code civil. La solution a également été admise pour un salarié auquel l'employeur avait promis sa réintégration (Soc. 23 mars 1953, *Droit social*, 1953, p. 415). On peut penser que la solution est regrettable; il serait souhaitable que les juges du fond puissent au moins prononcer sous astreinte une condamnation à la réintégration, pour tenter de vaincre la résistance de l'employeur.

50. Ainsi décrite dans toute son ampleur, la stabilité de l'emploi apparaît bien comme un des phénomènes de lente "dérive" qui donnent des contours nouveaux aux structures sociales. L'instabilité de l'emploi qui caractérisait le XIX^e siècle disparaît insensiblement du monde contemporain. Les différents groupes de travailleurs exercent sur la formation du droit contemporain des poussées alternées, mais qui finissent par se rejoindre, et le résultat est la conquête d'un régime assez uniforme, indépendant de la qualification juridique donnée à la relation de travail. Dans l'ensemble, la stabilité de l'emploi a apporté d'incontestables bienfaits dans l'ordre individuel comme sur le plan social.

Cependant il n'est peut-être pas inutile de déceler les dangers que ce mouvement peut présenter. Ils ne consistent pas, à notre sens, dans les charges financières qui en résultent pour les entreprises (paiement d'indemnités pendant les périodes de suspension du contrat, indemnités de licenciement par exemple). Bien que cet aspect du phénomène ne soit pas négligeable, ces charges peuvent être considérées comme une des formes par lesquelles (indépendamment d'une hausse des salaires) les travailleurs sont associés à la prospérité générale de l'économie et à l'accroissement du revenu national. Les nuances qu'il convient d'apporter à un jugement favorable sont d'une autre nature.

Tout d'abord, ainsi que nous l'avons observé à propos de la stabilité de l'emploi au Brésil, "la vie juridique, si originale soit-elle, n'en a pas moins le caractère fondamental de tous les phénomènes vitaux: la souplesse, la faculté de s'adapter aux changements du milieu. La pérennité du rapport contractuel introduit dans les relations juridiques une extrême rigidité. Or, le milieu social ne demeure pas inerte devant l'intervention du législateur. Toute loi y provoque des réactions, plus ou moins prévisibles. L'organisation de l'entreprise peut exiger des mutations du personnel, un rajeunissement des cadres que la stabilité de l'emploi

ne permet pas toujours. Et, sans commettre la faute grave qui motiverait un congédiement, le salarié, assuré de la stabilité de son emploi, relâche souvent sa diligence professionnelle: il est un art de vivre en marge du Code du travail". Par une réaction naturelle de défense, les entreprises cherchent parfois à résilier les contrats de travail conclus avec leurs salariés avant qu'ils ne bénéficient de certains droits (par exemple, des avantages attachés à l'ancienneté), ou elles manifestent une certaine répugnance envers l'embauchage de salariés déjà parvenus à l'âge de la maturité, parce qu'elles craignent que la stabilité de l'emploi ne les oblige à conserver indéfiniment des individus que l'âge ne tardera pas à atteindre. La stabilité de l'*emploi* a ainsi pour résultat de provoquer l'instabilité des *travailleurs*.

La stabilité de l'emploi ne présente pas seulement certains dangers pour l'entreprise et pour le personnel. Dans son célèbre rapport sur le plein emploi, Lord Beveridge a montré que la lutte contre le chômage suppose une "mobilité organisée du travail". Il est nécessaire d'éviter qu'il ne se forme dans certaines professions ou dans quelques régions une main-d'œuvre excédentaire, alors qu'un emploi serait possible moyennant un changement d'activité professionnelle ou éventuellement de région. Ainsi que l'observe Beveridge, "mobilité du travail ne veut pas dire mouvement perpétuel . . . La mobilité organisée du travail signifie que les hommes se dirigent rapidement vers un emploi, lorsqu'il y en a un" (*Du travail pour tous dans une société libre*, n° 237, p. 188-189).

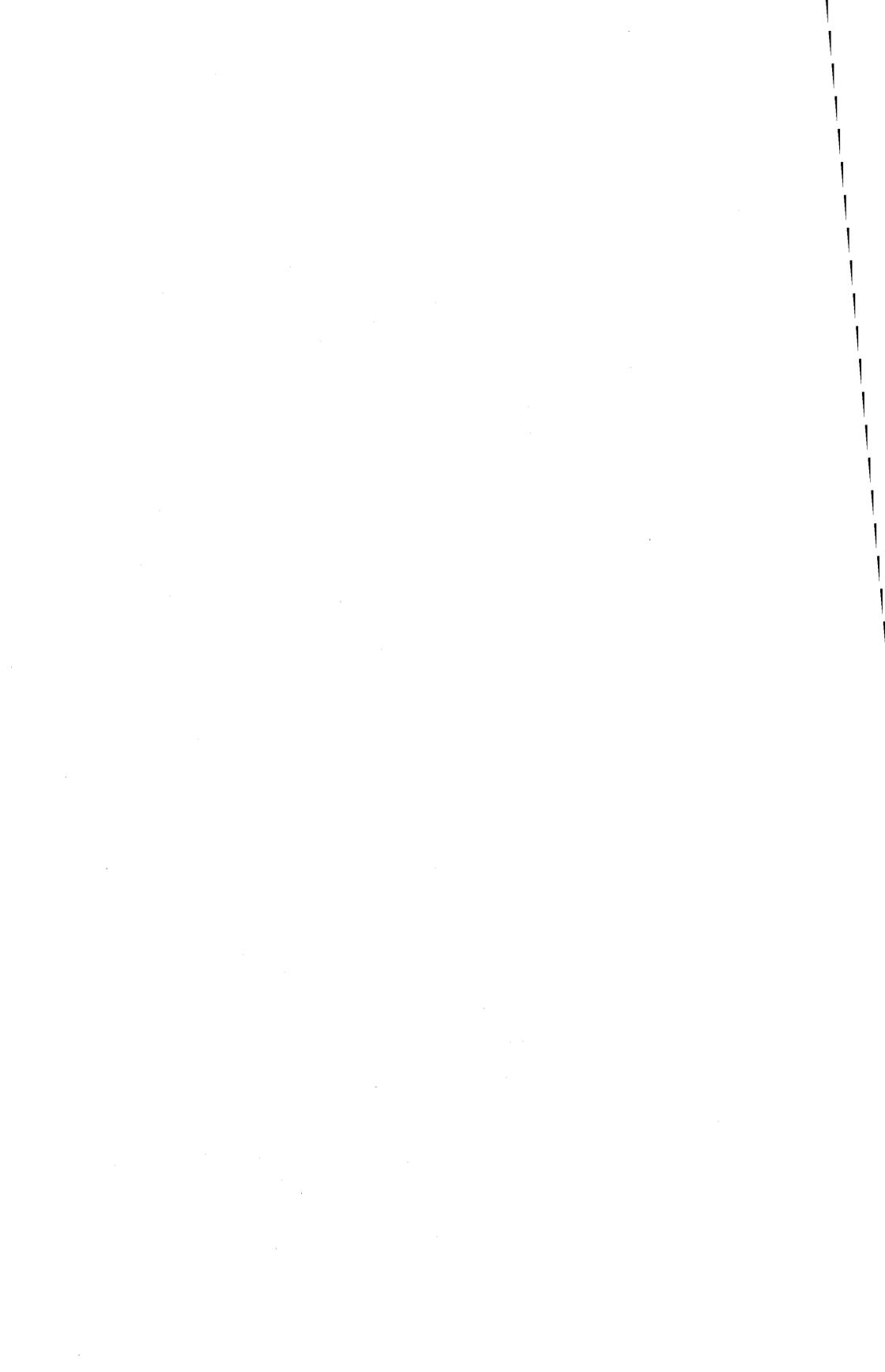
La synthèse entre les deux aspirations contraires de la stabilité et de la faculté d'adaptation représente l'exigence fondamentale d'une permanente dialectique sociale.

ADDENDUM

L'Assemblée nationale a définitivement adopté, dans sa séance du 7 février 1958 (*J.O. Déb. Parl. Ass. nat.*, 8 février 1958, p. 607 et s.), une loi qui modifie, sur un point important, le régime du délai de préavis.

1. Le délai-congé continue d'être fixé par les usages et les conventions collectives (et, en agriculture, par les règlements de travail agricoles). Ces règles demeurent applicables lorsque le salarié prend l'initiative de résilier son contrat de travail. Mais les salariés qui comptent au moins *six mois de services continus* chez leur employeur ont droit, s'ils sont licenciés, sauf pour faute grave, à un délai-congé d'une *durée minimum d'un mois*, à moins que les règles habituellement applicables au préavis ne fixent une plus longue durée.

2. L'employeur qui résilie le contrat de travail doit signifier le congé par *lettre recommandée avec accusé de réception*. La date de présentation de la lettre fixe le point de départ du délai-congé.



LA STABILITÉ DE L'EMPLOI
EN DROIT ITALIEN

PAR

LUIGI MENGONI

Professeur de Droit du Travail à l'Université catholique de Milan

CHAPITRE I

INTRODUCTION

Section I

LA RÈGLE DE LA STABILITÉ DU POINT DE VUE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

D'après son sens premier, le plus immédiat – déterminé du point de vue des principes généraux des contrats –, la règle de la stabilité dans le rapport de travail vise, *de façon symétrique*, les deux parties contractantes et aboutit, pour chacune d'elles, à leur refuser le droit de rupture "ad nutum" du contrat. En ce sens, la règle de la stabilité est fondée sur le principe d'après lequel "le contrat ne peut être résilié que par consentement mutuel" (art. 1372, Code civil italien).

Toutefois, dans le domaine des contrats dits "contrats successifs", catégorie à laquelle appartient le contrat de travail, la règle de la stabilité, entendue en ce sens, se trouve limitée, dans une très large mesure, par le principe du caractère temporaire du lien obligatoire, rattaché au principe de la liberté individuelle. En fonction de cette limite, la règle relative à la résolution du contrat par consentement mutuel reste limitée au domaine des contrats de durée *déterminée*, tandis que, pour les contrats de durée *indéterminée*, le principe du caractère temporaire du lien contractuel opère comme l'une des "causes admises par la loi" (et rappelées par ledit article 1372, Code civil), en vertu desquelles le contrat peut être rompu même s'il n'y a pas consentement mutuel des parties ⁽¹⁾. Dans ces limites, et en s'appuyant sur l'article 1628, Code civil de 1865 (correspondant à l'art. 1780, Code Napoléon), qui sanctionnait l'interdiction d'engager ses services à vie, la doctrine italienne a démontré que la règle du droit de rupture du contrat à tout moment et sans qu'il soit besoin d'un motif valable (c.-à-d. rupture ad nutum) est inhérente au contrat de travail à durée indéterminée ⁽²⁾.

Bien que fondé sur une règle édictée en vue de sauvegarder la liberté du travailleur, le principe de la rupture ad nutum, contraire à la règle de la stabilité, s'est affirmé en tant que principe *bilatéral*, octroyant un droit égal tant au travailleur qu'à l'employeur. Et cela, en conformité du principe d'égalité entre les parties, qui domine notre droit contractuel et se traduit, du point de vue dogmatique, par le caractère de réciprocité des positions juridiques liées dans le rapport contractuel.

(1) En dernier lieu, cf. OPPO, *I contratti di durata*, dans *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 241.

(2) CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, dans *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 377; BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Milan 1917, n° 260.

Section II

**SIGNIFICATION PARTICULIÈRE DU PRINCIPE
DE LA STABILITÉ EN TANT QUE MOYEN
DE PROTECTION DU TRAVAILLEUR**

C'est précisément la critique du principe de l'égalité formelle des parties au contrat de travail "qui se révèle ici précisément de plus en plus inadapté aux besoins juridiques de notre temps" (1) qui est, dans notre droit moderne du travail, à l'origine de la tendance à la "stabilité de l'emploi".

En réalité, lorsque l'on considère le fond des choses, en écartant le principe de l'égalité formelle des personnes assujetties au rapport contractuel, on constate que le problème de la protection de la liberté individuelle ne se pose pas en termes identiques pour les deux parties au contrat de travail à durée indéterminée. Du point de vue du travailleur, la donnée essentielle, qui est l'implication de sa propre personne dans le rapport en question, impose nécessairement que soit assuré au travailleur un droit illimité de rupture (moyennant préavis), précisément parce que, dans son cas, sa liberté personnelle est en jeu.

Inversement, du point de vue de l'employeur, le principe de la liberté personnelle n'intervient absolument pas. Dans le contrat de travail, l'employeur n'engage pas sa propre personne, mais seulement son patrimoine: pour lui, seul le principe de la liberté d'initiative économique est en jeu. Sous l'angle de ce principe, ou encore du principe de la liberté d'organisation de l'entreprise, l'attribution à l'employeur d'un pouvoir incontrôlé de licenciement apparaît absolument excessive. Si le pouvoir de licenciement ne peut trouver d'autre justification substantielle si ce n'est dans le principe de la liberté d'organisation de l'entreprise, cette justification comporte à son tour implicitement la limitation du pouvoir: de même que la création du rapport de travail, la résiliation par licenciement du travailleur doit avoir lieu en fonction de l'entreprise. Au-delà des limites posées par le lien fonctionnel existant entre le licenciement d'une part et les nécessités économiques ou les besoins d'organisation de l'entreprise d'autre part, le pouvoir de rupture ad nutum de l'employeur se transforme, sous couvert du principe de l'égalité formelle des parties contractantes, en un instrument d'arbitraire, incompatible avec la protection de la personnalité humaine du travailleur, qui constitue l'impératif fondamental du droit du travail. L'intérêt qu'a l'employeur à jouir d'une pleine liberté de rupture du contrat doit céder le pas à l'intérêt opposé qu'a le travailleur à conserver sa place. Ce dernier intérêt mérite davantage de bénéficier de la protection juridique, étant donné que sur le plan économique la vie du travailleur et de sa famille dépend de la rémunération du travail (2).

(1) CARNELUTTI, *Del recesso unilaterale nel mandato di commercio*, dans "Scritti in onore di Brugi", Palermo 1910, reproduit dans *Studi di diritto commerciale*, Rome 1917, p. 257.

(2) SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 8^e édition, Naples 1955, p. 13.

C'est pourquoi la règle de la stabilité en est arrivée à prendre, dans le droit moderne du travail, une signification particulière, contraire à la signification dégagée ci-dessus dans l'optique du droit commun des contrats. Sous cet angle, la règle de la stabilité est *bilatérale*: elle signifie stabilité du rapport de travail, obtenue par la fixation d'un terme au contrat. Dans sa nouvelle signification particulière que nous allons maintenant exposer, la règle de la stabilité est essentiellement *unilatérale*: elle tend à garantir le travailleur à temps indéterminé contre l'exercice inconsidéré du pouvoir de licenciement de la part de l'employeur; elle se traduit donc dans la notion de *stabilité de l'emploi*, la faculté de rompre le contrat (démission) demeurant toutefois illimitée de la part du travailleur. Dans la première acception du terme, la règle de la stabilité est *absolue*, en tant qu'elle exclut le pouvoir de rupture ordinaire et n'admet que la rupture extraordinaire (pour faute), sauf cependant cessation automatique du rapport de travail à l'échéance du terme fixé à l'avance par les parties. Dans la seconde acception, la règle de la stabilité est *relative*, étant donné qu'elle limite, mais ne supprime pas, le pouvoir de rupture ordinaire que possède l'employeur. Dans le premier sens, la règle de la stabilité assure le maintien du rapport de travail pendant une certaine période de temps correspondant au terme fixé par le contrat. Dans le second sens, la règle de la stabilité tend, en revanche, à concrétiser dans une certaine mesure la possibilité abstraite de durée illimitée dans le temps, qui caractérise le rapport du travail en tant que rapport "de durée". Par conséquent, sous cet angle, la fixation d'un terme pour le contrat de travail apparaît plutôt comme un moyen visant à *limiter* la durée de l'emploi, ce qui explique la défaveur marquée dans le droit du travail pour le contrat à durée déterminée. Au surplus, dans le premier sens, l'emploi fait l'objet d'une protection juridique représentée par le rapport contractuel et qui, par suite, se répète en termes exactement symétriques (ou réciproques) en ce qui concerne l'employeur; dans la seconde signification, par contre, l'emploi tend à faire l'objet d'une protection juridique spécifique, c'est-à-dire à se transformer en un bien juridique autonome (1).

Mais la tendance à la stabilité de l'emploi n'est pas cantonnée au domaine de la réglementation du licenciement. Simple aspect de la tendance du droit du travail à soustraire la position juridique du travailleur au principe de l'égalité entre les parties au contrat – c.-à-d., en termes techniques, au principe du *synallagma fonctionnel* –, la règle de la stabilité de l'emploi vise à une révision générale des causes de cessation de contrat de façon à en réduire le plus possible

(1) La notion d'"emploi" en tant que "bien juridique", proposée par la doctrine allemande (HEDEMANN, *Der Arbeitsplatz als Rechtsgut*, dans *Recht der Arbeit*, 1953, p. 121), a pénétré également dans la doctrine des publicistes italiens: cf. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, dans *Dir. lav.*, 1954, p. 171, lequel rappelle la notion analogue de "propriété de l'emploi" formulée par RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris 1946, p. 296.

l'incidence sur le rapport de travail. Ainsi, le problème de la stabilité touche également la réglementation relative à l'impossibilité de la prestation du travail et la réglementation relative aux effets, sur le rapport de travail, des vicissitudes (soit subjectives, soit objectives) de l'entreprise au service de laquelle se trouve le travailleur. Bien plus, la règle de la stabilité va jusqu'à modifier les effets de la déclaration de nullité ainsi que de l'annulation du contrat de travail, de façon à en empêcher la rétroactivité, assurant ainsi la permanence du rapport pendant la période de l'"occupation de fait" du travailleur. Enfin, la règle de la stabilité tend même à imposer des limites à la "liberté d'embauchage" de l'employeur, en fonction de la réintégration dans leur emploi des travailleurs en chômage.

Section III

LA RÈGLE DE LA STABILITÉ DE L'EMPLOI ET LE CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE DÉTERMINÉE

J'ai déjà fait allusion à un autre aspect de la règle de la stabilité de l'emploi: l'attitude défavorable à l'égard du contrat de travail à durée déterminée. Ici, le problème de la stabilité se pose principalement en tant que problème des limites imposées à la création même du rapport de travail. Il s'agit plus d'un problème extérieur que d'un problème intérieur au rapport.

Je ne veux pas dire par là que la règle de la stabilité ne peut s'appliquer au contrat de travail à durée déterminée déjà établi. Je veux dire simplement qu'une fois passé un contrat de travail avec fixation d'un terme final, la règle de la stabilité de l'emploi ne peut être prise en considération que sous certains aspects secondaires (par exemple en ce qui concerne les effets de l'impossibilité effective de la prestation du travail), alors qu'en aucun cas elle ne peut s'affirmer de façon à poser des limites à la cessation du contrat à l'échéance du terme. Au moment de l'échéance de ce dernier, le travailleur pourra être privé de son emploi sans aucune des garanties que la règle de la stabilité prévoit contre cette éventualité, dans le cadre du contrat de travail à durée indéterminée. Voilà pourquoi l'obligation de justification, que la règle de la stabilité tend à introduire comme condition requise pour la validité de la rupture par l'employeur du contrat de travail à durée indéterminée, se transforme, en ce qui concerne le contrat à durée déterminée, en une obligation de justifier la fixation du terme pour que la clause contractuelle correspondante soit valable. La tendance à n'admettre le contrat de travail à durée déterminée que lorsque le terme est justifié par le "caractère spécial du contrat" apparaît ainsi comme un reflet de la règle de la stabilité de l'emploi.

CHAPITRE II
LA SOLUTION LÉGISLATIVE

Section I

CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDÉTERMINÉE

§ 1. LA SANCTION POSITIVE DU PRINCIPE DE LA RUPTURE "AD NUTUM"
DANS LE CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDÉTERMINÉE

La tendance à soumettre le licenciement du travailleur à un contrôle des motifs allégués se faisait déjà sentir en Italie au début du siècle et s'est traduite, dans une certaine mesure, dans l'ancienne jurisprudence des Prud'hommes⁽¹⁾. Mais ces premiers développements (dans lesquels se manifestait l'influence de la jurisprudence française et aussi de la loi du 27 décembre 1890) n'ont pas eu de suite, en raison de l'opposition résolue tant de la Cour de Cassation que de la doctrine⁽²⁾. La jurisprudence et la doctrine italiennes sont traditionnellement hostiles à la théorie de l'abus de droit, qui en France constitue un instrument important de la règle de la stabilité de l'emploi.

Ladite tendance n'a pas eu un meilleur sort sur le plan de la nouvelle législation. Des lois analogues aux lois françaises des 27 décembre 1890 et 19 juillet 1928 ou aux lois allemandes des 4 février 1920, 20 janvier 1934 et 10 août 1951 n'ont jamais été promulguées en Italie. Au contraire, l'article 9 du D.R. n° 1825 du 13 novembre 1924 (devenu loi n° 562 du 18 mars 1926), relatif à la réglementation de l'emploi privé, et ultérieurement l'article 2118 du Code civil de 1942 ont reconnu la pleine liberté de rupture du contrat aux deux parties au contrat de travail à durée indéterminée. Une règle identique est édictée par le Code de la navigation (également de 1942) pour le contrat d'enrôlement (art. 342) ainsi que pour le contrat de travail du personnel navigant (art. 913).

Le règlement général relatif à la rupture ordinaire du contrat de travail se trouve donc toujours lié au principe de l'égalité entre les parties, principe qui, en revanche, comme nous le verrons, est désormais largement dépassé sous certains autres aspects. Le droit de licenciement de la part de l'employeur fait exactement pendant au droit de démission de la part du travailleur: de même que la rupture du contrat par le travailleur, la rupture par l'employeur n'est pas soumise à un contrôle en substance des motifs de l'acte.

Il s'ensuit que le licenciement non motivé (le défaut de motivation reste sans importance) est aussi pleinement valide; il s'ensuit également que l'indication éventuelle d'un motif, qu'il soit erroné ou sans fondement, n'influe pas sur la validité du licenciement⁽³⁾.

(1) CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 258, ainsi que dans *Riv. dir. comm.*, 1909, II, p. 21, note.

(2) BARASSI, *Contratto di lavoro*, II, cit., nos 269, 271.

(3) Cass. 19 janvier 1955, n° 125, dans *Foro ital.*, 1955, I, c. 1170; Cass. 23 janvier 1954, n° 160, dans *Dir. lav.*, 1954, II, p. 190; Cass. 31 décembre 1952, n° 3279, dans *Riv. dir. lav.*, 1953, II, p. 89; Cass. 24 juillet 1951, n° 2113, dans *Dir. lav.*, 1951, II, p. 338.

§ 2. NULLITÉ DE LA RUPTURE

EN RAISON DU CARACTÈRE ILLICITE DES MOTIFS

Le principe de l'absence d'importance des motifs de la rupture ordinaire (respectivement licenciement ou démission) transparaît parfois également dans notre doctrine, la rupture étant qualifiée d'acte *abstrait*, par opposition à la rupture extraordinaire qualifiée en revanche d'acte *causal* en tant que conditionnée par une cause légitime (1). D'après cette terminologie, on pourrait écrire que la règle de la stabilité de l'emploi implique la tendance à transformer le licenciement ordinaire d'acte abstrait en acte causal. Mais il s'agit évidemment d'une terminologie impropre, car la distinction entre acte causal et acte abstrait est liée précisément à la cause de l'acte, laquelle – tout au moins suivant la théorie objective de la cause, absolument prédominante dans la doctrine italienne moderne – constitue un *moment* bien distinct des motifs. Les motifs, éléments étrangers au contenu de l'acte, restent en règle générale sans importance également en ce qui concerne l'acte causal.

Comme il arrive souvent, l'erreur de terminologie a provoqué une erreur de concept. De la définition de la rupture "ad nutum" comme acte abstrait, on a parfois conclu à l'absence d'importance de tout motif quel qu'il soit, même du motif *illicite*. Une opinion intermédiaire a ensuite cru devoir préciser que le motif *illicite* ne serait important que lorsqu'il serait exprimé (2), puisque l'acte de rupture deviendrait alors causal (comme si le caractère abstrait et la causalité d'un acte pouvaient dépendre de la volonté individuelle!).

Mais on peut dire que l'opinion prévaut désormais en Italie, qui reconnaît au travailleur le droit d'obtenir la déclaration de nullité du licenciement s'il réussit à prouver que la décision de l'employeur a été déterminée par un motif *illicite* (3). On ne voit pas en effet pourquoi la rupture du contrat de travail devrait être soustraite aux principes généraux de l'acte juridique selon lesquels l'absence normale d'importance des motifs de l'acte subirait une exception lorsqu'il s'agit d'un motif *illicite*.

Cela découle des articles 626 du Code civil relatif au testament, 788 relatif à la donation, 1345 relatif aux contrats, ce dernier étant également applicable aux actes unilatéraux entre vifs ayant trait au patrimoine, en vertu

(1) BARASSI, *Il diritto del lavoro*, III, Milan 1949, p. 212, note 5; ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milan 1954, n° 22; CORRADO, *Limiti al licenziamento ed al potere di esercitarlo*, dans *Diritto dell'economia*, 1955, p. 548 et sq. Dans la doctrine étrangère: DURAND, *Traité de droit de travail*, II, Paris 1950, p. 844; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, 2^e édition, p. 575.

(2) ARDAU, *op. cit.*, p. 169.

(3) BARASSI, *Dir. lav.*, II cit., p. 241 et sq.; NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, dans *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 118; SERMONTI, *Sul licenziamento ad nutum e sui suoi limiti*, dans *Dir. lav.*, 1955, I, p. 12; CORRADO, *op. et loc. cit.*, p. 545.

du renvoi de l'article 1324 du Code civil (1). Il importe peu que le motif illicite ait été expressément indiqué par la partie qui rompt le contrat: il suffit que le caractère illicite ressorte du contenu de l'acte ou des circonstances dans lesquelles l'acte s'inscrit (2).

Toutefois, le champ d'application pratique de la nullité du licenciement en raison du caractère illicite des motifs allégués demeure très incertain. Certains auteurs, comme Barassi, voudraient la limiter au cas de motif immoral, c'est-à-dire contraire aux bonnes mœurs, et il convient de rappeler que, dans la législation italienne, la notion d'infraction aux bonnes mœurs est identique au concept romain de "*turpitude*" et, par suite, a un sens moins large que le terme allemand de "*Sittenwidrigkeit*". L'avis exprimé par Barassi est trop limitatif, car est illicite non seulement le motif contraire aux bonnes mœurs, mais aussi le motif contraire à des règles impératives ou à l'ordre public (cf. art. 1343, Code civil). Par exemple, un licenciement déterminé par la participation de l'ouvrier à une grève légitime, proclamée par les associations syndicales, devrait tomber sous le coup de la sanction de nullité pour caractère illicite du motif, en tant que contraire à la règle impérative qui reconnaît au travailleur le droit de grève. Mais, ce cas mis à part, il est difficile de faire entrer dans la notion de licenciement illicite le licenciement dit de "*représailles*", motivé par l'appartenance du travailleur à un certain parti politique, à une certaine confession religieuse ou à un certain syndicat. Les principes constitutionnels de la liberté de pensée, de religion, d'association ne peuvent être appliqués aux contrats privés dans la même mesure que sur le plan du droit public et, en particulier, ils ne peuvent être invoqués en vue de fixer des limites au principe privé de la liberté de rupture du contrat de travail à durée indéterminée (3). Sans préjudice des dispositions des contrats collectifs, dont on parlera plus loin, le licenciement de l'employé, pour des motifs d'activité politique, syndicale ou religieuse, ne peut, à mon humble avis, être considéré comme illicite que s'il se traduit par un véritable acte volontairement préjudiciable (*atto emulativo*), sans aucun intérêt propre, vu l'interdiction de ces actes par l'article 833 du Code civil. Mais il s'agit là d'un cas très rare et pratiquement impossible à prouver.

En conclusion, l'application au licenciement du principe relatif à la nullité de l'acte due au caractère illicite des motifs n'offre que peu d'intérêt pour la stabilité de l'emploi: elle ne permet pas, même de loin, d'obtenir les résultats

(1) L'applicabilité aux actes unilatéraux entre vifs (et donc au licenciement) de l'article 1345, Code civil, a cependant été niée récemment, en dépit du renvoi de l'article 1324, Code civil, par la Cour d'Appel de Turin, le 15 juillet 1953, dans *Giur. ital.*, 1955, I, 2, c. 210.

(2) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^e édition, Turin 1950, p. 387.

(3) La question, très débattue, s'est envenimée à propos du fameux "*cas Santhià*", un employé appartenant aux cadres de la Société Fiat ayant été licencié en raison de son appartenance au parti communiste et du poste de responsabilité qu'il y occupait. Pour les différentes opinions exprimées à cette occasion par certaines personnalités marquantes de la doctrine du travail, cf. dans *Riv. giur. lav.*, 1952, p. 258.

auxquels on parvient en France en appliquant au licenciement le principe de l'abus de droit (1).

§ 3. RESPONSABILITÉ RELATIVE À LA RÉSILIATION PRÉJUDICIALE DU CONTRAT

Dans un cas seulement, selon la loi italienne, la rupture du contrat de travail, et notamment le licenciement, tout en étant valide, peut donner lieu à une action en dommages-intérêts en faveur de l'autre partie. C'est le cas lorsque le licenciement est motivé de façon à porter préjudice au travailleur. Naturellement, toutes les conditions de la responsabilité aquilienne (pénale) doivent être réunies, et il faut, par conséquent, que le travailleur licencié "fournisse les preuves nécessaires soit du préjudice causé, soit des conséquences dommageables subies se rattachant par un rapport de causalité au caractère préjudiciable du licenciement" (2).

§ 4. NATURE JURIDIQUE DU CONGÉ

LE PRÉAVIS ET L'INDEMNITÉ POUR DÉFAUT DE PRÉAVIS

Le congé constitue un acte juridique unilatéral, notifiable et constitutif, au moyen duquel l'une des parties exerce le pouvoir discrétionnaire, qui lui est reconnu par la loi, de rompre à tout moment, avec effet dans l'avenir, le contrat de travail à durée indéterminée. Il s'agit d'un *acte juridique*, en tant qu'acte d'autonomie privée ou que manifestation de volonté visant une fin protégée par la loi; c'est un acte *unilatéral* parce que constitué par la manifestation de volonté d'une seule des parties (celle qui rompt le contrat); c'est un acte unilatéral *notifiable* puisque la déclaration de rupture doit être notifiée à un destinataire donné, qui est l'autre partie au contrat de travail; c'est enfin un acte *constitutif* en tant qu'il influe, en la modifiant, sur la situation juridique d'un autre sujet de droit. Il convient d'ajouter que la rupture est un acte de *forme libre*, vu qu'aucune forme solennelle spéciale n'est exigée par la loi.

Cette définition, qui d'un point de vue abstrait pourrait être considérée comme complète, ne l'est pas au regard du droit positif. Selon le droit positif, la définition ne peut être complète que si l'on tient compte d'une condition que la loi impose à l'acte de congé, à savoir le *préavis* (3). Cette condition constitue une limite au droit de rupture et, en ce qui concerne le licenciement, apporte une contribution, bien que peu appréciable, à la règle de la stabilité de l'emploi.

(1) Le seul résultat pratique appréciable obtenu par la récente mise au point de la doctrine en matière de nullité de licenciement pour motif illicite concerne le cas de licenciement suivi de réengagement (plus ou moins) immédiat. En ce cas, le licenciement est nul pour violation de la loi, c.-à-d. pour motif illicite, s'il s'avère que le comportement général du chef d'entreprise tendait à éluder les règles (impératives) qui protègent le travailleur en fonction de l'ancienneté de service. Cf. NATOLI, *op. cit.*, pp. 117—118.

(2) Cass. 29 novembre 1951, n° 2715, dans *Dir. lav.*, 1952, II, p. 203.

(3) CARNELUTTI, *op. cit.*, dans *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 401.

En pratique, le rôle du préavis est de mettre un terme final au contrat de travail, à l'origine contrat à durée indéterminée. Du point de vue scientifique, il est cependant plus exact de dire que le rôle du préavis est de mettre un terme *initial* (ou suspensif) quant à l'effet de l'acte de rupture, de telle sorte que l'effet résolutif ne se produira qu'à l'expiration d'un certain délai. A part cette remarque suffisamment évidente, la nature juridique du préavis, c'est-à-dire le rapport existant entre rupture et préavis, se trouve sérieusement controversée en Italie.

La question est de savoir si la limite du préavis a un effet purement *obligatoire* ou un effet *réel*. Il s'agit donc de savoir à quelles conditions on peut admettre le remplacement du préavis par l'indemnité dite de préavis, prévue à l'article 2118, alinéa 2, du Code civil.

Suivant l'opinion prévalant jusqu'à présent dans la doctrine italienne, le préavis représente une obligation pour celui qui rompt le contrat. Si le délai de préavis n'est pas observé, le contrat de travail est *immédiatement* résilié au moment où la déclaration de rupture (sans préavis) parvient à la connaissance du destinataire, et l'obligation s'impose alors de verser l'indemnité pour défaut de préavis. Par conséquent, il serait juste d'utiliser l'expression correspondante de la doctrine française, à savoir: "indemnité de brusque rupture du contrat". Dans le cadre de cette conception, on discute ensuite de la question de savoir si l'indemnité pour défaut de préavis a le caractère d'une sanction d'un acte illicite (violation de l'obligation relative au préavis) et, par suite, de dommages-intérêts (liquidés forfaitairement à l'avance par la loi à raison du montant de la rémunération qui aurait dû être versée pendant le délai de préavis) ⁽¹⁾, ou si cette indemnité ne représente pas plutôt une prestation déduite "*in facultate solutionis*", d'où il s'ensuivrait que le préavis constitue une obligation facultative ⁽²⁾. Mais la discussion n'a aucune importance pratique: dans chaque cas, on s'en remet pratiquement à l'auteur de la rupture du soin de choisir entre la résolution immédiate du contrat (avec versement d'une indemnité) et la résolution différée jusqu'à échéance du délai de préavis.

Or, si l'on considère que, de l'avis unanime de la doctrine et de la jurisprudence italiennes, les causes d'une modification de la réglementation du contrat de travail produisent leurs effets normaux même si elles interviennent pendant la période de préavis, il apparaîtra clairement que l'opinion en question finit par admettre la possibilité d'une grave discrimination à l'égard du travailleur, suivant que le licenciement est notifié avec ou sans préavis. Et il est difficile de penser que l'application de l'un ou l'autre des deux systèmes légaux puisse dépendre de la volonté arbitraire de l'employeur. En effet, du choix laissé à l'employeur entre le licenciement avec ou sans préavis dépendrait la faculté de tenir compte ou non d'une maladie ou d'un rappel d'un travailleur sous les

(1) Dans ce sens, cf. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni cit.*, pp. 214—215.

(2) Dans cet autre sens, cf. BARASSI, *Dir. lav.*, III cit., p. 277.

drapeaux, intervenus pendant la période de préavis, de comprendre ou non la période de préavis dans le décompte de liquidation de l'indemnité d'ancienneté, de calculer l'indemnité d'ancienneté sur la base de l'ancien salaire ou du nouveau salaire, plus élevé, établi par une convention collective passée durant la période de préavis, de faire partir de la date de notification de licenciement ou de la date d'échéance du préavis le délai de prescription (trois mois) de l'action en annulation des renoncations et des transactions stipulées pendant la période de préavis (art. 2113, Code civil), etc.

Il convient d'ajouter que la conception du préavis comme simple obligation de la part de celui qui rompt le contrat s'est formée sous l'empire de la loi relative à l'emploi privé, mais elle ne semble plus compatible avec la réglementation plus complète introduite par le nouveau Code civil. En fait, le Code de 1942, par dérogation au principe de l'égalité des parties contractantes, a établi que l'indemnité pour défaut de préavis doit aussi être versée par l'employeur: *a*) en cas de cessation du rapport de travail par suite du décès du travailleur (art. 2110, alinéa 3, Code civil); *b*) en cas de démission du travailleur pour un juste motif (faute de l'employeur) (art. 2119, Code civil); et donc dans deux cas également où l'on ne peut assurément parler de préavis obligatoire de la part de l'employeur. L'évolution de l'indemnité de préavis vers une fonction différente de son rôle initial d'indemnisation d'un dommage apparaît désormais achevée dans le Code de la navigation, lequel prévoit (en matière de contrat d'enrôlement et de contrat du personnel navigant) que l'indemnité de préavis est due au travailleur dans tous les cas de cessation de contrat, sauf s'il s'agit de résolution pour fait imputable au travailleur (art. 352 et 920). En somme, dans notre législation, l'indemnité de préavis tend à devenir une indemnité complémentaire de l'indemnité d'ancienneté dans les cas où le rapport de travail doit cesser brusquement sans la faute du travailleur (1).

Ces observations ont amené la Cour de Cassation à repousser la thèse de l'efficacité purement obligatoire de la règle du préavis et à adopter en revanche la thèse de l'efficacité réelle. Selon la jurisprudence désormais établie de la Cour suprême, le préavis constitue une clause qui s'insère de droit dans l'acte de rupture, indépendamment de la volonté correspondante du sujet, et cela en conformité du principe général énoncé à l'article 1339 du Code civil concernant l'insertion automatique dans les contrats de clauses imposées par la loi et les conventions collectives, principe applicable également au licenciement par application de l'article 1324 du Code civil. En conséquence, même si l'employeur licencie le travailleur sans préavis en lui offrant l'indemnité en question, la résolution du contrat n'est *de toute façon* effective qu'à l'échéance de la période de préavis, déterminée par la loi, les conventions collectives, les usages ou l'équité. Ainsi, la distinction entre licenciement avec préavis et licenciement sans préavis n'im-

(1) GIORGIANNI, *Note sull'art. 2122 Code civ.*, dans *Riv. giur. lav.*, 1952, I, p. 291.

plique plus une durée différente du contrat de travail, mais aboutit à la distinction entre préavis dit "avec travail" et préavis dit "sans travail".

Dans un cas seulement, le congé peut déterminer la résolution immédiate du contrat – la poursuite provisoire du rapport de travail pendant la période de préavis devenant par suite exclue –, à savoir: lorsque l'autre partie (le travailleur, s'il s'agit d'un licenciement) renonce au préavis en acceptant l'indemnité compensatrice. En d'autres termes, selon la Cour de Cassation, le remplacement du préavis par l'indemnité ne peut être que *conventionnel* et doit être fondé sur un accord passé entre les parties (1). Mais, dans ce cas, il ne s'agit plus de rupture unilatérale, mais de résiliation du contrat par consentement mutuel.

Cette thèse de la Cour de Cassation a suscité de vives réactions dans la doctrine (2) et il faut dire qu'elle prête le flanc à de graves critiques. Elle limite la faculté de substituer l'indemnité au préavis au seul cas où, comme on l'a remarqué, il s'agit en réalité non pas d'une rupture unilatérale du contrat, mais plutôt d'une résiliation du contrat par consentement mutuel, alors qu'il est certain que l'indemnité de préavis est prévue par la loi, précisément en fonction de la forme du congé. D'autre part, au cas où le travailleur licencié ne renoncerait pas au préavis, le licenciement sans préavis impliquerait un refus illégitime de la prestation du travail due pour la période de préavis et, par suite, l'indemnité de préavis en viendrait à prendre le caractère de dommages-intérêts pour *retard du créancier* (*mora credendi*) (art. 1207 du Code civil), ayant pour corollaire que l'employeur pourrait prétendre déduire de la rémunération les frais épargnés au travailleur en raison de la cessation anticipée du service, ainsi que les gains résultant éventuellement de l'exercice de son activité en faveur de tiers, alors qu'il est certain que l'indemnité pour défaut de préavis n'admet aucune déduction de ce genre et doit être, dans tous les cas, égale au taux de rémunération correspondant à la période de préavis (3). Ensuite, s'il s'agissait d'une démission sans préavis de la part du travailleur, le refus de poursuivre son travail pendant la période de préavis en viendrait à prendre le caractère de faute contractuelle (inexécution de l'obligation ininterrompue de fournir ses services) et, par conséquent, pourrait justifier un licenciement immédiat pour motif légitime de la part de l'employeur, ce qui serait vraiment absurde.

Mais il ne s'agit pas ici d'approfondir la critique: il s'agit d'une thèse tendant surtout à enlever aux employeurs toute velléité de procéder à des licenciements soudains à la veille de la passation d'une nouvelle convention collective plus

(1) Cass. 17 janvier 1951, n° 116, dans *Giur. ital.*, 1951, I, 1, c. 396; Cass. 24 février 1951, n° 483, dans *Riv. dir. lav.*, 1951, II, p. 316; Cass. 23 février 1952, n° 493, dans *Dir. lav.*, 1953, II, p. 211; Cass. 5 mars 1953, n° 528, dans *Dir. lav.*, 1953, II, p. 427; Cass. 28 juin 1954, n° 2233, dans *Riv. giur. lav.*, 1955, II, p. 14.

(2) ARDAU, dans *Massimario Giur. lav.*, 1953, p. 74.

(3) PINTO, *L'indennità sostitutiva del preavviso nel caso di immediata rioccupazione del lavoratore*, dans *Dir. lav.*, 1955, I, p. 257; ainsi que Tribunal de Florence, 13 août 1955, *ibid.*, 1955, II, p. 286.

favorable aux travailleurs, et c'est pourquoi un revirement de la Cour de Cassation revenant à son ancienne position aujourd'hui encore défendue par la doctrine est assez improbable.

§ 5. DURÉE DU PRÉAVIS

D'après l'article 2118, alinéa 1, du Code civil, le préavis doit être donné dans le délai prescrit par les conventions collectives, les usages ou l'équité. Les conventions collectives prévalent sur les usages (art. 8 du préambule).

Le renvoi de l'article 2118 n'est pas complet parce que, dans certains cas, la durée du préavis est fixée par la loi elle-même. Au contrat d'emploi privé sont toujours applicables, à défaut de conventions collectives ou d'usages plus favorables à l'employé, les délais de préavis prescrits par l'ancienne loi concernant l'emploi privé (art. 98 des dispositions d'application du Code civil). Aux termes de l'article 10 de ladite loi, la période de préavis est de 15 jours au minimum et de 4 mois au maximum, suivant un ordre de classification et d'ancienneté de service. Pour le contrat de travail domestique, la période de préavis est fixée directement par le Code à 8 ou 15 jours suivant l'ancienneté (inférieure ou supérieure à deux ans).

Le délai de préavis est compté à partir du moment où la déclaration de rupture du contrat parvient à la connaissance du destinataire ⁽¹⁾ en conformité de la règle générale énoncée à l'article 1334 du Code civil. Toutefois, l'article suivant (1335) amende pratiquement cette règle en stipulant que "la déclaration est censée connue au moment où elle parvient à l'adresse du destinataire, à moins que ce dernier ne prouve avoir été, sans sa faute, dans l'impossibilité d'en prendre connaissance" (combinaison du principe de la connaissance et du principe de la réception).

Ladite règle souffre cependant une importante exception en matière de contrat d'emploi. En effet, d'après l'article 10 déjà cité de la loi relative à l'emploi privé (rappelé par l'art. 98 des dispositions d'application), les délais de préavis courent à partir du milieu ou de la fin de chaque mois.

§ 6. RÉGLEMENTATION JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL PENDANT LA PÉRIODE DE PRÉAVIS

Pendant la période de préavis, le rapport de travail continue normalement et ne cesse qu'à la fin de la période. En conséquence, le contrat demeure soumis, en principe, aux mêmes règles que celles par lesquelles il était régi avant la dénonciation. Une seule exception à ce principe est expressément prévue par la loi: l'article 2109, alinéa 4, du Code civil prévoit que la période de préavis ne peut être calculée sur les congés.

(1) Cass. 16 avril 1953, n° 1021, dans *Riv. dir. lav.*, 1953, II, p. 241.

Parmi les divers corollaires au principe de la continuation du rapport de travail, il en est de très importants pour la règle de la stabilité de l'emploi:

a) La maladie qui se déclare au cours de la période de préavis "suspend ledit préavis, qui recommencera de courir à la fin du délai de tolérance prescrit par la loi" (1). En ce qui concerne le rappel sous les drapeaux intervenu en période de préavis, la suspension dudit préavis jusqu'à la fin du rappel est expressément sanctionnée par la loi n° 653 du 10 juin 1940.

b) Si, pendant la période de préavis, intervient une nouvelle convention collective, aux termes de laquelle le licenciement n'est admis que pour des motifs déterminés, la dénonciation notifiée conformément à la convention collective antérieure, qui ne comportait aucune dérogation à la règle légale du licenciement "ad nutum", devient sans effet (sauf s'il existe un motif rentrant dans le cadre des motifs légitimes prévus par la nouvelle convention), et le rapport de travail ne peut plus cesser à la fin de la période de préavis (2).

c) Si, au cours de la période de préavis, une nouvelle convention collective intervient qui — tout en laissant entière la faculté de licenciement "ad nutum" — prescrit cependant que le travailleur licencié a le droit d'être réembauché au cas où l'employeur procéderait, dans un certain délai, à de nouveaux recrutements, la dénonciation déjà donnée demeure valable, mais le travailleur, les conditions objectives précédentes étant réalisées, a le droit d'être réengagé et, à défaut de réengagement, a droit à des dommages-intérêts (3).

§ 7. INFLUENCE DU PRINCIPE CONCERNANT

LE PRÉAVIS SUR LA NOTION DE JUSTE MOTIF DE RUPTURE IMMÉDIATE DU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE INDÉTERMINÉE

La garantie normale de la rupture "ad nutum", c'est-à-dire précisément le préavis, fait défaut lorsque intervient "un juste motif constitué par une faute de la part de l'autre partie contractante".

La loi (art. 2119 du Code civil) régleme uniformément la rupture du contrat de travail pour juste motif. Mais, en réalité, le congé pour juste motif prend une nature différente suivant qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée. Dans le contrat à terme, la rupture pour motif légitime représente l'exercice d'un pouvoir *spécifique* lié au motif légitime, qui constitue ici l'essence même de ce pouvoir. Il s'agit donc, pour utiliser la terminologie de

(1) Ainsi, en doctrine, opinion explicitement formulée par SIMI, *Estinzione del rapporto di lavoro*, Milan 1948, p. 147 et sq.; en jurisprudence: Cour d'Appel de Naples, 7 juin 1949, dans *Riv. giur. lav.*, 1949—1950, II, p. 90. Opinion contraire: RIVA SANSEVERINO, *Il contratto individuale di lavoro*, dans "Trattato di diritto del lavoro diretto da Borsi e Pergolesi", 2^e édition, II, Padoue 1953, p. 249, qui continue de soutenir l'opinion ancienne, aujourd'hui encore partagée par la doctrine française (cf. DURAND, *Traité II cit.*, p. 862).

(2) C'est en ce sens qu'ont statué les Chambres conjointes de la Cour de Cassation par arrêt n° 2736 rendu le 15 décembre 1950, dans *Riv. dir. lav.*, 1954, II, p. 246.

(3) Cass. 23 février 1952, n° 493, dans *Dir. lav.*, 1953, II, p. 211.

la doctrine allemande, d'un congé "extraordinaire". Par contre, dans le contrat à durée indéterminée, il s'agit toujours du congé ordinaire, c'est-à-dire d'un acte relevant de l'exercice du droit de dénonciation inhérent aux rapports de durée indéterminée, tandis que le motif légitime ne vise ici qu'à dispenser du préavis à titre exceptionnel, l'auteur de la rupture.

A ces rôles différents du motif légitime, dans les deux types de contrat, correspondent des notions différentes. Dans le contrat à durée déterminée, le motif légitime de rupture coïncide avec la condition préalable imposée à titre général à la résiliation des contrats pour défaut d'exécution (art. 1453 du Code civil) et, par suite, est complété par un fait quelconque d'inexécution de la part d'une des parties contractantes, n'ayant pas "une importance négligeable eu égard à l'intérêt de l'autre partie" (art. 1455 du Code civil). En revanche, dans le contrat de travail à durée indéterminée, la rupture immédiate pour motif légitime ne peut avoir lieu qu'à la suite d'une faute *particulièrement qualifiée*, c'est-à-dire à la suite d'un „manquement si grave" (cf. art. 9, al. 3, de la loi concernant l'emploi privé) *qu'il ne permet pas la poursuite, même provisoire, du rapport de travail*. Si, au contraire, la faute commise par l'une des parties, bien que n'étant pas d'importance négligeable eu égard à l'intérêt de l'autre partie, n'est pas toutefois d'une gravité telle qu'elle rende intolérable la continuation provisoire du rapport de travail jusqu'à l'échéance du délai de préavis, il n'existe alors aucune raison de déroger à la règle de la rupture de contrat avec préavis (1).

§ 8. LIMITES LÉGALES AU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE LICENCIEMENT

Dans la réglementation législative des contrats privés de travail, il n'est pas encore possible de relever une évolution organique de la tendance à la stabilité de l'emploi. Il s'agit d'une tendance qui, certainement, se stabilisera (surtout sous l'impulsion des conventions collectives de travail); mais ses manifestations demeurent pour le moment absolument fragmentaires et ne correspondent pas à une direction générale de l'évolution législative, mais plutôt à des principes particuliers d'appréciation conditionnés par le caractère spécial de certains contrats de travail ou à des nécessités de protéger le travailleur dans certaines situations temporaires.

A. Blocage des licenciements

Une importance particulière pour l'affirmation en Italie de la règle de la stabilité de l'emploi doit être attribuée aux lois qui, immédiatement après la guerre, ont sanctionné l'interdiction de licenciement en ce qui concerne les travailleurs de l'industrie de la haute Italie (D.L.L.G. n° 523 du 21 août 1945; D.L.L.G. n° 788 du 9 novembre 1945; D.L.L.G. n° 750 du 8 février 1946; D.L.R. n° 552

(1) SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni cit.*, p. 216; SARACINI, *Appunti sul recesso per giusta causa*, dans *Riv. giur. lav.*, 1952, I, p. 179.

du 30 mai 1946 et D.L.C. p. E. n° 152 du 23 août 1946). La question de savoir si le licenciement notifié en période de blocage était nul ou temporairement sans effet a été résolue dans le second sens ⁽¹⁾.

Le blocage des licenciements s'est achevé le 1^{er} août 1947. Mais c'est précisément cette circonstance qui a donné une impulsion aux nouvelles conventions collectives de l'industrie, lesquelles ont introduit, comme on le verra plus loin, une série de limitations au droit de licenciement des employeurs, à tel point qu'en ce qui concerne les travailleurs de l'industrie, l'affirmation de Hueck ⁽²⁾ vaut également pour l'Italie, à savoir: "das Prinzip der Kündigungsfreiheit ist beseitigt".

*B. Suppression du droit de licenciement "ad nutum"
dans la réglementation spéciale des contrats de travail
des cheminots et traminots*

Le D.R. n° 148 du 8 janvier 1931 (et déjà le D.R. n° 2311 du 19 octobre 1923) assure au personnel des entreprises privées, concessionnaires de services publics de transport sur voie ferrée, de tramways et lignes de navigation intérieure un régime de stabilité analogue à celui des employés et salariés publics. Le licenciement ne peut avoir lieu que pour des motifs limitativement spécifiés par la loi.

Inversement, aucune stabilité n'est garantie au personnel "du fisc", c'est-à-dire aux employés des entreprises privées auxquelles a été concédée la charge du recouvrement des impôts ⁽³⁾, bien qu'il s'agisse ici encore d'entreprises concessionnaires d'un service public. Cela prouve le caractère fragmentaire, parfois arbitraire, de l'application de la règle de la stabilité au droit privé du travail.

*C. Limitation du pouvoir de licenciement "ad nutum"
dans la réglementation spéciale des contrats de travail
des salariés fixes de l'agriculture*

Le législateur italien est près de sanctionner le principe de la "cause légitime" (*plus exactement*: des motifs légitimes) en tant que condition de validité du licenciement en matière de travail agricole. Il s'agit d'un point fondamental du programme du gouvernement actuel, mais le projet de loi déjà prévu n'a pas été jusqu'à présent approuvé par le Parlement. D'autre part, une limitation importante à la règle du licenciement "ad nutum" a déjà été introduite par la loi n° 533 du 15 août 1949. L'article 11 de ladite loi dispose: "Les contrats individuels de travail entre les employeurs agricoles et les salariés fixes, quelle

(1) Jurisprudence établie: en dernier lieu, cf. Cass. 31 décembre 1952, n° 3279, dans *Riv. dir. lav.*, 1953, II, p. 89.

(2) Dans *Recht der Arbeit*, 1950, p. 66.

(3) Cass. 18 avril 1953, n° 1044, dans *Riv. dir. lav.*, 1953, II, p. 243. Cass. 25 février 1954, n° 557, dans *Foro ital.*, 1954, I, c. 923.

que soit leur dénomination, ne peuvent avoir une durée inférieure à deux campagnes agricoles et, dans le cas contraire, seront prolongés jusqu'à la fin de la deuxième année. Tout accord contraire est nul." En ce qui concerne le contrat de travail à durée indéterminée, la signification de la règle est que le droit de rupture ne peut être valablement exercé qu'après deux années écoulées. Avant les deux années en question, le contrat peut être résilié pour motif légitime aux termes de l'article 2119 du Code civil ou pour d'autres motifs de résiliation légale (1). Toutefois, on ne sait pas exactement si la limitation du droit de rupture intéresse uniquement les deux premières années ou si elle est reconduite de deux ans en deux ans au cas où, à la fin de la période précédente de deux années, la dénonciation ne serait pas notifiée (2).

*D. Limitation du droit de licenciement "ad nutum"
en faveur de catégories spéciales de travailleurs*

Cette limitation est parfois imposée par les lois promulguées en faveur des invalides de guerre ou du travail, des orphelins, veuves ou conjoints des personnes mortes pour la patrie ou en service, ainsi que des démobilisés et assimilés. L'effet principal des lois en question (analogues, de ce point de vue, aux lois relatives au contingent de main-d'œuvre imposé à l'agriculture) consiste en une limitation de l'autonomie de l'employeur, relativement à la *création* du rapport de travail, en ceci que l'employeur se voit imposer l'obligation d'engager ou de réengager, dans une certaine mesure et à certaines conditions, des travailleurs des catégories indiquées par la loi. Mais, une fois remplie l'obligation en matière d'engagement, l'employeur reste libre de rompre *ad nutum* le contrat de travail (3), pourvu que, naturellement, l'exercice du droit de licenciement ne modifie pas la proportion, voulue par la loi, existant entre le nombre d'invalides, orphelins de guerre, etc., embauchés et le nombre total des travailleurs occupés par l'entreprise. Si le licenciement d'un invalide ou d'un démobilisé, etc., modifie ladite proportion, l'employeur doit immédiatement procéder à l'embauchage d'un autre travailleur des mêmes catégories. Cela n'entraîne évidemment qu'une limitation *pratique* à l'exercice du droit de licenciement.

Néanmoins, les lois promulguées en faveur de ces catégories spéciales de travailleurs imposent parfois non seulement une obligation d'embaucher, mais aussi une règle de stabilité en ce qui concerne le travailleur embauché, de façon

(1) SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni*, cit., p. 137.

(2) Pour cette question, cf. ANDREOLI, *In tema di durata del rapporto di lavoro dei salariati fissi dell'agricoltura*, dans *Foro ital.*, 1955, IV, c. 89.

(3) Cf. expressément article 20 de la loi n° 375 du 3 juin 1950, qui a réformé la loi n° 1312 du 21 août 1921 concernant l'embauchage obligatoire des invalides de guerre. La Cour de Cassation a précisé en outre que "l'employeur n'est pas tenu de demander l'autorisation de l'Œuvre Nationale en faveur des Invalides de Guerre" pour licencier un employé invalide" (Cass. 10 janvier 1952, n° 34, dans *Dir. lav.*, 1952, II, p. 15).

à empêcher son licenciement pendant une période d'une certaine durée. Ainsi, l'article 6 du D.L.L.G. n° 27 du 14 février 1946 (concernant le réengagement ou l'engagement obligatoire des démobilisés dans les entreprises privées) prévoit que les travailleurs réembauchés ou embauchés aux termes des articles précédents doivent être maintenus dans leur emploi pendant au moins une année à partir de la date du réembauchage ou de l'embauchage. Durant cette période, le travailleur a droit au maintien de son emploi.

En outre, le D.L.R. ultérieur n° 479 du 30 mai 1946 a prescrit que, dans les licenciements prévus par les entreprises privées pour compression de personnel, les travailleurs démobilisés (ou assimilés au sens de l'article du D.L.L.G. n° 453 du 4 août 1945) ne peuvent y être compris en proportion supérieure à 50% du total de l'effectif à licencier.

*E. Limites du droit de licenciement "ad nutum"
déterminées par la réglementation
concernant l'impossibilité de la prestation de travail*

Suivant le droit commun des obligations, l'impossibilité de fournir la prestation pour cause non imputable au travailleur) fait cesser l'obligation si cette impossibilité est définitive ou si elle se poursuit jusqu'au moment où le créancier n'a plus intérêt à obtenir ce qui fait l'objet de l'obligation (art. 1256, Code civil). A la cessation de l'obligation correspond, dans les contrats comportant des prestations équivalentes, la résiliation totale du rapport contractuel (art. 1463, Code civil). Ces principes ont été complètement abandonnés par le législateur italien en ce qui concerne la réglementation d'une série de cas (les plus fréquents) d'impossibilité fortuite de la prestation de travail. La réglementation particulière applicable aux cas que nous énumérerons est dominée par le principe, caractéristique du droit moderne du travail, du transfert, à la charge de l'employeur, du risque relatif aux empêchements momentanés frappant la personne du travailleur. Ces empêchements tendent, par suite, à se transformer en causes de *suspension* du contrat de travail. La suspension peut être totale ou simplement partielle, mais il importe en tout cas de suspendre le droit de licenciement et, par conséquent, de conserver au travailleur son emploi, soit pendant une certaine période, appelée dans la pratique "délai de tolérance", soit parfois, pendant toute la durée de l'empêchement. Cette réglementation se traduit donc par une confirmation de la règle de la stabilité de l'emploi.

1. Accident, maladie, grossesse, accouchement

Dans ces différents cas, la conservation de l'emploi n'est garantie au travailleur que pour une certaine période, variable suivant la qualification et l'ancienneté, déterminée par des lois spéciales, par les conventions collectives, les usages ou l'équité (art. 2110, al. 2, Code civil). Pour les employés, la période de tolérance,

en cas de maladie ou d'accident, est fixée par l'article 6 de la loi concernant l'emploi privé à trois mois si l'employé ne peut justifier que de dix années d'ancienneté au maximum et à six mois si l'ancienneté est supérieure à dix années (cette règle n'est applicable qu'à défaut de conventions collectives ou d'usages plus favorables: art. 98 des dispositions d'application du Code civil).

Pour les cas de grossesse et d'accouchement, la loi n° 860 du 26 août 1950 sur la protection physique et économique des ouvrières mères de famille assure à l'ouvrière la conservation de son emploi pendant une période plus longue que la période d'interdiction de travail pour cause de grossesse ou d'accouchement, précisément pendant un laps de temps comprenant l'ensemble de la période de gestation jusqu'au terme de la période d'interdiction de travail (huit semaines après l'enfantement) et se prolongeant jusqu'à ce que l'enfant ait douze mois accomplis (1).

La période d'absence pour l'un des motifs indiqués ci-dessus doit être prise en compte pour le calcul de l'ancienneté (art. 2110, alinéa 3, du Code civil).

Passé le délai de tolérance, l'employeur a le droit de rompre le contrat aux termes de l'article 2118, C. civ. (art. 2110, alinéa 2, C. civ.). Cette règle implique une autre dérogation aux principes généraux. Elle signifie qu'à la fin de la période de suspension du contrat de travail, l'impossibilité continue de la prestation de travail n'entraîne pas *ipso jure* la résiliation du contrat, mais qu'il est au contraire nécessaire de procéder, à cette fin, à un licenciement ordinaire, c'est-à-dire avec préavis.

Le licenciement notifié pendant le délai de tolérance n'est pas entaché de nullité, mais est provisoirement sans effet. Il s'ensuit qu'une fois écoulée la période de suspension du contrat, une nouvelle notification de rupture n'est pas nécessaire de la part de l'employeur, mais la notification antérieure prend automatiquement effet, de sorte que, sans plus, le délai de préavis commence à courir (2).

Au droit au maintien de l'emploi se rattache également la conservation de la rémunération à un taux égal ou inférieur au montant de la rétribution normale du travailleur au cas où la suspension de la prestation de travail n'aurait pas eu lieu. On continue de parler de rémunération lorsque la rétribution du travailleur empêché demeure inchangée, on parle d'"indemnité" dans les autres cas. C'est à cette terminologie que s'en tient l'article 2110, alinéa 1, du Code civil, selon lequel "en cas d'accident, de maladie, de grossesse ou d'accouchement . . . le

(1) On discute de la question de savoir si la présentation du certificat médical de grossesse, prévu par l'article 3 de la loi, est une condition formelle de l'acquisition du droit à la conservation de l'emploi; cf. dans le sens affirmatif: Cour d'Appel de Florence, 22 juin 1951, dans *Dir. lav.*, 1952, II, page 200, et, semble-t-il, également Cass. 30 juillet 1952, n° 2391, dans *Riv. dir. lav.*, 1952, II, p. 387.

(2) Jurisprudence établie: cf., par exemple, Cass. 29 mai 1952, n° 1540, dans *Riv. dir. lav.*, 1952, II, p. 284; Cass. 6 décembre 1952, n° 3129, *ibid.*, 1953, II, p. 74. En doctrine: SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni cit.*, p. 195.

travailleur a droit à sa rémunération ou à une indemnité dans la mesure et pendant la période déterminées par les lois spéciales, par les conventions collectives, les usages ou l'équité". Les employés, en cas de maladie ou d'accident, se voient conserver leur rémunération totale pendant le premier mois ou pendant les deux premiers mois (suivant que l'ancienneté est inférieure ou supérieure à 10 années), alors que pour les mois suivants ils ont droit à une indemnité égale à la moitié de leur rémunération (art. 6, D.R. n° 1825 du 13 novembre 1924). En cas de grossesse et d'accouchement, l'ouvrière a droit, pendant toute la période d'absence obligatoire (inférieure, comme il a été dit, au délai de tolérance) à une indemnité journalière égale à 80% de la rémunération.

Toutefois, l'obligation directe de l'employeur relativement au maintien de la rémunération cesse "si la loi ou les conventions collectives prévoient des formes équivalentes de prévoyance ou d'assistance" (art. 2110, Code civil). Il est fait allusion ici notamment à l'assurance obligatoire contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, gérée par l'INAIL, ainsi qu'à l'assurance contre les maladies (non professionnelles), gérée par l'INAM. En outre, sauf convention contraire, il peut être fait déduction de ce que le travailleur a droit de percevoir par suite d'actions de prévoyance accomplies *volontairement* par l'employeur (par ex., actes d'assurance privée, institution de caisses d'entreprise de secours mutuel, etc.) (art. 2123, Code civil).

Des règles spéciales sont applicables en cas de maladie ou de blessures des personnes enrôlées ou du personnel navigant (art. 336, 343, n° 5, 356, 365, Code de la navigation, concernant le contrat d'enrôlement; art. 909, 926, Code nav. concernant le contrat de travail du personnel navigant).

Il convient de remarquer surtout la disposition résultant de la combinaison des dispositions des articles 343, n° 5, et 356 du Code nav., selon lesquelles le contrat d'enrôlement cesse de droit lorsque l'enrôlé, pour cause de maladie ou de blessures, doit être débarqué et ne peut reprendre son poste à bord lorsque le navire quitte un port d'escale; mais, en dépit de la résolution du contrat, l'enrôlé conserve le droit à une indemnité journalière égale à la rémunération pendant toute la période du traitement, à condition qu'elle ne dépasse pas quatre mois à compter de la date de cessation du contrat de travail.

2. Service militaire

Le Code civil opposait nettement le *service militaire* normal au rappel sous les drapeaux, prévoyant dans le premier cas la résiliation du contrat de travail, dans le second cas, par contre, la conservation de l'emploi pendant la durée du rappel, renvoyant pour le reste aux dispositions du premier et du troisième alinéa de l'article 2110 exposé ci-dessus (art. 2111, Code civ.). Alors que cette différenciation a subsisté en ce qui concerne le maintien de la rémunération, elle a disparu en ce qui regarde le droit à la conservation de l'emploi. Le premier

alinéa de l'article 2111 a été abrogé par le D.L. n° 303 du 13 septembre 1946, qui dispose au contraire (art. 1): "L'appel sous les drapeaux, en vue de remplir les obligations militaires, suspend le contrat de travail pendant toute la durée du service militaire, et le travailleur a droit à la conservation de son emploi." Toutefois, ce droit, aux termes de l'article suivant, n'est reconnu que si le travailleur, au moment de l'appel sous les drapeaux, était au service de l'employeur depuis plus de trois mois. En outre, la durée du service militaire ne compte pas dans les années d'ancienneté, sauf disposition contraire dans les conventions collectives.

L'appel sous les drapeaux entraîne la suspension *totale* du contrat de travail, en vertu de quoi le travailleur n'a droit à aucune rémunération ni indemnité à la charge de l'employeur. A la fin du service militaire, le travailleur doit, dans un délai de 30 jours après sa libération, se mettre à la disposition de l'employeur pour reprendre son service, sous peine de résiliation du contrat.

En ce qui concerne le *rappel sous les drapeaux*, l'article 1 de la loi n° 370 du 3 mai 1955 confirme la règle, déjà sanctionnée par le Code civil (art. 2111, al. 2), de la conservation de l'emploi pendant toute la durée du rappel, ainsi que de la prise en compte de cette période dans les années d'ancienneté.

Au moment du renvoi dans ses foyers, le travailleur doit reprendre le travail dans un délai variant entre un minimum de 5 jours et un maximum de 15 jours, suivant la durée du rappel. Si, sans empêchement justifié, il ne se représente pas à son lieu de travail, il est considéré comme démissionnaire (1); s'il se représente, *il ne peut être licencié*, sauf pour un motif légitime (faute), avant un délai de *trois mois* à partir de la reprise du travail (art. 5, loi du 3 mai 1955 déjà citée).

Aux employés privés, rappelés sous les drapeaux, la loi n° 653 du 10 juin 1940 assure, en même temps que la conservation de l'emploi, le maintien de la rémunération, sous forme d'une indemnité mensuelle équivalant à la rémunération pendant les deux premiers mois et à la différence éventuelle entre cette rémunération et la solde militaire durant la période ultérieure. L'indemnité est versée par une caisse spéciale, instituée auprès de l'Institut National de la Prévoyance Sociale (INPS), avec contributions à la charge des employeurs. En revanche, le maintien du salaire n'est pas garanti légalement aux *ouvriers*. Certaines conventions collectives accordent une gratification à l'ouvrier rappelé.

Enfin, il y lieu de rappeler que la conservation de l'emploi, en cas d'appel ou de rappel sous les drapeaux, est devenue une règle *constitutionnelle*. En effet, l'article 52 de la Constitution dispose que l'accomplissement du service militaire obligatoire "ne doit pas porter préjudice au travailleur des villes quant à son emploi".

(1) Suivant arrêt n° 3239 rendu par la Cour de Cass. le 8 octobre 1953 (cf. dans *Foro ital.*, 1954, I, c. 165), l'obligation de se mettre à la disposition de l'employeur doit être considérée comme remplie du fait de la notification préalable de la libération imminente.

3. Exercice de fonctions publiques électives

Il s'agit là d'un nouveau cas de stabilité de l'emploi, introduit par la Constitution du 1^{er} janvier 1948. "Toute personne appelée à exercer des fonctions publiques électives a le droit de disposer du temps nécessaire à l'exercice desdites fonctions et de conserver son emploi" (art. 51, al. 3, Const.).

4. Grève légitime

La nouvelle Constitution (art. 40) ne s'est pas bornée à supprimer le délit de grève, prévu par les articles 502 et suivants du Code pénal de 1930, mais est allée au-delà du principe de la liberté de grève (vis-à-vis de l'État) et a affirmé *un droit subjectif privé de grève* (vis-à-vis de l'employeur). Il en résulte que l'exercice du droit de grève en vue de défendre les intérêts professionnels collectifs ne constitue pas inexécution de l'obligation en matière de travail, mais provoque la *suspension* (ou mise en sommeil) du contrat de travail pendant toute la durée de la grève et, par suite, la suspension de l'obligation relative au travail ainsi que de l'obligation correspondante en matière de rémunération (1).

En conséquence, la grève non seulement ne constitue pas un motif légitime de licenciement immédiat, mais empêche, pendant toute sa durée, l'exercice du droit ordinaire de dénonciation du contrat de travail à durée indéterminée. Naturellement, il faut qu'il s'agisse d'une grève légitime; mais, jusqu'à présent, aucune loi ne précise les limites du droit de grève auxquelles fait allusion l'article 40 de la Constitution. Certaines limites découlent des principes généraux, comme par exemple le caractère illicite de la grève politique, ou encore de la notion même de grève à laquelle, toujours à titre d'exemple, ne correspondent pas (elles sont même illicites) les grèves dites tournantes ou perlées. Par ailleurs, la jurisprudence s'est orientée vers une notion élargie de grève licite, comprenant non seulement la grève économique, mais aussi la grève dont l'ordre est lancé par suite de conflits collectifs d'ordre juridique, ainsi que la grève de solidarité ou de protestation.

§ 9. LIMITES LÉGALES DE L'AUTONOMIE CONTRACTUELLE DE L'EMPLOYEUR EN CE QUI CONCERNE LA RÉINTÉGRATION DU TRAVAILLEUR DANS SON EMPLOI

En faveur des travailleurs ayant perdu leur emploi, la règle de la stabilité tend à prévoir des mesures destinées à faciliter leur réintégration dans l'entreprise.

Une règle générale à cet effet est établie par l'article 15, alinéa 6, de la loi n° 264 du 29 avril 1949, qui a réorganisé la législation du "placement". L'auto-

(1) A cet égard, la jurisprudence est unanime et la doctrine penche absolument en ce sens. Il n'est pas possible de fournir ici des références complètes; il suffit de rappeler Cass. 4 mars 1952, n° 584, dans *Dir. lav.*, 1952, II, p. 209; Cass. 7 juin 1952, n° 1628, *ibid.*, 1952, II, p. 412; Cons. d'État, 26 novembre 1954, n° 797, dans *Riv. giur. lav.*, 1954, II, p. 500; et en doctrine: SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni cit.* (8^e édition, 1955), p. 49.

nomie contractuelle de l'employeur se trouve sérieusement limitée tant en ce qui concerne la détermination de la teneur du contrat de travail qu'en matière de choix du travailleur, si bien qu'en principe le contrat de travail cesse d'être un contrat conclu *intuitu personae*. Afin de permettre un développement organique de la politique de plein emploi ou, mieux, de l'emploi maximum poursuivi par l'État, le placement des travailleurs est soustrait à l'initiative privée et constitue en revanche une fonction publique exercée par l'État par l'intermédiaire d'organes spéciaux appelés "Offices du travail et de l'emploi maximum" (dénommés dans les lois antérieures et encore aujourd'hui dans la pratique: Offices de placement). Sauf quelques exceptions, l'embauchage des travailleurs ne peut se faire directement, mais doit s'effectuer par demande adressée à l'Office de placement compétent, qui désignera le ou les travailleurs avec qui l'employeur devra passer le contrat de travail. En principe, la demande doit porter sur un *chiffre* par catégorie et par qualifications professionnelles (sauf dans certains cas où la loi admet la demande de caractère nominatif).

Or, en ce qui concerne les demandes numériques d'affectation qui parviennent à l'Office de placement, "les travailleurs licenciés par une entreprise pour compression de personnel bénéficient d'une priorité pour le réengagement auprès de la même entreprise, pendant un délai d'un an".

Ensuite, il convient de rappeler le D.L. n° 27 du 14 février 1946 qui avait édicté des mesures spéciales en vue de la réintégration dans les entreprises des travailleurs démobilisés ou assimilés (déportés, internés et résistants). Le réembauchage obligatoire de ces catégories de travailleurs a été prévu à la charge des entreprises auprès desquelles les employés prêtaient leurs services au moment de l'appel ou du rappel sous les drapeaux pour faits de guerre (ou au moment de la déportation, de l'internement, ou de l'abandon du service afin de participer à la lutte pour la libération), à la condition qu'il s'agisse de personnes dépourvues des moyens indispensables à leur subsistance ou à celle des personnes à leur charge.

§ 10. EXTENSION DU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE LICENCIEMENT AUX CONTRATS DE TRAVAIL PASSÉS AVEC LES ORGANISMES PUBLICS ÉCONOMIQUES DANS LE CADRE DES ASSOCIATIONS SYNDICALES

De crainte d'être incomplet, je mentionnerai brièvement un phénomène particulier, à savoir la pénétration, dans le domaine du contrat d'emploi public, du principe de la liberté de licenciement, traditionnellement lié au contrat privé de travail. Ce phénomène est opposé à celui, déjà relevé (cf. plus haut § 8, p. 244), de l'extension aux contrats de travail passés avec certaines entreprises privées (concessionnaires de services publics) de la règle de stabilité, traditionnellement liée au contrat d'emploi public (1).

(1) SCOTTO, *Interferenze tra contratto di lavoro e rapporto di pubblico impiego*, dans *Riv. dir. lav.*, 1951, I, p. 154.

Les organismes publics économiques ont toujours engagé leurs employés sur la base de contrats régis par les normes applicables à l'emploi privé. Mais, à l'origine, les contestations y relatives ressortissaient à la compétence exclusive du Conseil d'État, ce qui signifiait, pour l'employé, la possibilité d'attaquer l'acte de licenciement pour *abus de pouvoir*, selon les principes généraux de la justice administrative. Ainsi, la règle de la rupture "ad nutum" en arrivait à subir une profonde transformation. L'organisme public ne disposait pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu en matière de licenciement, comme c'était le cas pour les employeurs privés, mais seulement d'un pouvoir discrétionnaire technique, au sens propre que lui confère le droit administratif, c'est-à-dire d'un pouvoir discrétionnaire contenu dans les limites de l'abus de pouvoir.

Ultérieurement, pour les organismes publics économiques exerçant une activité d'entreprise concurrentielle, l'interdiction d'encadrement syndical a été rapportée et les contrats de travail correspondants ont donc été assujettis au régime des conventions collectives. De façon analogue, les contestations relatives à ces contrats ont été soustraites à la juridiction exclusive du Conseil d'État et transférées à la juridiction de l'autorité judiciaire ordinaire (art. 429, n° 3, Code proc. civ., que la Cour de Cassation, contrairement à l'opinion du Conseil d'État, estime toujours être en vigueur). En conséquence, les organismes publics économiques qui opèrent dans un régime concurrentiel ont obtenu un pouvoir de licenciement égal à celui des entreprises privées. En effet, d'après un principe fondamental de l'ordre juridique italien, il n'est pas reconnu aux juges ordinaires le pouvoir de contrôler les actes sous l'angle de l'abus et du détournement de pouvoir (1).

§ 11. L'INDEMNITÉ D'ANCIENNETÉ

Après les considérations qui précèdent, le lecteur pourrait avoir l'impression que le législateur italien a été peu sensible à la tendance du droit moderne du travail à la stabilité de l'emploi.

Certes, si la règle de la stabilité signifie une tendance à assujettir le licenciement à une vérification des motifs, il existe une nette différence entre la législation italienne et la législation en vigueur en France ou en Allemagne. Dans ces deux pays, le licenciement est passible d'un contrôle, quant à ses motifs, exercé par l'autorité judiciaire, sous l'angle, respectivement, de l'"abus de droit" ou de la "Sozialwidrigkeit". En Italie, par contre, le Code civil de 1942 a confirmé le principe du pouvoir discrétionnaire absolu en matière de licenciement (abstraction faite de la règle générale relative à la nullité de l'acte due au caractère illicite des motifs).

Mais il existe une autre différence, fondamentale même, entre la législation italienne et le système que certains auteurs italiens appellent franco-germani-

(1) Cass. 22 février 1952, n° 469, dans *Dir. lav.*, 1952, II, p. 270; Cass. (s. u.), 8 août 1953, *ibid.*, 1954, II, p. 274.

que ⁽¹⁾. Et c'est de ce point de vue qu'en un certain sens l'équilibre se rétablit.

D'après la loi française, au cas où le licenciement ne s'avérerait pas injustifié (c'est-à-dire abusif), l'employeur est tenu uniquement de donner le préavis ou de verser l'indemnité remplaçant le préavis ("indemnité de brusque rupture"). Ce n'est qu'en cas de licenciement abusif qu'une autre indemnité est due à l'employé à titre de dommages-intérêts ("indemnité de rupture abusive"). L'unique exception à ce principe, *sur le plan législatif*, est prévue pour le contrat de travail des journalistes et des représentants de commerce (loi du 29 mars 1935)⁽²⁾. Dans certaines limites, le même principe vaut également pour la loi allemande. Il est vrai que, d'après la loi du 10 août 1950, le licenciement injustifié est, en principe, sans effet; néanmoins, l'employeur peut obtenir la résolution du contrat contre versement d'une indemnité ("Abfindung") s'il peut prouver – ce qui, en pratique, ne lui sera pas difficile, j'imagine – l'impossibilité de poursuivre utilement le rapport de travail. Au contraire, selon la loi italienne (art. 2120, Code civil), l'employeur est certes soustrait à un contrôle judiciaire des motifs du licenciement, mais, d'autre part, *il doit, dans chaque cas* – en plus du préavis ou de l'indemnité pour défaut de préavis – verser une autre indemnité, l'*indemnité d'ancienneté*. Seul un système qui appliquerait rigoureusement le principe de la "stabilité réelle", d'après lequel le licenciement injustifié comporte inévitablement le maintien du contrat de travail, pourrait se dire vraiment plus favorable au travailleur que le régime actuel prévu par la loi italienne. Mais, tant que notre système ne sera pas opposé aux systèmes de la stabilité dite obligatoire – qui, en définitive, laissent l'employeur libre de notifier le licenciement pour un motif quelconque, quitte à lui imposer le paiement d'une indemnité en cas d'absence de motif légitime –, je ne saurais partager l'opinion de ceux qui, en Italie, considèrent comme relativement "arriérée" notre législation en matière de licenciement ⁽³⁾. Et il est inutile de rétorquer que, par contre, tant en France qu'en Allemagne, l'indemnité d'ancienneté, bien qu'elle ne soit pas expressément prévue par la loi, s'est désormais généralisée dans les conventions collectives et les usages. On peut en effet répondre à cette objection que, réciproquement, les récentes conventions collectives de l'industrie ont introduit en Italie, comme nous le verrons, un système général de contrôle des motifs du licenciement, analogue au régime français.

L'obligation relative à l'indemnité d'ancienneté constitue une entrave à l'exercice du droit de licenciement "ad nutum" et ainsi se traduit, indirectement, par une règle de stabilité. En réalité, dans des cas assez fréquents, c'est précisément la perspective de la charge financière que représente le versement de l'indem-

(1) BARASSI, *Diritto del lavoro* cit., III, p. 231.

(2) Cette loi a été remplacée, en ce qui concerne les représentants de commerce, par celle du 7 mars 1957.

(3) GIUGNI, *Verso il tramonto del recesso ad nutum dell'imprenditore*, dans *Riv. dir. lav.*, 1953, I, p. 268, note 147, en opposition avec BARASSI, *Dir. lav.*, III, p. 233.

nité qui induit les employeurs à surseoir à certains projets de licenciement de personnel.

Selon la loi concernant l'emploi privé, l'indemnité d'ancienneté était fonction de la cessation du contrat d'emploi par suite de licenciement (art. 10 du D.R. n° 1825 du 13 novembre 1924), si bien qu'elle était appelée "indemnité de licenciement" (art. 12). L'indemnité d'ancienneté avait donc, à l'origine, un rôle d'indemnisation de dommages due de toute façon, que le licenciement ait été justifié ou non. Mais, par la suite, l'indemnité en cause, comme l'indique sa nouvelle appellation, a subi une profonde modification.

Le Code civil de 1942 non seulement en a généralisé l'institution en l'étendant aussi au contrat de travail des ouvriers, mais encore a reconnu le droit à l'indemnité d'ancienneté dans tous les cas de "cessation du contrat à durée indéterminée", à la seule exception des cas de licenciement pour faute commise par le travailleur ou des cas de démission volontaire (art. 2120, al. 1). Cette exception est d'ailleurs atténuée par l'alinéa suivant du même article, lequel prévoit et permet que la réglementation collective accorde l'indemnité également au travailleur démissionnaire sans motif légitime; et, en fait, les conventions collectives sont désormais généralement orientées en ce sens (1). En cas de cessation du contrat par suite du décès du travailleur, l'indemnité d'ancienneté, ainsi que l'indemnité de préavis (art. 2118, al. 3, Code civil), est dévolue au conjoint, aux enfants et, s'ils étaient à la charge du travailleur, aux parents jusqu'au troisième degré et aux alliés jusqu'au deuxième degré; à défaut de ces personnes, elle est attribuée suivant les règles de la succession légitime sauf, à mon avis — mais le point est controversé —, disposition testamentaire contraire du *de cuius*.

De cette manière, l'indemnité d'ancienneté a perdu son caractère original, n'exerçant plus de fonction compensatrice liée au licenciement, et est venue assumer un rôle lié à l'ancienneté de service, c'est-à-dire un rôle de complément de la rémunération auquel s'ajoute, en ce qui regarde l'avenir, une fonction de prévoyance.

Section II

CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE DÉTERMINÉE

§ 1. LIMITES IMPOSÉES À L'ÉTABLISSEMENT DU CONTRAT

J'ai déjà expliqué (cf. chapitre I, section III) comment, en ce qui concerne ce type de contrat, la règle de la stabilité de l'emploi se pose essentiellement comme un problème de limitation imposée à l'établissement même du contrat. Sur le plan positif, la défaveur marquée par la loi à l'égard du contrat de travail à durée déterminée se révèle de différentes manières.

(1) Une dérogation législative à la règle du Code, selon laquelle il n'y a pas lieu à indemnité d'ancienneté en cas de démission volontaire, a été introduite par la loi n° 860, art. 15, du 26 août 1950 en faveur des ouvrières mères qui donnent leur démission au cours de la période pendant laquelle l'interdiction de licenciement est prévue.

A. Règle de forme

Lorsque la durée du contrat ne découle pas indirectement du caractère spécial de ce dernier (par exemple: travaux saisonniers, enrôlement pour une traversée donnée, etc.), la clause relative à la durée doit, sous peine de nullité, être stipulée par écrit. Si la durée n'est pas spécifiée par écrit, le contrat de travail est considéré comme contrat à durée indéterminée (art. 2097, al. 1, Code civil).

En principe donc, la condition de justifier l'assignation d'un terme final se trouve satisfaite soit par la justification matérielle résultant du "caractère spécial du contrat", soit par la justification formelle offerte par la clause écrite. Cette alternative est d'ailleurs éludée par le Code de la navigation relativement au contrat de travail du personnel navigant qui "est considéré comme contrat à durée indéterminée si la limitation de sa durée ne se trouve pas justifiée par le caractère spécial du contrat" (art. 902, al. 2).

B. Nullité de la clause relative à la durée du contrat, insérée en fraude de la loi

La législation italienne s'est souciée expressément de réprimer la pratique des contrats appelés "Kettenverträge" (contrats en série) consistant en la passation successive, sans solution de continuité, de plusieurs contrats de travail à court terme. Le critère permettant de déterminer si cette pratique est licite ou non est fourni par le principe général de la nullité de l'acte passé en fraude de la loi (art. 1344, Code civil). Si, comme il arrive ordinairement, la limitation de la durée a pour but d'éviter les dispositions concernant le contrat à durée indéterminée (en particulier les règles du préavis et de l'indemnité d'ancienneté), la clause relative à la durée du contrat, encore qu'elle soit stipulée par écrit, est nulle et le contrat est considéré comme étant de durée indéterminée (art. 2097, al. 2, Code civil).

La charge de la preuve incombe au travailleur; mais il lui suffira de prouver que la limitation de la durée contractuelle n'est pas justifiée par le caractère spécial du contrat pour fonder une "praesumptio hominis" de fraude à la loi, rejetant ainsi sur l'employeur la charge de la preuve contraire. De cette façon, la règle en question se traduit pratiquement par une limitation sensible du principe indiqué au point précédent.

C. Limites maxima et minima de la durée de certains contrats

En matière de contrat d'enrôlement à durée déterminée, l'article 326, alinéa 1, Code nav., dispose que le contrat ne peut être conclu pour une durée supérieure à un an. Si la durée spécifiée dépasse un an, la clause est nulle et le contrat est considéré comme étant de durée indéterminée. Cela vaut aussi dans le cas de

services ininterrompus prêtés pendant plus d'un an par la personne engagée en vertu de plusieurs contrats à durée déterminée. Dans ce cas, sans qu'il soit besoin de prouver l'intention d'éluider la loi (dérogation au principe posé à l'art. 2097, al. 2, Code civil), il n'existe qu'un seul contrat d'engagement, régi par les règles applicables au contrat à durée indéterminée.

En revanche, en vertu de la loi n° 533 en date du 15 août 1949, les contrats de travail à terme des salariés fixes de l'agriculture ne peuvent avoir une durée inférieure à deux campagnes agricoles. Si la durée fixée par convention est inférieure, elle est automatiquement remplacée par la durée légale.

D. Limites maxima dans lesquelles le travailleur peut s'obliger

En vue de protéger la liberté personnelle du travailleur, l'article 1628 de l'ancien Code civil se bornait à ne pas reconnaître comme valide un contrat de travail conclu à vie par le travailleur ou (selon l'interprétation large de la jurisprudence) pour une durée pratiquement équivalente. Le nouveau code a édicté une règle générale beaucoup plus efficace, prévoyant que "si le contrat de travail a été passé pour une période supérieure à cinq ans, ou à dix ans s'il s'agit de cadres, le travailleur peut rompre le contrat (avec préavis) une fois écoulées les cinq ou les dix années".

Cette règle parvient à atténuer le principe de la liberté individuelle du travailleur en appliquant la règle de la stabilité. Cela signifie que la clause relative à la durée du contrat, à condition qu'elle soit insérée par écrit, est valide quelle que soit la durée fixée à l'avance par les parties contractantes. Mais, une fois écoulé un certain laps de temps (cinq années pour les employés et les ouvriers, dix années pour les cadres), le terme convenu ne conserve son effet que pour l'employeur, alors que se crée *ex lege* un droit unilatéral de rupture en faveur du travailleur. En d'autres termes, le contrat se transforme en pratique en un rapport de travail avec clause de stabilité.

§ 2. ADAPTATION AU CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE DÉTERMINÉE DE RÈGLES DE STABILITÉ PROPRES AU CONTRAT À DURÉE INDÉTERMINÉE

La réglementation particulière exposée plus haut (litt. E, p. 247), visant l'impossibilité fortuite de la prestation de travail, s'applique aussi au contrat de travail à durée déterminée (1). Mais, d'une part, cette dernière se heurte ici à une limite qui, en revanche, n'existe pas dans le contrat à durée indéterminée; d'autre part, elle prend une signification en partie différente.

(1) Cela est contesté par certains auteurs en ce qui concerne la grève, considérant que le droit de grève ne serait justifié que dans le contrat de travail à durée indéterminée: ARDAU, *Risoluzione ecc.*, cit., p. 311 et sq. Mais il s'agit là d'une opinion isolée.

La limite est constituée par le terme contractuel fixé à l'avance par les parties. La période de suspension du contrat ne peut se prolonger au-delà de la date d'expiration du contrat. Si le contrat expire pendant la "période de tolérance", le droit de l'employé à la conservation de son emploi cesse, et le contrat est immédiatement résolu. Cela est expressément prévu par l'article 3, point c, de la loi n° 860 du 26 août 1950 en cas de grossesse et d'accouchement, mais il s'agit évidemment d'une règle générale.

La signification différente a trait aux conséquences qu'entraîne l'impossibilité continue de la prestation du travail au-delà du délai de tolérance, ce qui naturellement ne peut se produire dans les cas où la période de tolérance se prolonge pendant toute la durée de l'empêchement du travailleur. Dans le contrat de travail à durée indéterminée, à la fin de la période de tolérance, l'impossibilité de la prestation de travail ne peut plus avoir pour effet de suspendre le droit de licenciement "ad nutum"; en revanche, dans le contrat à durée déterminée, si le délai de tolérance expire avant le contrat, l'impossibilité continue de la prestation de travail, motif de suspension du contrat, se transforme en motif donnant à l'employeur le droit de rompre le contrat de façon extraordinaire. Mais, comme il n'y a pas faute de la part du travailleur, la rupture extraordinaire doit être accompagnée de la garantie que constitue le préavis, garantie propre à la rupture ordinaire du contrat (art. 2110, al. 2, Code civil).

§ 3. RÉGLEMENTATION SPÉCIALE DES CONTRATS DE TRAVAIL À TERME DANS LE DROIT DE LA NAVIGATION

Une règle des plus singulières est édictée par le Code de la navigation pour le contrat d'enrôlement à durée déterminée ainsi que pour le contrat du personnel navigant à durée déterminée (art. 345 et 916). Il s'agit d'un cas unique, dans lequel le principe de la réciprocité des positions juridiques des contractants est violé en *faveur de l'employeur* (armateur du navire ou exploitant de l'aéronef). En dépit de la fixation d'un terme au contrat (qui, on se le rappelle, ne peut dépasser la durée d'une année dans le contrat d'enrôlement, alors que dans le contrat du personnel navigant il doit être justifié par le caractère spécial du rapport de travail), l'employeur a la faculté de rompre le contrat à tout moment et en tout lieu, à la condition de verser, outre les indemnités normales, une autre indemnisation spéciale (art. 358 et 922 du Code nav.). Cette dérogation aux principes généraux tient aux besoins spéciaux de l'entreprise de navigation.

§ 4. RUPTURE POUR JUSTE MOTIF

Sauf les exceptions indiquées aux deux points précédents (art. 2110, al. 2, Code civ.; art. 345 et 916, Code nav.), la rupture du contrat de travail à durée déter-

minée a pour rôle de sanctionner la faute commise par l'une des parties contractantes (rupture pour motif légitime: art. 2119, Code civ.). J'ai déjà affirmé (cf. § 7, p. 243) que, en dépit de la formule uniforme de la règle légale, le motif légitime conférant le droit de rupture extraordinaire du contrat à durée déterminée a un contenu autre et plus ample que le motif légitime permettant la rupture ordinaire immédiate du contrat à durée indéterminée, en ce sens que ce n'est que dans le second cas qu'il faut que la faute ne permette pas le maintien, même provisoire, du rapport de travail, tandis que dans le premier cas il suffit d'une faute ayant l'importance (eu égard à l'intérêt de l'autre partie) requise par le droit commun relativement à la résolution des contrats pour inexécution.

Il y a lieu d'ajouter une autre différence. Dans le contrat à durée déterminée, lorsque le motif légitime invoqué par l'auteur de la rupture est en réalité inexistant, la rupture est non valable par défaut de légitimation, précisément parce qu'ici le droit de rupture présuppose de façon spécifique un juste motif. Par contre, dans le contrat de travail à durée indéterminée auquel le droit de rupture est inhérent, l'inexistence du motif légitime allégué par l'auteur de la rupture n'empêche pas cette dernière de prendre effet, mais n'a d'importance qu'en ce qui concerne le préavis ou l'indemnité pour défaut de préavis.

Nous rappellerons ensuite quelques-uns des principes formulés par la jurisprudence au sujet des deux types de contrat: *a) principe de la contestation*: l'existence d'un juste motif ne suffit pas à justifier le licenciement immédiat, mais une contestation, même générale, de ce motif au moment du licenciement est nécessaire (1); *b) principe établissant l'impossibilité de modifier le motif contesté*: il s'agit d'un corollaire du principe précédent, qui précise que les autres manquements éventuellement relevés après notification d'un licenciement immédiat injustifié ne sont pas pris en considération (2); *c) principe de la non-nécessité d'une faute contractuelle*: par dérogation aux principes du droit commun, le motif légitime de résolution immédiate du contrat de travail ne présuppose pas nécessairement une faute contractuelle, pouvant d'ailleurs s'accompagner d'une faute extérieure au domaine d'obligation du contrat, mais une faute telle, toutefois, qu'elle puisse ébranler la confiance de l'autre partie contractante quant à l'exécution correcte des prestations ultérieures (3); *d) caractère simplement indicatif des listes conventionnelles de motifs légitimes de licenciement immédiat*: si, comme il arrive fréquemment, les conventions collectives spécifient les cas dans lesquels peut être appliquée la sanction la plus grave (licenciement immédiat), cette liste conventionnelle n'a pas un caractère impératif, mais simplement indicatif.

(1) Cass. 27 janvier 1951, n° 248, dans *Riv. dir. lav.*, 1951, II, p. 281.

(2) Cass. 10 juin 1950, n° 1469, dans *Riv. dir. lav.*, 1951, II, p. 93; Cass. 19 juin 1951, n° 2024, *ibid.*, 1951, II, p. 464.

(3) Cass. 28 février 1953, n° 484, dans *Riv. dir. lav.*, 1953, II, p. 140.

Section III

RÈGLES DE STABILITÉ
COMMUNES AUX DEUX SORTES DE CONTRATS§ 1. TENDANCE À SOUSTRAIRE LE CONTRAT DE TRAVAIL
AUX CAUSES GÉNÉRALES DE RÉOLUTION DES CONTRATS

La règle de la stabilité de l'emploi, comme je l'ai déjà fait observer, tend non seulement à limiter le droit de licenciement de l'entreprise, mais aussi à réduire le plus possible l'incidence qu'ont sur le contrat de travail les principes généraux relatifs à la résolution des contrats. Cette tendance intéresse aussi bien les empêchements fortuits de la part du travailleur que les aléas de l'entreprise dont le travailleur dépend.

A. Événements imprévus touchant la personne du travailleur

Il y a lieu de considérer ici à nouveau la réglementation particulière relative à l'impossibilité effective de la prestation de travail. J'ai jugé opportun d'exposer cette réglementation sous l'angle le plus important pour la règle de la stabilité, c'est-à-dire en tant que limite au pouvoir de licenciement "ad nutum" dans le contrat à durée indéterminée (cf. plus haut, litt. E, p. 247). J'ai même déclaré (§ 2, p. 257) que cette réglementation s'applique aussi au contrat de durée déterminée, mais non dans la même mesure, ni avec la même signification.

D'un point de vue général commun aux deux types de contrat, la réglementation spéciale en question transforme l'impossibilité survenue de motif de résiliation en motif de suspension du contrat de travail. S'agit-il là d'un principe général du droit du travail, extensible par conséquent également à d'autres cas d'impossibilité, différents de ceux expressément envisagés aux articles 2110 et 2111 du Code civil, dans la Constitution (art. 51 et 52) ou dans des lois spéciales? Dans une première phase, la Cour de Cassation avait rendu un arrêt en ce sens ⁽¹⁾, mais, par la suite, elle s'est reprise et a reconnu que les cas de suspension légale du contrat de travail sont exceptionnels et formels et, par là, ne peuvent donner lieu à une application par voie d'analogie. En dehors de ces cas, le principe général demeure, d'après lequel l'impossibilité de la prestation de travail, lorsque sa durée est indéfinie, entraîne *ipso jure* la résiliation du contrat, de sorte que le travailleur – s'il s'agit d'un contrat de durée indéterminée – n'a pas droit au préavis, mais uniquement à l'indemnité d'ancienneté ⁽²⁾. D'ailleurs, ce principe a été atténué en pratique par la Cour de Cassation elle-même, au

(1) Cass. 5 octobre 1948, n° 1686, dans *Massimario Giur. lav.*, 1949, p. 17. Pour une critique, cf. mon étude *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, dans "Scritti in onore di A. Scialoja", IV, Bologne 1953, p. 270.

(2) Cass. 30 juin 1950, n° 1684, et Cass. 8 juillet 1950, n° 1805, dans *Riv. dir. lav.*, 1951, II, p. 121; Cass. 12 mars 1951, n° 607, *ibid.*, 1951, II, p. 325; Cass. 30 mars 1951, n° 759, *ibid.*, 1951, II, p. 326; Cass. 15 mai 1952, n° 1384, *ibid.*, 1952, II, p. 374.

moyen d'une interprétation restrictive de la notion d'impossibilité de la prestation de travail. Elle a refusé, par exemple, de comprendre dans cette notion le cas des travailleurs dits "indésirables", c.-à-d. des employés que la corporation contraignait, immédiatement après la guerre, pour des raisons politiques, à s'abstenir de travailler. La prétention des entreprises de faire valoir la suspension de fait du travail comme motif de résiliation du contrat de travail a été repoussée et, dès lors, les "indésirables" eux aussi ont pu bénéficier du blocage des licenciements (1).

Quant au *mariage*, le D.L. n° 1334 du 24 juin 1937 prévoit que les *employés* qui désirent se marier peuvent demander à leur employeur un congé extraordinaire n'excédant pas la durée de quinze jours. Pendant ce congé, l'employé est considéré à tous effets comme étant en activité. Dans les conventions collectives les plus récentes, cette concession a été étendue également aux ouvriers. (Cf. par exemple: article 54 de la convention collective du 23 octobre 1950, concernant le personnel des entreprises commerciales, et article 27 de la convention collective du 21 juin 1956, concernant les ouvriers des industries métallurgiques et mécaniques.)

B. Événements touchant l'entreprise

La loi n'envisage expressément que les cas de cession de l'entreprise, de faillite ou de liquidation administrative forcée et, en outre, certains cas particuliers aux entreprises de navigation. Mais, dans d'autres cas également, toute modification survenue dans la vie de l'entreprise n'entraîne assurément pas la rupture du contrat de travail.

1. Cession d'entreprise

En fonction de la notion d'entreprise en tant qu'institution, qui comporte l'autonomie de l'entreprise vis-à-vis de la personne de l'entrepreneur, le Code civil établit le principe d'après lequel le cessionnaire de l'entreprise succède au cédant dans les contrats passés en vue de l'exploitation de ladite entreprise. Selon la règle générale, posée à l'article 2558 du Code civil, il ne s'agit toutefois que d'un principe directeur, vu que la succession s'opère "sauf stipulation contraire". Néanmoins, il est *impossible de déroger* à ce principe quant au contrat de travail, en vertu de la règle spéciale édictée à l'article 2112 du Code civil. La succession de l'acquéreur au cédant dans les contrats de travail a lieu nonobstant toute disposition contraire, à moins que l'aliénateur n'ait donné préavis en temps utile.

Au surplus, l'acquéreur est solidairement obligé, conjointement avec l'aliénateur, pour toutes les créances existant en faveur du travailleur au moment de

(1) Cass. (s.u.) 30 novembre 1950, n° 2662, dans *Riv. dir. lav.*, 1951, II, p. 151; Cass. 21 juillet 1952, n° 2282, *ibid.*, 1952, II, p. 441.

la cession, en raison du travail fourni, même si l'aliénateur a signifié le préavis en temps voulu et donc, sans tenir compte du caractère actuel du contrat de travail au moment de la cession (1); cette charge s'ajoutant aux dettes du cédant est d'ailleurs subordonnée à la condition que l'acquéreur en ait connaissance au moment de la cession ou que les créances ressortent des livres de compte de l'entreprise ou du livret de travail (art. 2112, al. 2, Code civil). Les mêmes règles s'appliquent aussi en cas d'usufruit ou de location de l'entreprise.

2. Décès du chef d'entreprise. Fusion de sociétés

Le principe de l'autonomie de l'entreprise à l'égard de la personne du titulaire ne reconnaît pas, en règle générale, que le décès du chef d'entreprise a pour effet de mettre fin au contrat de travail (2). A ce contrat s'applique par analogie, sauf circonstances particulières, la règle prévue à l'article 1722, n° 4, du Code civil en matière de mandat, suivant lequel "le mandat ayant pour objet l'accomplissement d'actions relatives à l'exploitation d'une entreprise ne prend pas fin si l'exploitation de l'entreprise est poursuivie, sauf droit de rupture de la part des héritiers".

Quant au cas de cessation des fonctions du chef d'entreprise à la suite d'une fusion de sociétés, la poursuite du rapport de travail se fonde sur les dispositions de l'article 2504, alinéa 4, du Code civil, d'après lesquelles "la société absorbante, ou celle résultant de la fusion, assume les droits et obligations de la société absorbée".

3. Faillite et liquidation de l'entreprise

La question de savoir si ces événements mettent fin au contrat de travail a été résolue de façon explicite par le nouveau Code civil, conformément à l'opinion négative prévalant dans la doctrine et la jurisprudence antérieures. L'article 2119, alinéa 2, du Code civil stipule en outre que la faillite ou la liquidation administrative forcée de l'entreprise, loin d'être un motif justifiant la résolution automatique du contrat de travail, ne constitue pas même "un motif légitime" de résolution, c'est-à-dire de brusque rupture du contrat de durée indéterminée ou encore de rupture *ante tempus* du contrat de durée déterminée. A plus forte raison, cette règle vaut-elle pour la liquidation volontaire.

Seule la dissolution d'entreprise à la suite de la faillite ou de la liquidation (forcée ou volontaire) entraîne la résolution des contrats de travail. Mais dans ce cas, comme il résulte explicitement de l'article 9, alinéa 2, de la loi sur l'emploi privé, le travailleur a droit non seulement à l'indemnité d'ancienneté, mais aussi à l'indemnité de préavis qui devront être versées en priorité (art. 2751, n° 4, Code civ.). Pour les travailleurs de l'industrie, le versement d'une rémunération

(1) Cass. 16 octobre 1954, n° 3820, dans *Foro ital.*, 1955, I, c. 678.

(2) BARASSI, *Dir. lav.*, III, cit., p. 201 et suivantes; SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni cit.*, pp. 199, 210.

afférente aux derniers mois de service et des indemnités de licenciement peut être effectué, à la place du chef d'entreprise défaillant, par la Caisse de complément des gains des ouvriers de l'industrie, après autorisation préalable du ministre du Travail, lorsque la faillite de l'entreprise est due principalement à des circonstances exceptionnelles de caractère général (loi n° 135 du 5 avril 1949).

4. Force majeure

Lorsque la cessation des activités de l'entreprise est due à un cas de force majeure (il s'agit cependant de cas très rares en temps de paix, telle la destruction ou l'endommagement de l'équipement de l'entreprise au point de le rendre inutilisable) ⁽¹⁾, le contrat de travail expire sans que le travailleur ait droit à une indemnité de préavis (art. 9, loi sur l'emploi privé). Il a droit toutefois, suivant les dispositions de l'article 2120 du Code civil, à l'indemnité d'ancienneté.

En revanche, les interruptions temporaires de l'activité de l'entreprise, dues à un cas de force majeure, ne provoquent pas la résolution, mais la suspension du contrat de travail, à moins que l'impossibilité se prolonge de telle manière que le travailleur ne puisse plus être considéré comme tenu de fournir la prestation, ou encore que l'employeur n'ait plus intérêt à l'obtenir (application de la règle générale de l'art. 1256, al. 2, Code civ.). Pendant la période de suspension, il n'y a pas lieu à rémunération, sauf possibilité de ce qui est appelé la récupération (cf. art. 4 D.R. n° 1955 du 10 septembre 1923; art. 6, D.R. n° 1956 du 10 septembre 1923).

5. Lock-out

La nouvelle Constitution, alors qu'elle a reconnu aux travailleurs le droit de grève (art. 40), n'a pas reconnu aux employeurs un droit réciproque de lock-out. Certains auteurs estiment même que l'interdiction pénale de fermeture (art. 502 et suivants, Code pénal) est toujours en vigueur. Il s'agit là d'une opinion extrême: sur le plan du droit public, il existe aujourd'hui en Italie une *liberté en matière de lock-out* faisant pendant à la liberté de grève. La différence de traitement du point de vue juridique entre lock-out et grève regarde exclusivement le domaine du droit privé. La grève suspend le contrat de travail; par contre, le lock-out non seulement ne résout pas, mais même ne suspend pas le contrat et se traduit, au contraire, par un refus illégitime de la prestation de travail, c'est-à-dire par un phénomène de *mora credendi* (retard du créancier) ⁽²⁾. En conséquence, pour autant que le travailleur se tienne à la disposition de l'employeur, l'obligation de ce dernier, qui consiste à verser la rémunération convenue, demeure ferme, sauf exercice du droit de licenciement "ad nutum";

⁽¹⁾ Cass. 16 avril 1953, n° 1011, dans *Riv. dir. lav.*, 1953, II p. 235.

⁽²⁾ SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni cit.*, p. 56; ainsi que mon étude *Lo sciopero dans "Atti della XXVI Settimana Sociale"* (Gênes 1951), p. 270.

dans ce cas, le travailleur aura droit à l'indemnité de préavis ainsi qu'à l'indemnité d'ancienneté. Cette règle est expressément édictée par l'article 6, dernier alinéa, de la loi sur l'emploi privé, en relation avec un cas quelconque de "suspension du travail de la part du patron" et, par suite également, pour le cas de lock-out.

§ 2. INAPPLICABILITÉ DE LA RÉOLUTION JUDICIAIRE POUR INEXÉCUTION

Selon la jurisprudence et la majeure partie de la doctrine, la réglementation spéciale de la rupture du contrat de travail pour motif légitime (art. 2119, Code civil) ne reconnaît pas l'applicabilité à ce contrat du principe général de la résolution pour inexécution (art. 1453, Code civil) ⁽¹⁾. Il a été observé que dans la substitution de la sanction de la rupture pour motif légitime (forme d'auto-protection) à la résolution judiciaire pour inexécution on note la tendance à soustraire le contrat de travail à la catégorie des droits de créance et à le faire rentrer en revanche dans celle des rapports personnels ⁽²⁾. Mais il s'agit d'une tendance incomplètement évoluée, qui ne permet pas encore d'affirmer qu'en Italie le contrat de travail ne constitue plus un contrat d'échange, mais a pris un caractère d'association ⁽³⁾.

§ 3. TENDANCE À TRANSFORMER LES CAUSES DE NULLITÉ DU CONTRAT DE TRAVAIL EN CAUSES DE RÉOLUTION DU CONTRAT

Il faut cependant reconnaître que la tendance mentionnée – qui en vient à attribuer une importance juridique, à côté du contrat, au fait de l'insertion du travailleur dans l'entreprise, conçue comme institution – a désormais réalisé d'importants progrès. Et la pleine mesure de ces progrès est fournie par la réglementation qu'a introduite le Code de 1942 (art. 2126) pour les cas de nullité ou d'annulation du contrat de travail. Au cas où le contrat serait déclaré nul (par exemple pour vice de forme ⁽⁴⁾, pour simulation, etc.) ou encore serait

(1) Cass. 16 mai 1954, n° 1422, dans *Riv. giur. lav.*, 1954, II, p. 510; Cour d'appel de Bologne, 3 avril 1952, dans *Riv. dir. lav.*, 1953, II, p. 53.

(2) MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, dans *Dir. lav.*, 1954, I, p. 169.

(3) En ce sens, cf. GRASSETTI, dans *Atti del convegno sulla tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Milan 1955, p. 81, conformément à une orientation bien connue de la doctrine allemande (par exemple, NIKISCH, *Arbeitsrecht* I cit., p. 139, qui estime: "dass das Arbeitsverhältnis ein Gemeinschaftsverhältnis sei"), mais qui se trouve aussi contestée en Allemagne par des personnalités faisant autorité (par exemple, SCHNORR VON CAROLSFELD, *Arbeitsrecht*, 2e édition, Göttingen 1954, p. 162, point b, n° 2a: "der Arbeitsvertrag zu den schuldrechtlichen, nicht zu den gemeinschaftsbildenden Verträgen gehört"). L'opinion de GRASSETTI (spécialiste du droit privé) se trouve isolée dans les doctrines de droit civil, mais correspond en revanche à la tendance prédominante de la doctrine italienne actuelle du droit public, où l'on en est déjà venu à écrire que "le rapport de travail prend naissance avec le contrat et subsiste dans le cadre ainsi institué (MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione*, dans "Scritti in onore di A. Scialoja", IV, cit., p. 295).

(4) La forme solennelle *ad substantiam* n'est requise que pour le contrat d'enrôlement (art. 328, 375, al. 3, Code nav.).

annulé, par exemple pour vice de consentement, pour inobservation des règles applicables au placement (art. 2098, Code civil), la loi remplace l'autonomie privée en maintenant le contrat en vigueur pendant la période durant laquelle il a été exécuté. Il se forme ainsi un rapport de travail n'ayant pas d'origine contractuelle, mais au contraire se créant *ex lege* en fonction de la "prestation de fait" du travail. Cette règle n'est pas applicable et, par conséquent, les principes généraux demeurent en vigueur lorsque la nullité découle du caractère illicite de l'objet ou de la cause (1).

La réglementation spéciale prévue à l'article 2126 du Code civil aboutit à une règle de stabilité de l'emploi parce qu'en définitive elle réduit les causes de nullité (à moins qu'il ne s'agisse du caractère illicite) ou d'annulation du contrat de travail à de simples causes de résiliation (*ex nunc*) du rapport de travail.

§ 4. RÈGLES DESTINÉES À FACILITER LE RÉEMPLOI DES TRAVAILLEURS PRIVÉS DE LEUR POSTE

Dans les cas de dissolution du rapport de travail, la règle de la stabilité se manifeste par une série de mesures destinées à faciliter le réemploi du travailleur. J'ai déjà fait allusion aux règles légales qui, dans certains cas, d'ailleurs très limités, prévoient la réintégration du travailleur dans l'entreprise *même* où il était antérieurement employé (§ 9, p. 251). J'indiquerai plus loin une autre règle de ce genre, prévue par les conventions collectives, relativement aux licenciements collectifs. Ici, les règles légales tendant à encourager le travailleur dans la recherche d'un autre emploi entrent en considération.

A. *Restitution du livret de travail*

Quelle que soit la cause de cessation du rapport de travail, qu'il s'agisse d'un contrat de durée déterminée ou indéterminée, l'employeur est obligé de restituer (le lendemain de la cessation du travail au plus tard) le livret de travail dans lequel il doit avoir indiqué notamment la qualification professionnelle du travailleur, la rémunération, la durée de la prestation de service et, en général, tous les éléments susceptibles d'avoir un intérêt pour le placement (loi n° 112 du 10 janvier 1935 instituant le livret de travail). La possession du livret de travail par le travailleur est une des conditions pour l'inscription sur les listes de placement auprès des offices du travail et du plein emploi (art. 9 de la loi n° 264 du 29 avril 1949).

(1) Il vaut la peine de signaler l'arrêt intéressant rendu le 1^{er} décembre 1951 par le Tribunal de Milan (dans *Dir. lav.*, 1953, II, p. 196), selon lequel "est frappé de nullité pour caractère illicite de l'objet le contrat de travail du gérant, lequel, connaissant l'état d'insolvabilité de l'entreprise, en a poursuivi la gestion (au lieu d'en demander la mise en faillite), aggravant ainsi la déconfiture de ladite entreprise. En conséquence, en application de l'article 2126, Code civil, le gérant susmentionné n'a droit à percevoir ni la rémunération ni l'indemnité de licenciement". D'ailleurs, la décision est très discutable.

B. *Certificat de travail*

Dans les cas exceptionnels où le livret de travail n'est pas obligatoire (par exemple pour les cadres), l'employeur est tenu, indépendamment de la demande éventuellement formulée par le travailleur, de délivrer un certificat de travail "avec l'indication du temps pendant lequel le travailleur a été occupé à son service ainsi que les fonctions exercées" (art. 2124, Code civil; également art. 2133 et 2246).

C. *Déclaration à l'Office de Placement*

L'employeur doit communiquer, dans les cinq jours, à l'Office compétent du travail et de l'emploi maximum, le nom et la qualification des travailleurs dont le contrat de travail a été rompu pour un motif quelconque. L'inexécution de cette obligation constitue un délit comportant une sanction pécuniaire (art. 21 et 27, loi n° 264 du 29 avril 1949).

D. *Cours professionnels pour chômeurs*

Très souvent, le fait pour le travailleur de se trouver sans emploi tient à son manque de qualification professionnelle ou à son aptitude réduite à se plier aux exigences de rendement ainsi qu'aux besoins du marché du travail. De ce point de vue, la règle de la stabilité de l'emploi encourage la création de cours de perfectionnement, de qualification et de requalification professionnelle des travailleurs en chômage, cours qui sont prévus en fait par la loi n° 264, titre IV, du 29 avril 1949.

§ 5. ASSISTANCE ÉCONOMIQUE AUX CHÔMEURS

Les mesures prises en vue du placement des travailleurs en chômage doivent être complétées par d'autres mesures, ayant un caractère de prévoyance et visant à suppléer à la prestation de travail en tant que moyen de subsistance du travailleur pendant la période durant laquelle il demeure sans emploi. Il s'agit donc de "*succédanés*" de la stabilité ayant un caractère transitoire.

La mesure principale est constituée par l'assurance-chômage, gérée par l'Institut national de la prévoyance sociale et réglemée par le D.L. n° 1827 du 4 octobre 1935 (et modifications ultérieures) maintenu en vigueur, dans l'attente d'une réforme de la prévoyance sociale, par l'article 30 de la loi du 29 avril 1949, laquelle prévoit en outre le versement d'allocations complémentaires de l'indemnité de chômage, ainsi que des subsides extraordinaires en faveur de catégories professionnelles particulières. Les travailleurs de l'industrie demeurés sans emploi à la suite de la faillite de l'entreprise ou de la liquidation administrative forcée de cette dernière peuvent recevoir des indemnités spéciales de la Caisse complémentaire des gains des ouvriers de l'industrie (art. 3, loi n° 135 du 5 avril 1949).

*Section IV**CONTRATS DE TRAVAIL SPÉCIAUX
DE CARACTÈRE TEMPORAIRE*

§ unique. LA RÈGLE DE LA STABILITÉ ET LES CONTRATS TEMPORAIRES

Dans certaines situations spéciales de caractère temporaire, l'employeur peut licencier "ad nutum" le travailleur sans fournir les garanties normales que sont le préavis et l'indemnité d'ancienneté. Dans ces cas, la règle de la stabilité intervient, imposant une durée maximum au-delà de laquelle, si le rapport de travail continue, la réglementation normale du contrat de travail à durée indéterminée est applicable.

A. Période d'essai

"Pendant la période d'essai, chacune des parties peut rompre le contrat, sans obligation en matière de préavis ou d'indemnité. Toutefois, si l'essai est prévu pour une période minimum nécessaire, le droit de rupture ne peut être exercé avant l'expiration de la période" (art. 2096, Code civil). La loi fait explicitement allusion à une période *minimum*, mais il est clair que, tandis que la fixation d'une durée minimum n'est qu'éventuelle, il est par contre essentiel de fixer une durée *maximum*. Afin de prévenir des infractions portant préjudice au travailleur, cette période a été déterminée par la loi elle-même (six mois ou trois mois suivant un ordre de qualification, pour les employés: art. 4, D.R. n° 1825 du 13 novembre 1924; deux mois pour les apprentis: art. 9 de la loi n° 25 du 19 janvier 1955; huit jours pour le personnel domestique: art. 2241, Code civil) ou encore par les conventions collectives. Les parties au contrat individuel peuvent abrégier la période prévue par la loi ou les conventions, mais non l'allonger.

Au surplus, le travailleur est protégé contre le droit de licenciement sans préavis, concédé à l'employeur pendant la période d'essai, par la règle prescrivant de stipuler sous forme écrite l'accord relatif à la période d'essai (art. 2096, alinéa 1, Code civil). Cette prescription ne semble pas imposée sous peine de nullité, mais *ad probationem tantum*. Sans acte écrit, l'employeur ne pourra faire la preuve en justice de la légitimité d'un licenciement sans préavis.

Si le rapport de travail continue au-delà de la période maximum d'essai, "l'engagement devient définitif et les services fournis sont pris en compte pour le calcul de l'ancienneté du travailleur" (art. 2096, alinéa 4, Code civil). La règle en question permet de conclure que l'accord relatif à la période d'essai ne constitue pas un rapport de travail à durée déterminée, mais bien une condition potestative résolutoire stipulée dans un contrat de travail normal à durée indéterminée ou même à durée déterminée, condition résolutoire qui toutefois

ne peut plus être réalisée passé un certain délai (à savoir la durée maximum de la période d'essai).

B. Contrat d'apprentissage

La question de savoir si l'apprentissage constitue un rapport de travail est expressément réglée par la loi dans le sens affirmatif (1). D'après l'article 2 de la loi n° 25 du 19 janvier 1955, "l'apprentissage constitue un rapport de travail spécial" et le Code civil (art. 2134) disposait déjà que la réglementation générale du contrat de travail s'applique à l'apprentissage, pour autant qu'elle soit compatible avec le caractère spécial du rapport ou que des dérogations à cette réglementation ne soient pas reconnues par des lois spéciales.

Malheureusement, la loi récente que nous venons de citer est très obscure au sujet de la réglementation en matière de rupture du contrat d'apprentissage. A ce sujet, l'article 19 prévoit que "si, au terme de la période d'apprentissage, le préavis n'a pas été donné conformément à l'article 2118 du Code civil (c'est-à-dire avec préavis), l'apprenti est maintenu en service avec la qualification obtenue à la suite des épreuves d'aptitude et la période d'apprentissage est prise en considération pour le calcul des années d'ancienneté du travailleur". A partir de cette règle, un auteur éminent a cru pouvoir conclure que la garantie du préavis ne devrait être fournie qu'au terme de l'apprentissage, lorsque l'employeur n'a pas l'intention de poursuivre le rapport de travail. En revanche, pendant la période d'apprentissage, l'apprenti pourrait être licencié à tout moment, sans préavis et sans indemnité (2). Cette interprétation me laisse très perplexe. Au cas où elle serait exacte, l'article 9 de la loi qui admet, dans le contrat d'apprentissage également, la stipulation d'une période d'essai d'une durée maximum de deux mois perdrait toute signification pratique. A mon avis, une fois écoulés les deux mois, le licenciement de l'apprenti ne peut plus avoir lieu sans préavis.

De toute façon, il est certain que l'apprenti licencié n'a pas droit à l'indemnité d'ancienneté, parce qu'il n'est pas tenu compte de la période d'apprentissage pour le calcul de l'ancienneté de service. C'est pourquoi, de ce point de vue, la protection de l'apprenti se traduit, ici aussi, par la fixation de la durée maximum du contrat d'apprentissage, qui ne pourra dépasser cinq ans, à moins qu'une durée plus courte n'ait été établie par les conventions collectives (art. 7 de la loi déjà citée). Les périodes de prestation de services en qualité d'apprenti auprès de

(1) Selon NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, p. 708, la question aurait une importance plus théorique que pratique. Une telle opinion n'est certes pas acceptable si l'on se réfère à la législation italienne. Par exemple, en cas d'acte illicite commis par l'apprenti au préjudice de tiers, la solution de la question relative à la nature du contrat d'apprentissage conditionne l'applicabilité à l'employeur de l'article 2049, Code civil (responsabilité objective), ou de l'article 2048 (responsabilité subjective, la charge de la preuve de la faute incombant à l'autre partie).

(2) SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni*, cit., p. 96.

plusieurs employeurs sont cumulatives pour le calcul de la durée maximum de la période d'apprentissage, à condition qu'elles ne soient pas séparées par des interruptions de travail dépassant un an et qu'elles portent sur les mêmes activités (article 8).

C. *Engagement temporaire*

Le personnel auxiliaire s'oppose au personnel régulier en ce sens qu'il est engagé en dehors de l'"effectif" de l'entreprise, en vue de faire face à des besoins extraordinaires, et par suite temporaires, de ladite entreprise. La qualité d'auxiliaire implique donc essentiellement un contrat de travail à durée déterminée. Cela n'exclut pas que le contrat puisse être passé avec l'employé auxiliaire sans précision de durée, car le contrat de travail à durée déterminée admet le défaut de spécification formelle de la durée par les parties lorsque cette durée découle indirectement du "caractère spécial du rapport" (article 2097, Code civil) (1).

Ce qu'on appelle le licenciement de l'auxiliaire engagé sans stipulation explicite d'un terme final ne constitue pas en réalité une rupture véritable, mais plutôt la constatation d'un état de fait, l'employeur constatant la cessation des besoins extraordinaires de l'entreprise en raison desquels l'auxiliaire était engagé. En conséquence, l'auxiliaire n'a droit, en règle générale, ni au préavis ni à aucune indemnité de licenciement, selon les principes régissant le contrat de travail de durée déterminée (2). Mais, d'autre part, à défaut d'un terme final explicite, la durée du contrat du personnel auxiliaire doit être brève (3). Si la durée maximum n'est pas prévue par les conventions collectives ou par les usages, elle sera établie par le juge. Au-delà de cette durée maximum, les besoins de l'entreprise en raison desquels l'auxiliaire avait été engagé se révèlent en réalité non pas de nature extraordinaire et provisoire, mais bien de caractère durable, et par suite un contrat de travail à durée plus longue ne se trouve pas justifié du fait du caractère spécial du rapport de travail. Par conséquent, d'après le principe posé à l'article 2097, alinéa 1, Code civil, l'auxiliaire a droit aux mêmes avantages que le travailleur à temps indéterminé. En d'autres termes (sauf le cas de fraude à la loi qui fait qu'un seul contrat à durée indéterminée est réputé avoir existé), la poursuite de la prestation de services par l'auxiliaire au-delà de la période maximum prévue implique une reconduction tacite du contrat, initialement à terme, et le nouveau contrat, d'après la règle de l'article 2097, alinéa 3, Code civil, vaut comme contrat à durée indéterminée.

(1) SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni*, cit., pp. 139, 216; RIVA SANSEVERINO, *Contratto ind. di lavoro*, cit., p. 213.

(2) L'article 31 de la loi n° 653 du 10 juin 1940, en faveur des auxiliaires engagés provisoirement en vue de remplacer des employés permanents rappelés sous les drapeaux, déroge à cette règle. Si l'employé rappelé reprend son service, ou si le contrat de travail est résilié, l'auxiliaire a droit à un préavis de 15 jours et, s'il a fourni ses services pendant plus de deux ans, également à l'indemnité d'ancienneté.

(3) BARASSI, *Dir. lav.* II, cit. p. 177.

Section V

LA STABILITÉ DES FONCTIONS
EXERCÉES DANS L'ENTREPRISE§ 1. LIMITES LÉGALES DU PRINCIPE DE L'IMPOSSIBILITÉ
DE MODIFIER UNILATÉRALEMENT LES FONCTIONS DU TRAVAILLEUR

En ce qui concerne les *fonctions* du travailleur, déterminées par la qualification, la règle de la stabilité est pleinement conforme aux principes généraux du droit des obligations. La règle selon laquelle "le travailleur doit être affecté aux fonctions pour lesquelles il a été engagé" (art. 2103, Code civil) n'est qu'une application du principe d'après lequel le travailleur ne peut être contraint d'effectuer un travail autre que celui convenu. Aussi, tout changement de fonctions comportant un changement de qualification implique l'adhésion explicite ou implicite du travailleur, c.-à-d. la passation d'un nouveau contrat (1).

Toutefois, en vue de sauvegarder les intérêts de l'entreprise, la loi admet une exception audit principe, en vertu de laquelle le chef d'entreprise acquiert un droit unilatéral de modifier les fonctions du travailleur, la qualification demeurant inchangée (*jus variandi*). Ce droit est cependant assujéti à certaines conditions. Et, précisément, l'affectation du travailleur à des travaux différents ne peut se faire que s'il n'en a pas été convenu autrement et si les besoins de l'entreprise l'exigent; cette affectation doit être temporaire et ne peut comporter une diminution de la rémunération ou un changement fondamental dans la situation du travailleur (2), à moins que les nouvelles fonctions, pour autant qu'elles correspondent à une qualification supérieure, ne comportent un traitement plus avantageux, auquel cas le travailleur a droit à ce traitement et, donc, à une rémunération supérieure à celle correspondant à sa qualification (art. 2103, Code civ.). Une règle analogue est édictée par le Code de la navigation pour les contrats d'enrôlement et du personnel navigant (art. 334 et 905).

En ce qui concerne la condition requise du *caractère temporaire*, l'affectation du travailleur à une fonction non comprise dans la qualification peut influencer sur la stabilité de l'emploi en ce sens que, si la nouvelle affectation se prolonge au-delà d'un délai raisonnable, la nouvelle charge devient définitive, entraînant la passation (explicite ou tacite) d'un nouveau contrat de travail avec qualification différente. Si les nouvelles fonctions correspondent à une qualification supérieure, une fois passé ledit délai (souvent fixé par les conventions collectives ou les usages), l'emploi "doit être considéré comme définitif à tous égards sans qu'il soit besoin de notification ultérieure de la part de l'employeur" (3). Inverse-

(1) BARASSI, *Dir. lav.* II, p. 371; SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni cit.*, pp. 89—90.

(2) Cass. 11 juin 1952, n° 1670, in *Dir. lav.*, 1952, II, p. 377.

(3) Cass. 19 juin 1952, n° 1791, in *Dir. lav.*, 1952, II, p. 381.

ment, si le nouvel emploi correspond à une qualification inférieure, une notification expresse de l'employeur doit être tenue pour nécessaire aux fins de détermination du délai de trois mois pendant lequel le travailleur peut introduire l'action en recours ouverte par l'article 2113, Code civil. En réalité, dans ce second cas, le caractère définitif du nouvel emploi équivaut à un déclassement du travailleur et implique ainsi une renonciation qui, comme telle, peut faire l'objet d'une opposition dans les trois mois, comme prévu par l'article 2113, Code civil.

§ 2. LIMITES IMPOSÉES AU DÉCLASSEMENT DU TRAVAILLEUR EN TANT QUE MESURE DISCIPLINAIRE

Selon la jurisprudence et la doctrine prévalant actuellement en Italie, le pouvoir disciplinaire de l'employeur a un caractère contractuel, qui d'ailleurs découle explicitement de l'article 2106, Code civil, d'après lequel les sanctions disciplinaires, rattachées à l'inexécution des obligations du travailleur, doivent être infligées en conformité des conventions collectives.

D'autre part, le déclassement du travailleur ne peut être décidé unilatéralement par l'employeur, à titre de mesure disciplinaire, que si le droit lui en est reconnu par une convention collective dont relève le contrat individuel, ou bien par le règlement d'entreprise accepté par le travailleur au moment de la conclusion du contrat individuel.

CHAPITRE III SOLUTION DES CONVENTIONS COLLECTIVES

Section I *LICENCIEMENTS INDIVIDUELS*

§ 1. ADMISSIBILITÉ DE LIMITATIONS CONVENTIONNELLES AU DROIT DE LICENCIEMENT "AD NUTUM"

Dans les pages qui précèdent, j'ai eu à plusieurs reprises l'occasion de souligner que le principe de la liberté de licenciement, à la différence de celui de la liberté de démission, n'était pas en réalité une conséquence inéluctable du principe de la liberté individuelle. En conséquence, alors que la validité d'une renonciation de la part de l'employé au droit de se retirer "ad nutum" du contrat à durée indéterminée est exclue, un contrat apportant des limitations au droit correspondant de l'employeur est au contraire pleinement valable. Ces limitations peuvent être de deux sortes: a) limitations *formelles* qui n'affectent que le mode d'exercice du droit de licenciement et le soumettent à l'observation de certaines formalités;

b) limitations *substantielles* affectant ce même droit de licenciement, le subordonnant au concours préalable de certaines conditions objectives.

La jurisprudence a toujours reconnu l'admissibilité de la seconde sorte de limitations ⁽¹⁾ qui ne se traduisent que par une véritable règle de stabilité pour l'ouvrier. Mais, avec autant de fermeté, la jurisprudence n'a jamais reconnu à ces restrictions qu'un caractère simplement obligatoire, de telle sorte que leur violation n'annule pas le licenciement prononcé sans que soient préalablement réunies les conditions objectives requises, mais n'oblige l'employeur qu'à un dédommagement ⁽²⁾. Cette thèse repose sur une équivoque manifeste résultant d'une confusion entre la notion de continuation du contrat juridique de travail et la notion de continuation de la prestation de travail en exécution de ce contrat ⁽³⁾. Certes, l'employeur ne peut être forcé de maintenir en service l'ouvrier illégitimement licencié (*nemo ad factum cogi potest*); mais ceci n'implique pas une impossibilité juridique de continuation du contrat de travail contre la volonté de l'employeur (qui, en revanche, tient au licenciement), mais seulement l'impossibilité de l'exécution forcée sous la forme spécifique de la sentence ordonnant le réengagement du travailleur, dans l'hypothèse où le contrat de travail n'est pas éteint. Il n'est pas nécessaire d'insister plus longtemps sur cette question qui, par ailleurs, n'est pas dénuée d'importance pratique. En effet, s'il est vrai que dans tous les cas l'entrepreneur ne peut être forcé qu'à la réparation des dommages, l'obligation de dédommagement s'appuie sur différentes circonstances et peut donc avoir un contenu différent suivant qu'on reconnaît un caractère simplement obligatoire ou bien "réel" à la clause limitative du pouvoir de licenciement violée par l'employeur.

Dans la pratique des rapports de travail avec les entreprises privées, la clause de stabilité introduite en tant qu'autonomie privée *individuelle* a toutefois un caractère exceptionnel. C'est seulement sur le plan des conventions collectives que les rapports de force sont différents et qu'il est possible d'obliger les employeurs à accepter des limitations à leur droit légal de licenciement. Sur ce plan, la tendance à la stabilité de l'emploi a commencé à s'affirmer en ce qui concerne les employés des instituts de crédit qui, désormais, jouissent en général d'un traitement analogue à celui des fonctionnaires publics (par exemple la convention collective du 28 février 1941 pour les employés des caisses d'épargne et des monts-de-piété). Mais, après la guerre, la règle de la stabilité a réussi à s'affirmer dans le secteur le plus important et le plus délicat des contrats de travail, c'est-à-dire dans le secteur *industriel*.

(1) Cass. Roma, 17 août 1908, in *Riv. dir. comm.*, 1909, II, p. 15.

(2) Cass. (s.u.), 15 décembre 1950, n° 2736, in *Riv. dir. lav.*, 1951, II, p. 246. De même, en doctrine: GRECO, *Il contratto di lavoro*, Turin 1939, p. 136, note 2; CORRADO, *op. cit.*, in *Diritto dell' economia*, 1955, p. 532 et suivantes.

(3) NATOLI, *op. cit.*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 116; BUCCISANO, *la rinuncia del datore di lavoro al diritto di recesso ad nutum*, *ibid.*, 1953, I, p. 166 et suivantes.

§ 2. LA CONVENTION COLLECTIVE DU 7 AOÛT 1947

Le 1^{er} août 1947, le blocage des licenciements a cessé, c'est-à-dire l'interdiction légale des licenciements des ouvriers occupés dans les entreprises industrielles ressortissant à la C.E.C.A. (§ 8, A, p. 244). Le 7 août 1947, la Confédération générale de l'industrie italienne et la Confédération générale italienne du travail ont signé un "accord interconfédéral relatif à la constitution et aux tâches des commissions internes" contenant une réglementation organique des licenciements dans le secteur industriel.

Pour la première fois apparaît, dans la réglementation italienne des contrats de travail, la distinction entre licenciement *pour réduction du personnel* (licenciement collectif) et licenciement *individuel* (1).

Dans l'un et l'autre cas, l'accord transforme le licenciement en une procédure dans laquelle la notification de résolution par l'employeur à l'employé représentait l'acte final. Dans le premier cas, la procédure était instituée uniquement en fonction d'une tentative de conciliation dont on parlera plus loin. Dans le second cas, au contraire, elle était instituée en fonction d'un contrôle de la valeur des motifs du licenciement, de sorte que, pour les licenciements *individuels*, l'accord ne réglait pas seulement le mode d'exercice du pouvoir de licenciement, mais posait des limites substantielles à ce pouvoir. Le caractère particulier de ce contrôle consistait donc en ceci: il n'était pas exercé *a posteriori*, il était *préventif*. Il intervenait avant et non après la notification du licenciement au travailleur; il concernait en somme non pas le licenciement déjà notifié, mais l'*intention* de licencier manifestée par l'employeur.

L'employeur était tenu de communiquer à la commission interne l'intention de licencier un ouvrier "pour des motifs disciplinaires, pour rendement insuffisant ou pour tout autre motif" (art. 3-B). Dans les trois jours de la communication, la commission interne pouvait demander que l'employeur spécifiât les motifs du licenciement projeté. Si la commission interne reconnaissait le bien-fondé du motif, le licenciement pouvait être notifié à l'ouvrier et devenait exécutoire sans autre formalité. L'avis de la commission interne était ainsi une condition suffisante de l'efficacité des licenciements, indépendamment du bien-fondé objectif des motifs invoqués par l'employeur.

Si, au contraire, la commission interne contestait l'existence ou la validité desdits motifs, le litige était déféré, à l'instigation de cette commission ou du syndicat de la catégorie (et non de l'ouvrier intéressé), à un collège arbitral composé de représentants des associations syndicales locales et présidé par un tiers-arbitre choisi par les deux premiers ou, à défaut d'accord, tiré au sort sur une liste de noms établie chaque année par les deux organisations. Le collège

(1) GIUGNI, *op. cit.*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, I, p. 204. Voir commentaire plus approfondi de la convention collective du 7 août 1947, qui n'est plus en vigueur, dans PAROLI, in *Dir. lav.*, 1947, I, p. 274.

arbitral procédait à une tentative de conciliation et, si elle échouait, tranchait la controverse "en tant qu'arbitre amiable compositeur" et sans être tenu à aucune formalité ou procédure.

La décision du collègue pouvait être *triple*: a) "maintien" du rapport de travail à condition que soit apportée la "preuve pleine et entière" que le licenciement était "absolument injustifié"; le licenciement intimé par l'employeur au mépris de cette décision arbitrale aurait été sans effet; b) autorisation du licenciement si les motifs du licenciement s'avéraient au contraire justifiés; c) attribution à l'ouvrier d'une indemnité spéciale si les faits sur lesquels s'appuyait le licenciement n'apparaissaient pas suffisamment prouvés ou si les motifs retenus n'étaient pas de nature à le justifier; dans cette troisième hypothèse, l'employeur pouvait persister dans son intention de procéder au licenciement, mais il devait payer, outre les indemnités normales, une indemnité spéciale fixée par le collègue à titre de dédommagement, dans une mesure variant entre un minimum de 15 jours et un maximum de six mois de rétribution globale.

Ainsi était introduite dans la législation italienne l'idée d'indemnité de rupture abusive du droit français. Mais, mis à part le caractère préventif plutôt que la postériorité du contrôle des motifs du licenciement, il faut remarquer que le système des contrats collectifs de l'industrie de 1947 s'approchait plus de l'esprit de la législation allemande que de celui de la législation française. Cette dernière n'admet en aucun cas que le jugement ordonne le maintien du contrat. L'ouvrier licencié abusivement n'a plus droit à la conservation de son poste, mais n'a, dans tous les cas, qu'un droit à dédommagement. Au contraire, le contrat collectif de 1947 attribuait à l'ouvrier le droit à la conservation du poste dans l'hypothèse où le licenciement apparaissait absolument injustifié (en allemand *willkürlich*).

§ 3. LA NOUVELLE CONVENTION COLLECTIVE DU 18 OCTOBRE 1950

La Convention collective du 7 août 1947 a expiré le 31 décembre 1948 et n'a pas été renouvelée, car les employeurs voulaient éliminer l'ingérence gênante des commissions internes en matière de licenciement. Du reste, la tâche des commissions internes était devenue difficile à la suite de la scission syndicale survenue, de sorte que les organisations syndicales ouvrières étaient convaincues de l'opportunité de transférer entièrement entre les mains des syndicats la question des licenciements.

Le nouvel accord fut conclu en trois étapes. Alors que l'ancien contrat de 1947 réglait de façon uniforme la question des licenciements, la règle actuelle se trouve exposée dans trois conventions collectives distinctes.

Les licenciements individuels sont en général réglés par la Convention collective du 18 octobre 1950. Le nouveau règlement a profondément modifié le système précédent. Il reste l'exclusion du droit de licenciement "ad nutum", conformément à l'intention exprimée dans le préambule de la convention, d'éviter les licenciements individuels injustifiés. Mais le contrôle des motifs des

licenciements n'est plus préventif et s'effectue *a posteriori*. La nouvelle procédure ne concerne pas l'acte de licenciement lui-même, mais elle suppose que le licenciement a déjà été notifié et est devenu efficace. Par conséquent, l'obligation incombant à l'employeur de communiquer son intention de licencier un ouvrier à la commission interne a disparu et en général les commissions internes ont été entièrement privées de leurs attributions primitives en matière de contrôle des licenciements, si bien qu'à l'époque de la signature de la convention la presse parla avec une certaine ironie "du licenciement des commissions internes" (1). L'initiative de la procédure de contrôle est uniquement entre les mains du travailleur licencié et non plus à la commission interne ni à l'association syndicale de la catégorie.

Un ouvrier intéressé, et qui estime avoir été licencié de façon injustifiée, peut réclamer l'intervention conciliatrice de l'association syndicale régionale à laquelle il est inscrit. Si la tentative de conciliation par la voie syndicale échoue, le syndicat auquel s'est adressé le travailleur demande alors l'intervention du Collège de conciliation et d'arbitrage institué par la Convention collective en cause et composé selon des principes analogues à ceux de l'ancien contrat de 1947. Le Collège doit procéder à une nouvelle tentative de règlement du litige et, en cas d'échec, il rend sa sentence "en toute équité et sans être tenu à quelque formalité procédurale que ce soit".

Mais l'innovation la plus importante concerne les pouvoirs de décision attribués au Collège arbitral. La nouvelle Convention collective s'aligne complètement sur le système français, avec cette différence naturellement que l'organisme préposé au contrôle des motifs du licenciement est autre. En aucun cas, le Collège arbitral ne peut disposer que le contrat de travail soit maintenu: le droit de l'ouvrier à la conservation de son poste en cas de licenciement absolument injustifié n'existe plus. Dans tous les cas où "le Collège n'estime pas valables les raisons retenues par l'employeur", ce dernier a le choix entre la reprise du contrat de travail ou le paiement d'une indemnité spéciale de rupture abusive de contrat, fixée par ce même Collège d'après les critères d'équité et comprise entre un minimum de cinq et un maximum de huit mois de rétribution. Il ne reste qu'une analogie littérale par rapport au système allemand là où la Convention dispose que l'employeur pourra maintenir la résolution du contrat moyennant versement d'une indemnité "si, pour des considérations d'opportunité, il juge impossible le maintien de l'ouvrier dans l'entreprise". Mais il s'agit d'une analogie purement formelle, car – à la différence de la loi allemande du 10 août 1951 – aucune possibilité de prouver le contraire n'est laissée à l'ouvrier. La déclaration d'inadmissibilité du maintien du contrat de travail donne par elle-même un caractère définitif à la dissolution du contrat. Il s'agit pourtant d'un système de "stabilité d'ordre obligatoire" qui n'implique pas une véritable

(1) ATROLDI, *Le commissioni licenziate*, dans l'hebdomadaire *Il Mondo*, 28 octobre 1950.

stabilité, car il ne fixe pas de véritables limites au droit de licenciement *ad nutum* et il constitue seulement un *frein* à son exercice, du fait de l'obligation de payer une indemnité *a posteriori*, à titre de pénalisation, en cas de licenciement abusif.

Une autre innovation introduite par la Convention collective de 1950 consiste en la suppression du Collège arbitral de deuxième instance devant lequel, aux termes de la précédente convention de 1947, pouvait être attaquée la sentence prononcée par le premier Collège. Aujourd'hui, au contraire, l'ouvrier a "la faculté de ne pas accepter la pénalité, auquel cas les parties reprennent leur liberté". Cela signifie qu'une fois terminée la procédure de conciliation et d'arbitrage prévue par la Convention, les associations syndicales des ouvriers peuvent légitimement proclamer la cessation du travail pour obliger l'employeur à revenir sur le licenciement, à condition que l'ouvrier intéressé ait déclaré ne pas accepter l'indemnité spéciale fixée par la sentence arbitrale.

Cette règle est un indice de la nature juridique de l'arbitrage dont il s'agit. Il ne s'agit pas d'un arbitrage formel réglé par les articles 806 et suivants du Code de procédure civile, c'est-à-dire dans lequel les arbitres remplacent le juge ordinaire dans l'exercice de la fonction juridictionnelle et prononcent donc une sentence ayant tous les effets d'un jugement ordinaire. Il s'agit au contraire d'un arbitrage "amiable" et "libre" (1) dans lequel les arbitres tranchent les controverses juridiques en tant que représentants des parties et "leur décision trouve sa force obligatoire uniquement dans le consentement et dans l'acceptation préalable des parties qui se soumettent par avance à leur jugement" (2).

Il faut enfin préciser que la procédure de conciliation et d'arbitrage instituée par la Convention collective du 18 octobre 1950 s'applique uniquement aux entreprises occupant plus de 35 ouvriers. Pour les petites entreprises, on n'a pas jugé opportun de modifier les principes légaux de la liberté de licenciement *ad nutum*, sauf la faculté pour l'ouvrier licencié "de déclencher une procédure de conciliation entre l'entreprise et le délégué d'entreprise" (article 8).

§ 4. LICENCIEMENTS DISCIPLINAIRES

En cas de licenciement sans préavis pour des motifs disciplinaires, l'ouvrier peut avoir recours à l'autorité judiciaire pour faire constater que le motif retenu par l'employeur est inexistant ou bien qu'il ne représente pas la juste cause prévue par l'article 2119 du Code civil. S'il obtient une sentence favorable, il a le droit non seulement de recevoir l'indemnité de préavis et l'indemnité d'ancienneté, mais aussi un dédommagement, pourvu qu'il puisse prouver qu'il a subi un préjudice aux termes des principes généraux de la responsabilité pour acte illicite.

Par la Convention collective du 18 octobre 1950 (article 10), l'ouvrier est libéré de cette obligation de fournir la preuve. Au lieu de réclamer auprès du

(1) Cass. 28 juin 1952, n° 1894, in *Riv. dir. lav.*, 1952, II, p. 470.

(2) SAITTA, *Diritto processuale civile*, 4^e édition, Padova 1954, p. 622.

juge la condamnation de l'employeur au dédommagement, ce qui implique une certaine obligation de fournir la preuve du dommage, l'ouvrier qui a obtenu une sentence déclarant qu'il y a absence d'une juste cause de licenciement sans préavis peut au contraire demander au Collège arbitral mentionné plus haut d'inviter l'employeur à reprendre le contrat de travail ou bien à verser, en sus de l'indemnité normale de licenciement, l'indemnité spéciale de rupture abusive du contrat qui, à cet effet, pourra être majorée jusqu'au double de sa valeur.

§ 5. PROTECTION SPÉCIALE DES MEMBRES DES COMMISSIONS INTERNES
ET DES DÉLÉGUÉS D'ENTREPRISE
(CONVENTION COLLECTIVE DU 8 MAI 1953, ARTICLE 14)

Dans le précédent règlement corporatif, le licenciement ou le transfert de l'employé ayant des charges syndicales était subordonné par la loi à un contrôle administratif destiné à exclure toute représaille (R.D. 28 avril 1937, n° 524). Cette loi peut être considérée comme abrogée, ainsi que l'a expressément statué la Cour de Cassation, qui l'a déclarée inapplicable aux membres actuels des commissions internes et aux fidéicommissaires des entreprises (1).

Une protection spéciale contre les licenciements par représailles est accordée aujourd'hui aux membres des commissions internes et aux délégués d'entreprises par l'article 14 de la Convention collective du 8 mai 1953 qui a remplacé l'ancienne Convention du 7 août 1947 en ce qui concerne la réglementation des commissions internes.

Les membres des commissions internes et les délégués d'entreprise (2) en fonction, et même pendant la durée d'un an après cessation de leurs fonctions, ne peuvent être licenciés ou transférés sans l'avis favorable des associations syndicales régionales qui représentent respectivement les travailleurs intéressés et l'employeur. Ces associations doivent se prononcer dans les six jours qui suivent la notification de la décision adoptée par l'employeur. Si l'avis favorable est accordé dans les six jours fixés, la mesure devient applicable. Si, au contraire, l'avis favorable n'est pas accordé, le travailleur intéressé peut, par l'intermédiaire des associations syndicales auxquelles il est inscrit et auxquelles il confère mandat d'agir en son nom, déclencher une procédure de conciliation et d'arbitrage analogue en tous points à celle prévue par la Convention collective du 18 octobre 1950 pour la réglementation générale des licenciements individuels.

Mais, dans cette hypothèse spéciale, il est attribué au Collège arbitral un pouvoir de décision plus large que dans l'hypothèse générale. En réalité, s'il est établi que le licenciement a été décidé dans un but de représailles, par suite de

(1) Cass. 16 mai 1951, n° 1202, in *Dir. lav.*, 1952, II, p. 16.

(2) Dans les entreprises occupant de 5 à 40 ouvriers, les commissions internes sont remplacées par un délégué d'entreprise élu, auquel sont attribuées les mêmes tâches qu'aux commissions internes.

l'activité déployée par l'ouvrier comme membre de la commission interne ou en tant que délégué d'entreprise, le Collège d'arbitrage déclare le licenciement sans effet et ordonne, en conséquence, le maintien du contrat de travail. C'est là, actuellement, l'unique cas dans lequel l'ouvrier licencié abusivement a droit à conserver son poste. Mais il faut tenir compte du fait que, dans notre législation, l'obligation correspondante de l'employeur ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sous forme spécifique ni sous la forme indirecte des astreintes du droit français. Ainsi, l'inobservation par l'employeur de la décision prononcée par le Collège arbitral ne pourra donner lieu en justice qu'à une condamnation aux dommages-intérêts⁽¹⁾.

Si le dessein de représailles n'est pas établi et si, toutefois, les faits reprochés à l'ouvrier ne sont pas suffisamment prouvés, ou encore si le motif retenu par l'employeur n'apparaît pas être de nature à justifier le licenciement, le Collège arbitral ne peut déclarer le licenciement inopérant, mais il peut seulement attribuer à l'ouvrier – outre les indemnités normales de licenciement – une indemnisation spéciale variant entre un minimum de cinq mois et un maximum de huit mois de rétribution (minimum et maximum réduits de moitié pour les entreprises n'employant pas plus de 80 personnes).

La protection spéciale des membres des commissions internes, déterminée à l'avance par les conventions collectives, ne s'étend pas aux ouvriers investis de charges syndicales. Il a déjà été rappelé qu'il est difficile de soutenir l'opinion selon laquelle le licenciement pour représailles est vicié parce qu'illicite dans ses motifs et donc nul au sens du droit commun (§ 2, p. 236 in fine).

Section II

LICENCIEMENTS COLLECTIFS

§ 1. LA CONVENTION COLLECTIVE DU 21 AVRIL 1950

La partie de l'ancienne Convention collective du 7 août 1947, qui a trait aux licenciements pour réduction de personnel, a été remplacée par la Convention collective du 21 avril 1950 (ratifiée le 24 octobre 1950 et prenant effet à cette date). La nouvelle Convention collective ne peut introduire des modifications dans la procédure établie par la Convention de 1947, sauf qu'elle transfère les fonctions d'intermédiaire conciliateur des commissions internes aux associations syndicales régionales des ouvriers.

Dans l'hypothèse de licenciement de personnel, considéré comme nécessaire par suite de la réduction des effectifs de l'entreprise et de la transformation des activités ou du travail, le pouvoir de licenciement de l'employeur n'est soumis à aucune limite et à aucun frein de caractère substantiel. Le règlement collectif

(1) Sur cette question, voir GIUGNI, *op. cit.*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, I, p. 253 et suivantes, et ce qui a déjà été dit dans le texte, p. 272.

du 21 avril 1950 pose cependant des limites au mode d'exercice de ce droit en fixant une procédure spéciale de conciliation qu'il faut respecter sous peine de nullité du licenciement, sans cependant que l'entrepreneur puisse être contraint à modifier ses décisions ou à verser une pénalité s'il persiste dans sa décision (article 6).

La procédure de conciliation entre les organisations syndicales régionales respectives ne peut se prolonger au delà du délai impératif de quinze jours à partir de la notification du projet de réduction du personnel, et les mesures envisagées devront être suspendues jusqu'à expiration de ce délai ou jusqu'à la constatation commune de l'impossibilité d'un accord. Ainsi, en cas d'accord, comme en cas d'insuccès de la procédure de conciliation, le choix des ouvriers à licencier devra être fait selon les critères suivants: *a)* exigences techniques et de rendement; *b)* ancienneté; *c)* charges de famille; *d)* situation économique. Des règles particulières sont prévues en ce qui concerne les petites entreprises.

§ 2. DROIT DES TRAVAILLEURS LICENCIÉS À ÊTRE RÉENGAGÉS

La Convention collective du 21 avril 1950 (article 4) dispose, en outre, ce qui suit: "Les licenciements pour réduction de personnel seront motivés comme tels et les travailleurs intéressés auront le droit d'être réengagés par la même entreprise si, dans le délai d'une année, il est procédé à de nouveaux engagements pour les fonctions et spécialités propres des ouvriers déjà licenciés. Dans ce cas, le rengagement se fera d'après les critères objectifs, en ordre de priorité inverse de celui adopté pour les licenciements effectués. Cette règle complète la règle législative de l'article 15 de la loi du 29 avril 1949, n° 264 (§ 9, p. 251), visant à étendre le droit de priorité de l'ouvrier déjà licencié aux cas dans lesquels la requête nominative adressée au Bureau de Placement est permise.

CHAPITRE IV

LE SYSTÈME DE LA NOUVELLE CONSTITUTION

§ 1. CONTRADICTION ENTRE LE PRINCIPE DE L'ARTICLE 2118 DU CODE CIVIL ET LES PRINCIPES SOCIAUX DE LA NOUVELLE CONSTITUTION

J'ai dit que le système du Code civil de 1942 était dominé par le principe de la liberté des licenciements (article 2118) et que les récentes conventions collectives, limitant cette liberté, trouvaient leur justification dans le caractère impératif du principe légal.

Il faut ajouter que, selon une tendance qui se fait jour dans la doctrine des publicistes, et qui n'est pas sans avoir quelque résonance chez les privatistes, la règle de la résiliation "ad nutum", par l'employeur, devrait être considérée comme

passée déjà dans le domaine législatif à la suite d'une modification de l'article 2118 du Code civil, résultant des nouvelles règles constitutionnelles et visant à protéger l'intérêt du travailleur à la conservation de son poste (1).

Assurément – on l'admet – l'article 2118 du Code civil n'a pas été abrogé par la Constitution de 1948. Le droit de licenciement est un instrument de la liberté économique reconnue par l'article 41 de la Constitution. Mais cet article 41 déclare que l'initiative économique "ne peut se développer en contradiction avec l'utilité sociale ou de manière à porter préjudice à la sécurité, à la liberté et à la dignité humaines". Ces mots impliquent la nécessité de concilier le droit de l'employeur de résilier le contrat de travail à durée indéterminée avec l'intérêt qu'a l'ouvrier à la conservation de son poste: intérêt qui a été consacré par la Constitution dans l'article 4, qui reconnaît au citoyen le "droit au travail". De là la nécessité d'une nouvelle interprétation de l'article 2118 du Code civil, qui reconnaisse le droit de licenciement uniquement dans les limites posées par l'intérêt de l'entreprise et assujettisse en conséquence l'exercice effectif de ce droit à un contrôle judiciaire de ses motifs.

Le bien-fondé de cette thèse est très aléatoire, et elle a été vivement contestée par une autre partie de la doctrine (2). Elle a le tort d'oublier que la fonction sociale de la propriété privée et de la liberté d'initiative économique n'est pas une innovation de la Constitution de 1948, mais un principe reconnu depuis longtemps par l'ordre juridique italien: le Code civil de 1942 s'inspire largement de ce principe. D'ailleurs la "clause générale" destinée à protéger le travailleur ne fait pas défaut dans le Code civil: l'article 35 de la Constitution est, en substance, la transposition de l'article 2060 du Code civil. Il est facile, alors, d'objecter que le droit de licenciement "ad nutum" n'est pas théoriquement incompatible avec le principe de la fonction sociale de la propriété et de l'initiative économique privées, mais peut le devenir seulement dans certaines situations concrètes où l'intérêt de la collectivité se présente d'une telle manière qu'il exige que les contrats de travail soient réglementés selon un critère de stabilité relative. Cela signifie que, pour modifier la règle de l'article 2118 du Code civil, il faut une intervention expresse du législateur.

(1) Des données complètes ne sont pas possibles ici. Parmi les ouvrages les plus importants sur la question, rappelons: MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la costituzione della Repubblica*, dans les "Actes de la commission parlementaire d'enquête sur le chômage", Rome 1953, IV, 1, pp. 80–140; MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, in *Dir. lav.* 1954, I, p. 160 et suivantes; NATOLI, *op. cit.*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 105 et suivantes; NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, *ibid.*, 1954, I, p. 281 et suivantes; CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella costituzione*, *ibid.*, 1951, I, p. 161 et suivantes; MIGLIORANZI, *Temî in discussione*, dans *Dir. lav.* 1952, I, p. 1 et suivantes, ainsi que différents auteurs, dans *Atti del convegno sulla tutela delle libertà, nei rapporti di lavoro* (Turin 20-21 novembre 1954), déjà cité.

(2) MAZZONI, *L'Iniziativa economica e il "diritto al lavoro"* dans *Diritto dell'economia*, 1955, p. 818 et suivantes; CORRADO, *op. cit.*, *ibid.*, 1955, p. 527; SERMONTI, *op. cit.*, dans *Dir. lav.*, 1955, I, p. 3 et suivantes.

On peut peut-être admettre que l'article 2118 du Code civil apparaît contraire à l'esprit de l'article 4 de la Constitution, c'est-à-dire à la proclamation du droit au travail. Il s'agit là, vraiment, d'une règle nouvelle, mais la lettre même de l'article démontre qu'il ne s'agit pas d'une règle immédiatement exécutoire, mais d'une règle-programme. Elle oblige l'État à "promouvoir les conditions qui rendent effectif ce droit" et, ainsi, on en déduit que l'ouvrier ne détient actuellement aucun titre juridiquement protégé à obtenir un emploi ou à le conserver, "sauf dans les cas limitativement prévus par la loi et par les conventions collectives". On ne peut davantage parler "d'intérêt légitime", ce qui est une forme de protection étrangère au domaine du droit privé, où la protection des intéressés prend uniquement la forme du droit subjectif.

Quoi qu'il en soit, l'opinion en question n'a exercé aucune influence sur la jurisprudence, qui l'a moins rejetée qu'ignorée. La jurisprudence continue à nier la possibilité d'un contrôle du juge sur les motifs de la résiliation du contrat de travail par l'employeur. Il n'est pas difficile de prévoir qu'elle restera sur cette position jusqu'à ce que le législateur intervienne formellement. Mais il est souhaitable que ce dernier s'abstienne d'interventions précipitées, la situation économique et sociale du pays n'étant pas encore assez évoluée pour les supporter, et qu'il attende que soit achevée l'expérience en cours dans le domaine des réglementations collectives.

§ 2. LIMITES DU FUTUR CONTRÔLE JUDICIAIRE DES LICENCIEMENTS

Il est certain qu'en Italie également le moment n'est pas loin où la tendance à la stabilité de l'emploi dans les contrats privés de travail sera consolidée par une règle législative. L'exercice du droit de licenciement ne sera plus un acte libre et incontrôlé, mais il ne pourra avoir lieu qu'en fonction de l'intérêt de l'entreprise. Alors surgira le problème du mode de contrôle que l'autorité judiciaire sera appelée à exercer en ce qui concerne les motifs du licenciement.

Or, la doctrine actuelle, évoquée au paragraphe précédent, présente des "pointes avancées" qui proposent de confier au juge un contrôle de "l'existence ou de l'absence d'un intérêt objectif à la résiliation appréciable sur le plan de l'entreprise" (1), c'est-à-dire un véritable contrôle sur le fond, analogue à celui qui est exercé parfois sur les actes de l'administration publique par les organes de la justice administrative. Une telle possibilité de contrôle est inadmissible, non seulement "de jure condito", mais aussi de "jure condendo". La reconnaissance par la Constitution de l'intérêt de l'ouvrier à la conservation de son emploi (article 4 de la Constitution) doit être concrétisée par la législation ordinaire, dans les limites posées par le principe constitutionnel opposé de la liberté de l'initiative

(1) NATOLI, dans *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 119; BUCCISANO, *ibid.*, 1952, I, p. 176.

économique (article 41 de la Constitution). D'après ce principe, l'employeur est souverain dans son appréciation de l'intérêt de l'entreprise (1). L'ouvrier ne peut soulever devant l'autorité judiciaire la question de savoir si l'employeur a correctement apprécié l'intérêt de l'entreprise ou si le moyen choisi à cet effet (licenciement) est opportun. Il pourra être attribué au juge un droit d'enquête sur les buts du licenciement, uniquement pour établir si celui-ci a été décidé dans les limites de l'intérêt de l'entreprise – discrétionnairement apprécié par l'employeur – ou bien si, au contraire, il a été inspiré par des motifs étrangers à cet intérêt et donc contraires, comme tels, au respect de la personnalité humaine du travailleur.

En somme, dans l'expression "justes motifs" – qui indique habituellement les limites dans lesquelles la tendance à la stabilité de l'emploi vise à restreindre le droit de résiliation de l'employeur – l'adjectif "juste" n'implique pas un jugement sur l'opportunité, mais seulement un jugement sur la légitimité. On comprend alors avec quelles précautions il faut accueillir l'idée de ceux qui interprètent la tendance à la stabilité de l'emploi en fonction d'une assimilation de la position juridique du travailleur à celle des fonctionnaires publics.

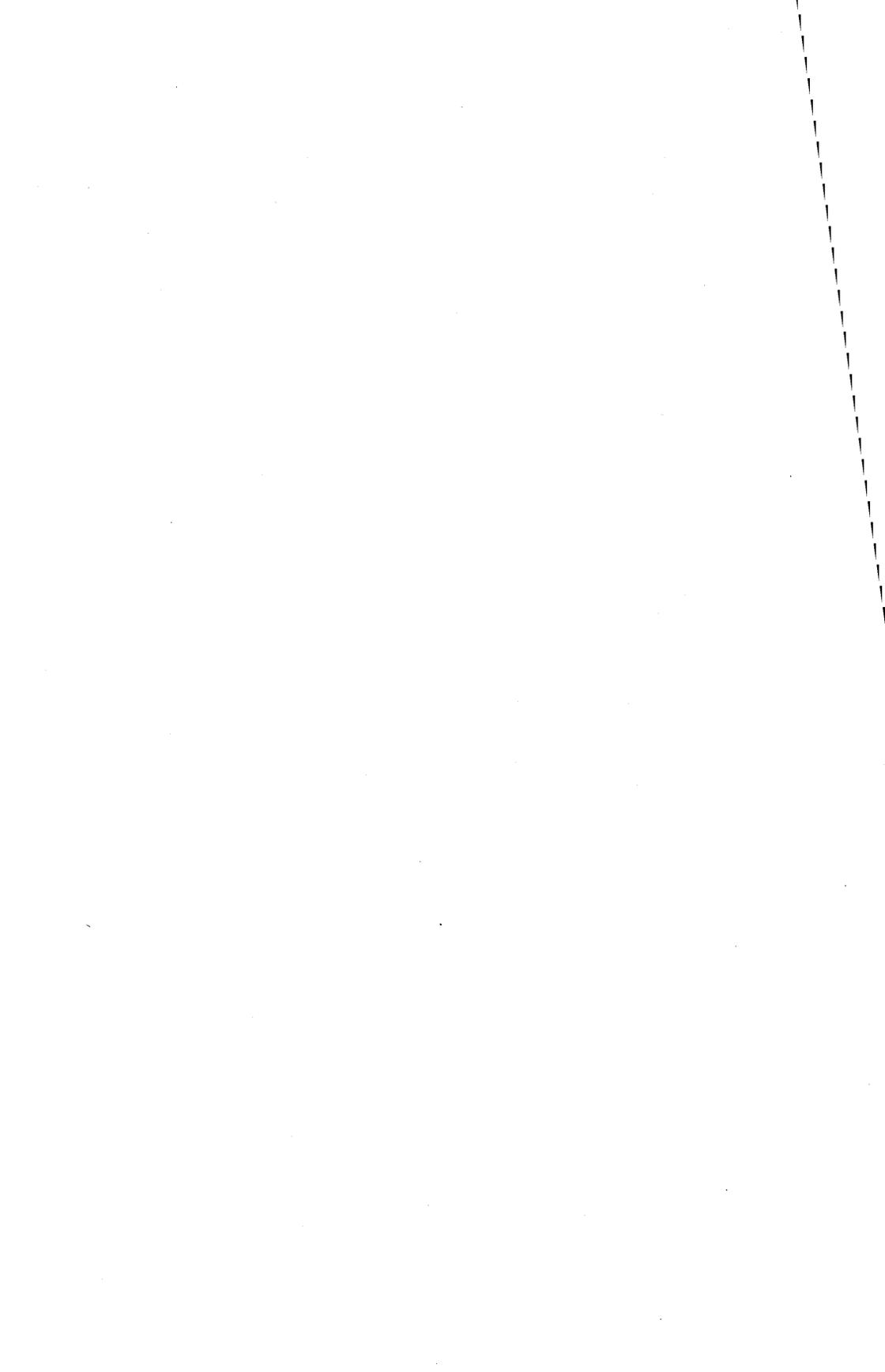
(1) Précisions analogues dans DURAND, *Traité cit.*, II, p. 878, en ce qui concerne le droit français.

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI
EN DROIT LUXEMBOURGEOIS

PAR

ARMAND KAYSER

Président de l'Office des Assurances Sociales du Luxembourg



CHAPITRE I

TABLEAU GÉNÉRAL

1. Sur le plan du droit privé, l'aspiration des travailleurs à la stabilité de l'emploi et à la garantie de la rémunération a trouvé son expression la plus marquante au Luxembourg dans la législation sur le contrat de travail des employés privés (appelée ci-après: "statut des employés privés", conformément à la terminologie courante). Tout en consacrant les principes généraux reçus sur la cessation du contrat de louage de services (cf. doc. parl. 1929/30, n° 14, 1936/37, n° 35), la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de services des employés privés et, à la suite, la loi actuellement applicable du 7 juin 1937 ayant pour objet la réforme de cette loi ont considérablement élargi la protection des travailleurs visés (1), par l'élargissement des délais de congé, par des interdictions de congédiement et par la conservation du traitement pendant les périodes plus ou moins étendues dans certains cas de suspension ou de cessation du contrat.

2. Le statut du personnel des chemins de fer place ce personnel sur le même pied que les fonctionnaires publics en ce qui concerne la stabilité de l'emploi et la garantie de la rémunération.

Il n'en reste pas moins que ce statut, qui fait l'objet d'un règlement d'administration publique en date du 14 mai 1921, pris en vertu d'une loi habilitante spéciale du 28 décembre 1920, revêt le caractère d'un contrat de travail imposé par la loi (cassation, 15-12-1925) et que les agents des chemins de fer ont la qualité d'employés contractuels (ibid.) représentés comme tels dans la Chambre professionnelle des employés privés et justifiables des tribunaux arbitraux pour les contestations relatives aux engagements entre les employés privés et leurs employeurs.

3. En dehors des statuts précités, le droit civil ne marque pas d'avance essentielle en ce qui concerne la stabilité de l'emploi. Les mesures afférentes concernant la condition ouvrière en général se situent sur le plan administratif et n'atteignent le droit civil que par leur incidence sur le délai-congé. Par contre, de nombreuses conventions collectives renforcent et étendent ces mesures, notamment en ce qui concerne la conservation du gain dans certaines hypothèses.

(1) Sont à considérer comme employés privés, conformément à l'article 3 de la loi du 31 octobre 1919, reproduit tel quel par la loi du 7 juin 1957, toutes les personnes qui, sans distinction de sexe ou d'âge, exécutent, sur la base d'un engagement durable ou d'une façon continue pour le compte d'autrui, à l'exception de l'État, des communes et autres établissements publics ou d'utilité publique, et contre rémunération soit en numéraire, soit en d'autres prestations ou valeurs, en tout ou en partie, un travail d'une nature, sinon exclusivement, du moins principalement intellectuelle.

CHAPITRE II

DE LA PREUVE DU CONTRAT DE TRAVAIL

4. La forme du contrat de travail peut constituer un élément non seulement juridique, mais encore et surtout psychologique quelquefois important de la stabilité de l'emploi, étant entendu toutefois qu'il s'agit d'une question de preuve et non de validité.

Mais, si l'article 1341 du Code civil prescrit de procéder par écrit dans toutes les affaires dépassant un montant déterminé, en fait, les parties s'engagent sans formes dans la plupart des cas. Aussi l'article 4 du statut des employés privés avait-il prévu en sa teneur initiale résultant de la loi du 31 octobre 1929 que le contrat pourrait être conclu tant verbalement que par écrit, tout en accordant à l'employé le droit de demander la confection et la remise d'un écrit constatant la convention. Depuis, en présence de l'importance attachée à la question par les travailleurs intéressés, l'article 4, tel qu'il fut réformé en 1937, a établi en règle générale que "le contrat de louage de services, entre patrons et employés, soit à durée déterminée, soit à durée indéterminée, doit être conclu par écrit".

Dans le même ordre d'idées, l'article 11 du statut du personnel des chemins de fer prévoit que "le commissionnement est constaté par la remise d'un titre de nomination, délivré par la direction, indiquant l'emploi, la classe et le traitement ou le salaire".

CHAPITRE III

DU CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

5. Le contrat de travail à durée déterminée est resté sans importance pratique sur le plan ouvrier, et les conventions collectives le passent sous silence. Par contre, le statut des employés se réfère expressément, dans ses dispositions concernant la résiliation des relations entre parties, au contrat à durée déterminée en même temps qu'au contrat à durée indéterminée.

6. L'article 15 du statut des employés transcrit les principes généraux applicables en matière de louage de services en disposant que "le contrat de louage à durée déterminée cesse de plein droit à l'expiration du terme contractuel" et que "la continuation tacite des services après cette date est considérée comme formant un nouveau contrat à durée indéterminée".

Il en est de même des articles 16 et 17 de ce statut, régissant la résiliation immédiate des relations entre parties. Ces articles s'appliquent indistinctement aux contrats tant à durée indéterminée qu'à durée déterminée et seront examinés ultérieurement.

CHAPITRE IV DU PRÉAVIS

7. Conformément à la règle générale applicable aux contrats à durée indéterminée, le contrat de travail peut être résilié par une simple déclaration de volonté de l'une des parties. En principe, cette déclaration devrait avoir un effet immédiat dès sa réception par l'autre partie. En fait, depuis toujours, l'usage a suspendu cet effet pendant un délai d'assez courte durée, d'ailleurs variable généralement suivant le lieu ou la profession.

8. A l'heure actuelle, l'usage comme tel ne trouve plus son application qu'en matière de travail domestique et agricole. Par contre, la condition ouvrière dans l'industrie, l'artisanat et le commerce se trouve déterminée par les conventions collectives qui ont absorbé les règles établies par l'usage.

Ces conventions qui, sous réserve des notifications réglementaires prescrites, ne posent pas de condition particulière de forme, prévoient des délais allant suivant la profession et l'entreprise jusqu'à deux semaines. Généralement ces délais qui sont les mêmes pour les deux parties sont indépendants de la durée des services.

9. L'arrêté grand-ducal du 30 juin 1946, portant création d'un Office national du Travail, dispose dans son article 12 que "le licenciement simultané de plus de 10 salariés endéans les 15 jours, opéré dans une entreprise ou partie indépendante d'une entreprise, ne sortira ses effets qu'à l'expiration de la quatrième semaine suivant celle de l'information faite à l'Office national du Travail".

Conformément à la même disposition, le Ministre du Travail peut réduire ce délai ou le délai de préavis contractuel ou usuel ou encore l'étendre à six semaines.

Les prescriptions qui précèdent s'appliquent à toutes les entreprises industrielles, artisanales et commerciales. Toutefois, celles concernant le licenciement simultané de plus de 10 salariés ne s'appliquent pas aux entreprises saisonnières.

10. Le statut des employés privés prévoit dans son article 21 que, "à l'égard de l'employé, la résiliation ne pourra avoir lieu que moyennant un préavis lui notifié par écrit dans les délais suivants:

- 1° de deux mois si l'employé se trouve en service depuis moins de 5 ans;
- 2° de quatre mois en cas d'un temps de service de 5 ans jusqu'à 10 ans;
- 3° de six mois si la durée des services était de 10 ans et plus".

Conformément à l'article 22, tous les délais de dénonciation ne commencent à courir que du quinzième ou du dernier jour du mois de calendrier.

En vertu du même article, les délais-congé à notifier par écrit au patron par l'employé sont réduits de moitié.

11. Le statut du personnel des chemins de fer énumère les causes de cessation des fonctions des agents commissionnés. Cette énumération est limitative (Cour luxbg., 26-10-1928).

Le licenciement n'est pas compris dans l'énumération; par contre, la démission est inscrite comme première des causes énumérées.

La démission doit être écrite et datée. Elle doit avoir lieu en observant les délais de dénonciation prévus par le statut des employés privés.

12. La résiliation du contrat de travail à durée indéterminée étant généralement subordonnée à un préavis, tandis que le contrat de travail à durée déterminée prend fin de plein droit à l'expiration du laps de temps pour lequel il a été conclu, l'employeur pourrait être tenté de tourner l'obligation du préavis par la passation successive d'engagements de très courte durée.

Aussi la jurisprudence a-t-elle été amenée à considérer comme engagement à durée indéterminée le renouvellement de pareils engagements.

13. Dans le même ordre d'idées, les statuts des employés et agents des chemins de fer limitent la durée des engagements provisoires à titre d'essai dont, en règle générale, la cessation n'est pas soumise à un préavis ou à d'autres conditions restrictives.

L'article 5 du statut des employés règle l'engagement provisoire comme suit: "L'engagement provisoire d'un employé majeur, à titre d'épreuve, ne peut avoir une durée supérieure à quatre mois; pour l'employé mineur, pareil engagement ne peut avoir une durée supérieure à six mois. Si quinze jours avant l'expiration du délai prévu, aucune des deux parties n'a averti l'autre de la résiliation de l'engagement provisoire, ce dernier est considéré comme définitif à partir du jour de l'entrée en service provisoire".

L'article 4 du statut du personnel des chemins de fer fixe la période d'essai à un an, ce délai pouvant être prolongé, d'un an au maximum.

De même, les conventions collectives, qui ne prévoient l'obligation du préavis que pour les périodes postérieures à celle de la probation, fixent expressément le délai minimum pendant lequel le congédiement immédiat est admis. D'autres prescrivent le préavis d'une façon générale sans réserver les engagements probatoires.

14. La convention des typographes règle l'engagement à titre surnuméraire. Pareil engagement qui doit avoir une durée minimum de trois jours sans pouvoir excéder trente jours peut être résilié avec effet immédiat. La notification afférente doit intervenir en fin de journée.

15. En cas de maintien du salarié après l'expiration du délai-congé, un nouveau contrat ne se forme qu'en vertu d'une convention expresse ou tacite des parties,

mais non s'il y a accord sur le maintien du congédiement, cet accord ayant simplement pour effet d'étendre le délai-congé en faveur du salarié (Cour Luxbg. 6-6-1924). Par contre, une séquence de préavis serait à traiter sur le même pied que le renouvellement d'engagements à durée définie.

16. Conformément à la jurisprudence relative au statut des employés, le patron qui entend changer les conditions de travail ou de rémunération de façon qu'il s'ensuive une modification de la condition contractuelle de l'employé, doit en informer l'intéressé dans le délai de préavis. Jugé ainsi (Cour luxbg. 7-4-1922) qu'une mesure qui aurait pour effet de ranger l'employé parmi les ouvriers de l'entreprise serait à considérer comme un congédiement.

Dans le même sens, certaines conventions collectives, notamment celles de la sidérurgie et des minières indépendantes, disposent que, si un ouvrier qui occupe un poste déterminé doit être occupé à un travail moins rémunéré, il aura droit, à son nouveau poste, au salaire de base correspondant à son occupation antérieure et ce, jusqu'au moment d'une dénonciation expresse, et pendant le délai de préavis subséquent qui sera d'au moins 14 jours.

CHAPITRE V

DE LA RÉSILIATION SANS PRÉAVIS

17. Il est admis que l'article 16 du statut des employés privés ne fait qu'exprimer un principe général applicable en matière de louage de services, en disposant que "le contrat à durée tant déterminée qu'indéterminée peut être résilié pour motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'une ou de l'autre des parties, avec dommages-intérêts à charge de la partie qui a donné lieu à la résiliation". Il est vrai que les demandes en obtention des dommages et intérêts visés par la disposition finale de cet article ne sont pas d'usage, encore que la disposition de base soit d'application courante.

18. L'article 17 du même statut qui, pareillement, reproduit une règle générale en la matière prévoit que "la résiliation immédiate aura encore lieu dans les cas suivants:

1° en cas de cessation des affaires par suite de mort ou d'incapacité physique du patron;

2° en cas de faillite du patron;

3° en cas de décès de l'employé".

Il est entendu que cette disposition n'a trait qu'à la résiliation du contrat, sans préjudice de l'indemnité pouvant être due.

La cession de l'entreprise n'est pas une cause de résiliation immédiate en ce sens qu'elle dispenserait l'employeur de l'obligation d'observer les délais de préavis.

19. L'article 40 du statut du personnel des chemins de fer porte que peut être considéré d'office comme démissionnaire tout agent qui, sauf dans le cas de force majeure, n'aura pas rejoint son poste dans le délai imparti par la décision qui le nomme.

CHAPITRE VI

DE LA SUSPENSION DES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

20. Les conventions collectives prévoient une série de cas de convenance personnelle du salarié ouvrant droit à une dispense de service avec conservation du salaire.

Ce sont notamment:

1° avec dispense d'une journée de travail, le déménagement du chef de ménage, le décès des parents, beaux-parents, enfants, frères et sœurs qui ne font pas partie du ménage de l'intéressé, le mariage d'un enfant;

2° avec dispense de deux journées, le mariage de l'intéressé lui-même, l'accouchement de l'épouse, le décès des parents, beaux-parents, enfants, frères et sœurs ayant vécu en ménage commun avec l'intéressé, la convocation au service militaire;

3° avec trois journées de dispense, le décès de l'épouse.

Le statut du personnel des chemins de fer accorde des dispenses de service dans les cas d'événements de famille de la nature de celles ci-dessus spécifiées. Le statut des employés privés, par contre, est muet à ce sujet.

21. Au cours du délai de préavis, l'employé est autorisé, en vertu de l'article 22 du statut, à demander la dispense de service qui lui est nécessaire pour la recherche d'un nouvel emploi, jusqu'à concurrence de six journées de travail, avec pleine conservation de l'intégralité du traitement.

22. Les conventions collectives autorisent l'ouvrier à demander un changement d'horaire pour l'exercice de mandats ou de devoirs publics.

Les statuts des agents de chemins de fer et des employés privés accordent des dispenses de service pour l'exercice de mandats publics, sous la réserve que le tribunal arbitral pour employés privés peut, sur la demande de l'employeur, prononcer la réduction de la rémunération ou la résiliation du contrat pour motifs graves, toutes les fois que le temps à consacrer à l'accomplissement des mandats paraîtrait excessif. Dans aucun cas, les dispenses de service afférentes ne peuvent être imputées sur le congé annuel.

23. L'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident ne sera normalement pas une cause de rupture du contrat.

Les conventions collectives prévoient respectivement des dispenses de service avec conservation du salaire pour les visites médicales, des suppléments aux prestations de sécurité sociale de maladie et le paiement du salaire intégral pour la journée de l'accident.

L'article 8 du statut des employés dispose que, si l'employé est empêché par une maladie ou un accident de remplir ses engagements, le poste qu'il occupe lui sera réservé durant trois mois à partir de celui où l'empêchement s'est produit, à moins qu'il ne s'agisse de conséquences d'un crime ou délit auquel l'employé a participé. Pendant la durée de ce délai, le droit de résiliation ainsi que le droit de dénonciation seront suspendus. Le patron qui dénoncera le contrat ne pourra le faire qu'en respectant les délais de préavis respectifs.

De plus, en vertu du même article, l'employé jouira de l'intégralité de la rémunération durant la maladie pour la fraction du mois du début de la maladie et les trois mois suivants.

Passé ce délai, le patron qui ne dénoncera pas le contrat sera tenu de compléter, pendant la durée de douze mois, la pension que la Caisse de pension des employés privés doit servir, jusqu'à concurrence des trois-quarts du traitement.

24. Le Grand-Duché a ratifié la convention de Washington du 29 octobre 1919 concernant l'emploi des femmes avant et après l'accouchement. L'exécution de cette convention en ce qui concerne les relations de travail fait l'objet des articles 17 et 18 d'un arrêté grand-ducal du 30 mars 1922 concernant l'application de différentes conventions adoptées par la Conférence Internationale du Travail au cours de ses dix premières sessions.

Ces articles sont conçus comme suit:

“Article 17 – Dans tous les établissements industriels et commerciaux, publics ou privés, ou dans leurs dépendances, une femme mariée ou non:

a) ne sera pas autorisée à travailler pendant une période de six semaines après ses couches;

b) aura le droit de quitter son travail sur production d'un certificat médical déclarant que ses couches se produiront probablement dans un délai de six semaines;

c) aura droit dans tous les cas, si elle allaite son enfant, à deux repos d'une demi-heure pour lui permettre l'allaitement.

Article 18 – Au cas où une femme mariée ou non s'absente de son travail, en vertu des paragraphes a) et b) de l'article 17, ou en demeurera éloignée pendant une période plus longue à la suite d'une maladie attestée par certificat médical comme résultant de sa grossesse ou de ses couches et qui la met dans l'incapacité de reprendre son travail, son patron ne pourra, jusqu'à ce que son absence ait atteint la durée de trois mois, lui signifier son congé durant ladite absence, ou à une date telle que le délai de préavis expirerait pendant que dure l'absence prémentionnée.”

Les contraventions aux articles cités donnent lieu aux sanctions pénales prévues par la loi du 5 mars 1928 portant approbation de la Convention.

25. On rattachera à la rubrique des dispenses de service obligatoires les congés payés, le repos hebdomadaire et les jours fériés légaux. Pour ces derniers, fixés à 10 par l'arrêté-loi du 8 août 1947, le travailleur a droit à la rémunération moyenne d'une journée de huit heures, pour autant qu'ils tombent sur un jour ouvrable. La loi du 24 décembre 1955 est venue ajouter que "si l'un ou l'autre des jours fériés légaux tombe sur un dimanche, il sera remplacé par un jour férié de rechange qui sera rémunéré aux mêmes conditions".

26. L'article 30 de la loi du 23 juillet 1952, concernant l'organisation militaire dispose que les militaires conservent leurs titres et droits à l'avancement dans leurs fonctions, emplois et occupations civils.

Par ailleurs, il résulte du contexte des dispositions de la même loi, visant les obligations des employeurs et des établissements d'assurance sociale, que l'appel sous les armes ne fait que suspendre les relations de travail mais ne donne pas lieu à rupture.

27. Conformément à la jurisprudence (cassation, 24 juillet 1952) le droit de grève est consacré implicitement par l'article 11, alinéa 5, de la Constitution, et l'exercice de ce droit ne donne lieu qu'à suspension du contrat de travail.

Le lock-out n'a pas fait jusqu'ici l'objet d'une disposition légale ou réglementaire ou d'un examen de la part de la doctrine et de la jurisprudence luxembourgeoises.

CHAPITRE VII

DES INTERDICTIONS DE LICENCIEMENTS

28. Dans les conventions collectives, on trouve des dispositions qui garantissent expressément la liberté syndicale. Ainsi, la convention de l'industrie sidérurgique prohibe-t-elle les congédiements pour les motifs suivants: activité relative à l'exécution de la convention collective; affiliation à une organisation ouvrière contractante; propagande en dehors de l'établissement pour les organisations ouvrières.

29. L'arrêté grand-ducal du 8 mai 1925 sur les délégations ouvrières dispose, dans son article 17, que les membres des délégations ne pourront être congédiés pour des faits qui découlent de l'exécution de leur mandat de délégué, à moins que ces faits ne constituent des infractions graves au règlement du travail ou aux lois existantes.

Une protection analogue, sanctionnée pénalement, est accordée aux délégués des salariés à l'Office national de conciliation par l'arrêté grand-ducal du 6 octobre 1945.

CHAPITRE VIII DES INDEMNITÉS DE RÉSILIATION

30. Les règles appliquées à l'indemnisation du salarié en cas de résiliation du contrat de travail par l'employeur restent basées, d'une part sur le droit de l'employeur de mettre fin à volonté au contrat, d'autre part sur le droit du salarié au préavis. Il s'ensuit qu'en principe le salarié aura droit aux avantages qu'il aurait retirés de son emploi au cours et jusqu'à l'expiration de ce délai. C'est notamment à l'occasion du statut des employés que le législateur et la jurisprudence ont été amenés à se prononcer sur les questions afférentes.

La notion de l'abus du droit n'est pas entrée dans les notions juridiques courantes en matière de résiliation du contrat de travail. Aussi n'a-t-elle pas abouti à une jurisprudence.

31. Le contrat de travail même est considéré comme ayant pris fin par la résiliation, encore que celle-ci ait été intempestive. Aussi l'employeur ne saurait-il rétracter unilatéralement le licenciement. La rémunération qui aurait été due pendant le délai-congé ne sera pas due comme telle; mais à titre d'indemnité. Cette indemnité a un caractère forfaitaire et doit être payée sans que l'employé congédié doive faire la preuve d'un dommage effectif et même s'il a trouvé immédiatement un nouvel emploi. Par contre, un dommage supérieur n'ouvrira pas droit à des dommages et intérêts dépassant le forfait, par exemple si l'employé ne réussissait pas à se faire réembaucher à l'expiration du délai.

32. Nonobstant le caractère forfaitaire de l'indemnité de rupture, il a été admis que l'employé a droit aux autres avantages légaux qui lui auraient été octroyés, si le délai de préavis avait été respecté. En conséquence, si l'employé meurt au cours du dernier mois du délai-congé, l'employeur doit, outre les mensualités de ce délai, l'allocation de décès prévue par l'article 18 du statut. Enfin, l'article 11 de la loi du 29 août 1951, ayant pour objet la réforme de l'assurance-pension des employés privés, dispose que les indemnités légales dues par l'employeur en cas de rupture du contrat, de cessation des affaires, de faillite ou de concordat préventif de faillite sont sujettes à cotisation, ces cotisations étant portées en compte pour le nombre de mois qu'elles représentent. Il en est de même des indemnités accordées à titre transactionnel ou à l'amiable en cas de résiliation du contrat.

33. L'article 22 du statut des employés prévoit une indemnité d'ancienneté en faveur de l'employé qui aurait été renvoyé sans motifs graves, dans les délais ou non, et qui ne pourrait faire valoir des droits à pension. Cette indemnité qui s'ajoute, le cas échéant, à l'indemnité représentative des mensualités du délai-congé, est de deux mensualités après quinze années, de quatre mensualités après vingt années et de six mensualités après vingt-cinq années de service.

34. L'article 18 du même statut prévoit que, dans les cas où la succession du patron ou le curateur de la faillite ne feraient pas appel à ses services, l'employé touchera en outre la moitié des mensualités égales aux délais de préavis et qu'aucune indemnité ne sera due en cas de renouvellement du contrat entre l'employé et le successeur du patron.

35. Suivant l'article 31 de la loi du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, l'employeur qui refuse de reprendre le militaire démobilisé est tenu de lui payer une indemnité de congédiement qui sera égale à trois mois de traitement ou de salaire.

Les mêmes dispositions sont applicables aux exclus incorporés dans l'armée à titre de requis civils.

36. En cas de litige, la preuve du renvoi incombe au salarié, celle des motifs pouvant justifier le renvoi immédiat, à l'employeur. Ce dernier ne pourra pas changer les motifs qu'il aura dû indiquer au moment du renvoi (Cour Luxbg., 5-10-28 et 17-5-29).

37. Ainsi qu'il résulte de l'article 31 précité, de la loi du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, le législateur n'a pas entendu consacrer une action en réintégration effective. Cette position est conforme à une opinion juridique courante qui répugne à la réintégration judiciaire dans l'emploi.

Aussi, la violation de la disposition de l'article 12 de l'arrêté grand-ducal du 30 juin 1945 portant que „en cas de reprise du travail, les salariés congédiés à la suite du chômage total ou partiel de l'entreprise seront réembauchés par priorité”, se résoudrait-elle, le cas échéant, en dommages et intérêts.

CHAPITRE IX

DU CONTRÔLE DES LICENCIEMENTS

38. Conformément à l'article 12 de l'arrêté grand-ducal du 30 juin 1946 portant création d'un Office national du Travail, “le patron qui congédie un membre du personnel sera tenu d'en informer par écrit l'Office national du Travail immédiatement après le préavis de congé, en indiquant les motifs du congédiement et la date de la cessation du service”.

Par contre, suivant l'article 13 du même arrêté “la dénonciation de la part des salariés n'est pas assujettie à la notification à l'Office national du Travail”.

39. L'arrêté grand-ducal du 8 mai 1925 concernant l'institution de délégations ouvrières dans les entreprises industrielles prescrit, dans son article 17, que “en

cas de renvoi d'un ouvrier sans préavis de congé, les motifs du renvoi seront à notifier à la délégation respective", et que, "si le renvoi d'un délégué donne lieu à réclamation, le gouvernement pourra ordonner, sur demande dûment motivée de la délégation principale, l'institution d'une commission d'enquête qui aura pour mission d'élucider le cas". La commission d'enquête est composée d'un membre patron, d'un membre ouvrier et d'un magistrat de l'ordre judiciaire qui présidera.

40. Ainsi qu'il résulte de l'article 12 de l'arrêté grand-ducal du 30 juin 1946 portant création d'un Office national du Travail cité plus haut (n° 9) les délais spéciaux de préavis en cas de licenciements collectifs ne prennent cours qu'à partir de la notification à l'Office national du Travail.

L'article 17 de l'arrêté grand-ducal du 8 mai 1923 concernant l'institution de délégations ouvrières dans les entreprises industrielles prescrit en outre que "lorsque des changements dans l'entreprise exigent le renvoi d'un grand nombre d'ouvriers, la délégation doit en être informée au préalable et en temps utile".

Enfin, généralement les conventions collectives applicables à l'industrie prévoient que lorsqu'il y a lieu à licenciement pour cause de contraction ou arrêt de l'exploitation ou de manque de travail, la délégation ouvrière et les organisations syndicales parties aux conventions doivent en être informées en temps utile.

41. Certaines conventions collectives prévoient que la délégation ouvrière doit être informée aussitôt que possible des déplacements collectifs à intervenir dans l'entreprise et qu'en cas d'introduction de journées de chômage il y aura lieu à la fois à information de la délégation et des organisations ouvrières contractantes.

42. Dans leur ensemble, les différentes mesures prévues par la voie réglementaire et par les conventions collectives pour les cas de licenciements collectifs ou de déplacements tendent à atténuer, sinon à prévenir, les conséquences sociales des événements qui peuvent atteindre les entreprises dans leur substance ou fonctionnement. Elles ont pour objectif immédiat de maintenir le statu quo de l'emploi pendant une période d'ailleurs limitée et de provoquer une procédure de consultation.

CHAPITRE X

PROJETS LÉGISLATIFS EN COURS

43. La première constatation qui se dégage de l'exposé schématique qui précède est celle de la différenciation législative persistante des ouvriers et des employés.

On aura remarqué notamment que le statut des employés privés consacre la stabilité de l'emploi par des méthodes purement civiles, alors que la condition

ouvrière n'est visée que sur le plan collectif et administratif. Ce n'est pas à dire d'ailleurs que les méthodes prévues sur ce plan ne soient pas applicables aux employés, les textes de base visant indifféremment les ouvriers et les employés, mais en fait l'étendue de la protection civiliste résultant du statut des employés privés a pu dispenser ceux-ci du recours aux méthodes administratives et collectives.

D'autre part, un projet de loi gouvernemental concernant les conditions de travail a visé, dès 1946, à accroître la stabilité de la condition ouvrière sur le plan civiliste. Plus récemment, sous la date du 6 février 1952, un projet de loi portant réglementation du préavis de congédiement a été présenté par le gouvernement à titre d'amendement au titre V du projet ci-dessus.

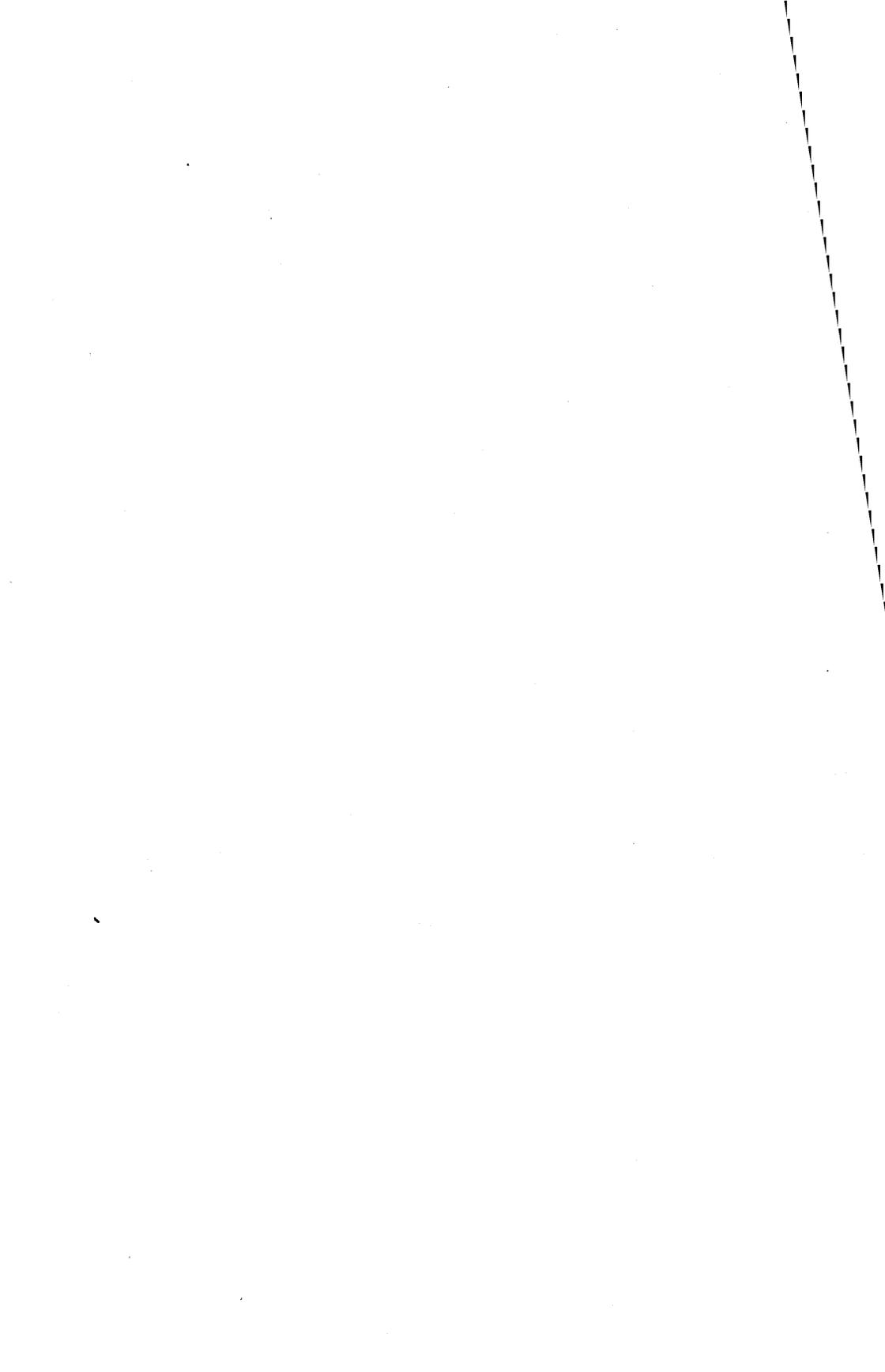
Un projet d'arrêté grand-ducal –arrêté-loi de 1956 – portant introduction d'un salaire hebdomadaire garanti tend à garantir le salaire minimum, pendant une semaine, en cas de maladie ou d'accident ou de chômage partiel.

LA STABILITÉ DE L'EMPLOI
EN DROIT NÉERLANDAIS

PAR

A. N. MOLENAAR

Professeur à l'Université d'État de Leyde



CHAPITRE I

STABILITÉ DE L'EMPLOI ASSURÉE PAR UN CONTRAT DE TRAVAIL DE DURÉE DÉTERMINÉE

Dans les conditions régnant aux Pays-Bas, la stabilité et la sécurité de l'emploi sont assurées dans une plus large mesure par le contrat de travail de durée indéterminée que par celui d'une durée déterminée. Ce dernier est conclu en vue d'engager des travailleurs pour une courte durée. Ainsi, les ouvriers journaliers sont engagés, en général, pour une durée déterminée, par exemple pour un jour et pour des travaux limités dans le temps. Les contrats de travail conclus pour une période fixée d'avance à plus d'un an constituent des exceptions.

En vertu de la législation néerlandaise, le contrat de travail conclu pour une durée déterminée vient normalement à expiration sans que l'employeur ou le travailleur soient tenus de donner un préavis à l'expiration du délai fixé par le contrat, par la loi, ou admis par l'usage. Il convient de faire remarquer que l'on considère comme rentrant dans la catégorie des contrats de travail conclus pour une durée déterminée, les contrats portant sur des travaux nettement définis ou conservant leur validité jusqu'à un événement indiqué à l'avance. Lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail ou d'un arrangement signés par écrit, les intéressés peuvent convenir qu'un contrat de travail d'une durée limitée doit faire l'objet d'un préavis. Celui-ci tombe sous le coup des dispositions reproduites sous le chapitre VIII.

En outre, le travailleur, mais non l'employeur, est autorisé à résilier son emploi après cinq ans, moyennant un préavis de six mois, lorsque la durée du contrat de travail a été fixée à plus de cinq ans ou à un délai correspondant à la durée d'existence d'un individu.

La législation néerlandaise comporte un certain nombre de prescriptions tendant à éviter la possibilité de tourner les dispositions relatives au préavis, au licenciement et à la démission applicables aux contrats de travail d'une durée indéterminée. On pourrait se soustraire à l'effet de ces dispositions en signant des contrats de travail d'une durée déterminée pour des périodes qui se suivent sans interruption. Si l'on veut dénoncer un contrat de travail d'une durée déterminée, reconduit soit tacitement soit en vertu d'un nouveau contrat, le préavis, assorti des délais d'usage, est requis. Si le contrat de travail est reconduit tacitement, il est considéré comme prorogé pour un délai correspondant à celui qui a été convenu à l'origine, le maximum prévu étant d'un an. C'est dans une convention collective seulement, ou dans une réglementation établie par un organisme compétent de droit public, mais non dans un contrat de travail individuel, que l'on peut déroger à la prescription en vertu de laquelle un tel contrat reconduit doit être dénoncé avec préavis.

CHAPITRE II

SAUVEGARDE DES DROITS DES EMPLOYEURS ET DES
TRAVAILLEURS CONTRE LES EFFETS
DES CONTRATS DE TRAVAIL TEMPORAIRES

Il a déjà été dit, sous le chapitre I, qu'on a recours généralement aux contrats de travail d'une durée déterminée pour les engagements de caractère temporaire. La sauvegarde des droits des parties à ces contrats réside dans la prescription aux termes de laquelle un contrat de travail d'une durée déterminée, reconduit à l'expiration du délai convenu en tenant compte des dispositions qui s'y appliquent, doit être dénoncé. Il n'y a pas lieu, toutefois, de dénoncer les contrats mettant en cause les mêmes parties et se succédant avec des intervalles de 31 jours au maximum, ni les contrats portant sur des travaux journaliers, irréguliers se terminant chacun dans les 31 jours.

CHAPITRE III

CONTRÔLE DES LICENCIEMENTS ET DÉMISSIONS
PAR LES SERVICES DE L'EMPLOI
OU PAR DES ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES

L'employeur et le travailleur ne peuvent user du pouvoir, qui leur est reconnu par le Code civil, de rompre le contrat d'emploi en observant le délai de préavis (voir chapitre VIII), qu'à condition de s'en tenir aux règles du droit d'urgence figurant dans l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les conditions de travail (Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945).

L'article 6 de cet arrêté extraordinaire interdit à l'employeur et au travailleur de mettre fin au contrat d'emploi sans en avoir obtenu l'autorisation du directeur du Service de l'Emploi régional. Cette interdiction ne joue pas en cas de licenciement pour motifs impérieux ou en cas de départ avec l'assentiment des deux parties. Il résulte de l'article 6 de cet arrêté extraordinaire qu'au cas où le directeur du Service de l'Emploi régional n'autorise pas le licenciement, l'employeur est tenu de garder le travailleur en cause à son service, et celui-ci est obligé, s'il a demandé à quitter son emploi, de continuer à assurer son service auprès de son employeur ⁽¹⁾.

Aux termes de l'arrêté extraordinaire sur les conditions de travail, le directeur du Service de l'Emploi régional peut transférer à des organisations professionnelles le droit d'autoriser les licenciements et les démissions. Seule, l'industrie des arts graphiques a bénéficié de ce transfert de pouvoirs.

(1) Sauf cessation pour motif impérieux, ou résiliation du contrat de travail pour motif grave (voir chapitre IV).

CHAPITRE IV

ACTION VISANT À ÉLIMINER LES CAUSES DE RUPTURE
DU CONTRAT DE TRAVAIL

L'application du système permettant au directeur du Service de l'Emploi régional d'autoriser les licenciements ou démissions peut avoir pour résultat d'éliminer les causes ayant entraîné la rupture du contrat d'emploi, car le directeur de ce service s'efforce de trouver un terrain d'entente entre les parties pour toute demande d'autorisation. Dans certains cas assez rares cette médiation se solde par un succès.

La législation néerlandaise interdit, en outre, à l'employeur de licencier un travailleur qui ne pourrait remplir sa tâche pour cause de maladie ou pour l'accomplissement du service militaire. La loi limite aussi les cas de licenciement sur le champ.

On ne peut procéder à un tel licenciement que pour un motif impérieux, communiqué sans retard à l'autre partie.

Sont considérés comme motifs impérieux aux yeux de l'employeur, les actes, attitudes caractéristiques ou agissements du travailleur qui, par leur nature, ne peuvent permettre raisonnablement à l'employeur de laisser se poursuivre le contrat d'emploi. Sont considérés comme motifs impérieux aux yeux du travailleur les circonstances qui, par leur nature, ne peuvent permettre raisonnablement à celui-ci de laisser se poursuivre le contrat d'emploi.

Enfin, la législation néerlandaise permet à l'employeur comme au travailleur de s'adresser au juge pour demander la résiliation du contrat d'emploi pour motifs graves. On doit entendre par motifs graves ceux dont le caractère impérieux pourrait donner lieu au licenciement sur-le-champ, par exemple lorsqu'il y a des doutes sur l'urgence du motif, ainsi que sur les modifications de la situation qui imposent, en toute équité, la résiliation immédiate ou rapprochée du contrat d'emploi.

§ 1. ÉVÉNEMENTS SE RAPPORTANT EXCLUSIVEMENT À L'ENTREPRISE,
TELS QUE CAS DE FORCE MAJEURE, DÉCÈS DE L'EMPLOYEUR,
TRANSFERT DE L'ENTREPRISE, CONSÉQUENCE D'UN LOCK-OUT, ETC.

La législation néerlandaise comporte peu de prescriptions au sujet de ces événements. Le lien contractuel existant entre l'employeur et le travailleur est maintenu, à moins que le contrat soit résilié par une des parties, qui se serait conformée aux dispositions en vigueur en la matière. Le lock-out proprement dit peut, dans certaines circonstances, donner lieu à la suppression immédiate de l'emploi de la part de l'employeur.

Le décès de l'employeur ne met pas fin à l'emploi, à moins que le contrat ne dispose autrement. Toutefois, les héritiers de l'employeur, ainsi que le travailleur, peuvent mettre fin au contrat d'emploi conclu pour une durée déterminée, en tenant compte des dispositions en vigueur en la matière, comme si ce contrat avait été signé pour une durée indéterminée. Cette disposition découle du fait que le contrat de travail crée un lien personnel entre les parties, lien qui ne doit pas nécessairement subsister sans limite, en cas de décès de l'employeur, contre la volonté des héritiers ou du travailleur.

Pour les mêmes considérations, le nouveau patron ne prend pas automatiquement la place de l'ancien en cas de transfert de l'entreprise. Le contrat de travail conclu entre l'ancien patron et le travailleur doit être résilié et, s'il y a accord, remplacé par un nouveau contrat entre le nouveau patron et le travailleur.

§ 2. ÉVÉNEMENTS INTÉRESSANT EXCLUSIVEMENT LE TRAVAILLEUR,
TELS QUE CONVENANCES PERSONNELLES, INAPTITUDE AU TRAVAIL,
OBLIGATIONS MILITAIRES, GRÈVE, ETC.

Ici également ces événements ne peuvent entraîner sans plus la rupture du contrat d'emploi. Mais ils peuvent donner l'occasion aux parties de résilier le contrat, pour autant que la loi l'autorise. Ainsi, il est interdit à l'employeur de mettre fin à un contrat dans la période pendant laquelle le travailleur est inapte à assurer son travail pour cause de maladie, à moins que cette inaptitude ait duré deux ans au moins. De même, l'employeur ne peut licencier un travailleur majeur durant la période où il ne peut effectuer les travaux convenus du fait que, pour des motifs autres que le service militaire ou tout autre service public assuré dans le cadre de sa profession, il se conforme à une obligation qui lui est imposée par la loi ou résultant d'un engagement pris par lui à l'égard des autorités en vue d'assurer la défense du pays ou l'ordre public. Cette interdiction joue également au bénéfice du travailleur non majeur s'il a assuré son emploi durant au moins un an au moment où l'empêchement se manifeste. Seul l'employeur tombe sous le coup de cette interdiction. Quant au travailleur, il peut, au cours d'une maladie ou de son service militaire, mettre fin à son emploi par voie de préavis. Suivant le droit néerlandais, la grève est considérée comme un motif impérieux, qui peut donner droit à l'employeur de mettre fin à un contrat d'emploi sans préavis ou sans observer les dispositions en vigueur en cette matière.

Cela suffit à démontrer qu'aux Pays-Bas la grève n'est pas considérée comme une rupture du contrat de travail. Elle n'y est d'ailleurs pas considérée non plus comme suspension de ce contrat. Suivant la jurisprudence constante, la grève constitue une omission de travail qui peut amener l'employeur à résilier le contrat d'emploi pour motif impérieux et qui lui donne, du moins en théorie, droit au dédommagement intégral des préjudices qu'il a subis.

A mesure que se développe le droit public de la vie économique, et à mesure que les institutions font plus souvent usage des pouvoirs qui leur permettent de prendre des règlements quant aux salaires et aux autres conditions de travail, les réglementations de droit public ainsi établies ont de plus en plus d'influence, et celle-ci se fait sentir tout d'abord dans le domaine du droit de grève. En effet, la plupart des grèves de caractère économique deviennent sans fondement lorsqu'elles sont dirigées contre des réglementations issues de la vie économique à laquelle participent également les grévistes. De plus, ces grèves se dirigent en fait contre les autorités, puisqu'il s'agit de réglementations établies par les institutions de droit public. Dans un cas de ce genre, déjà, le juge a qualifié d'illécite une grève par laquelle on essayait d'obtenir de l'employeur ce qui lui était interdit par un arrêté ayant force de loi.

CHAPITRE V

INCIDENCES DE CES ÉVÉNEMENTS SUR LES CONDITIONS DE TRAVAIL

Pour donner une réponse à cette question, il convient de prendre comme point de départ la disposition de droit civil aux termes de laquelle aucun salaire n'est dû au travailleur pour la période au cours de laquelle le travail convenu n'a pas été effectué. Quelques exceptions enlèvent une grande partie de sa portée au principe: pas de travail – pas de salaire.

A. Même s'il n'accomplit pas sa tâche, le travailleur a droit à son salaire pour une période relativement courte en cas de maladie ou d'accident ou en cas d'absence pour une raison particulière comme, par exemple, obligation imposée par la loi ou les autorités sans contre-partie pécuniaire, et dont l'intéressé ne peut pas s'acquitter pendant ses loisirs, ou circonstance très particulière indépendante de la volonté du travailleur (accouchement de l'épouse) (art. 1638c B.W.). Il faut un accord écrit entre les parties pour leur permettre de déroger à cette disposition.

B. Le travailleur conserve ses droits au salaire lorsque, disposé à effectuer les travaux convenus, il n'a pas été en mesure de le faire parce que son patron n'a pas eu recours à ses services, cette abstention étant attribuable au patron ou même à un empêchement fortuit qui le concerne personnellement (art. 1638d B.W.). Si, dans un tel cas, le travailleur a droit à une indemnité ou à une allocation en espèces à verser par une caisse d'assurances instituée en vertu de la loi ou par toute autre caisse à laquelle il doit s'affilier aux termes ou en raison de son contrat d'emploi, son salaire est réduit à concurrence du montant de cette indemnité ou allocation.

Son salaire est diminué en outre du montant des frais que le travailleur n'a pas exposés en n'exécutant pas son travail.

Les parties ne peuvent déroger à la disposition indiquée sous B que par accord passé entre elles par écrit.

En vertu de ces droits accordés aux travailleurs, obligation constante est faite à l'employeur, si aucun accord écrit n'en dispose autrement, de continuer à verser le salaire au travailleur au cas où il ne donne pas de travail à celui-ci, soit par suite d'un empêchement personnel, soit par sa faute. L'obligation incombant à l'employeur est assez généralement admise dans les cas où la non-prestation de travail doit être considérée comme constituant un des risques inhérents à l'entreprise.

C. Autre point important: une disposition de droit public (art. 8 de l'arrêté extraordinaire de 1945 sur les conditions de travail) interdit à l'employeur de réduire la durée du travail et de la ramener à moins de 48 h., sauf dans les cas exceptionnels suivants:

1. lorsque la durée du travail était habituellement réduite avant la guerre;
2. lorsque le salaire hebdomadaire ou le traitement mensuel n'est pas diminué malgré la réduction de la durée du travail;
3. lorsqu'un système de salaire d'attente, approuvé par le ministre, s'applique aux travailleurs en cause. Le ministre peut lever, sous réserve ou sans réserve, l'interdiction de réduire la durée de travail. Il a délégué ses pouvoirs au Collège des arbitres d'État, à l'inspection du travail et à l'inspection des ports, ainsi qu'au secteur professionnel (en l'occurrence au secteur des arts graphiques).

Le Conseil Supérieur a interprété comme garantissant les salaires la prescription relative à l'interdiction de réduire la durée du travail; un employeur a satisfait à ses obligations lorsqu'il donne la possibilité à ses ouvriers de travailler 48 h. par semaine, même s'ils ne font pas usage de cette faculté en ne se présentant pas à leur travail le samedi, par exemple. Il en résulte que l'employeur, si l'inspection du travail ne l'autorise pas à réduire la durée du travail, est tenu de continuer à verser les salaires, même s'il avait été prévu d'autres dispositions dans un contrat de travail écrit.

D. Lorsqu'un travailleur assuré n'a pas droit au salaire, le contrat de travail n'étant pas venu à expiration (1), il peut, en cas de chômage involontaire, faire valoir ses droits à l'indemnité prévue par la loi sur le chômage. Presque tous les travailleurs sont assurés, sur la base de cette loi sur les assurances sociales, pour autant que leur salaire fixe convenu ne dépasse pas 6 000 fl. par an. La loi

(1) C'est le cas, par exemple, lorsque le travailleur est disposé à effectuer le travail convenu, et que la force majeure empêche son patron de l'employer; le travailleur ne peut alors faire valoir ses droits au salaire.

garantit une indemnité pécuniaire pour la durée du chômage avec un maximum de 21 semaines par année d'indemnisation.

Les indemnités sont fixées en pourcentage du salaire journalier, à raison de:

80% pour les travailleurs mariés, pour les femmes mariées chefs de famille, pour les travailleurs masculins ou féminins célibataires subvenant aux besoins de leur famille;

70% pour les travailleurs célibataires de 18 ans au moins ne subvenant pas aux besoins de leur famille et n'habitant pas avec leurs parents;

60% pour les autres catégories de travailleurs.

Pour avoir droit à indemnisation au titre de la loi sur le chômage, le travailleur doit avoir été salarié pendant au moins 78 jours de l'année précédant l'interruption du travail. Les indemnités versées au titre de la loi sur le chômage sont acquittées par les organes du secteur économique.

A l'intention des travailleurs qui ne peuvent faire valoir de droit au titre de la loi sur le chômage, les autorités ont prévu un système de mesures sociales qui leur permet de subvenir à leurs besoins.

Il ressort de l'énumération A à C inclus qu'au cas où surviennent les événements indiqués au chapitre IV, les engagements réciproques ne sont pas complètement annulés. Dans de nombreux cas, il y a suspension de ceux-ci avec maintien du salaire ou versement d'une indemnité. En outre, en vertu du contrat de travail, certaines conditions de travail d'ordre secondaire, tel que le droit au congé, etc., continuent de produire leurs effets en tout ou en partie. Dans les cas où la durée du préavis est fonction du nombre d'années de service (voir chapitre VIII), les événements précités n'ont aucun effet suspensif.

CHAPITRE VI

RÉTABLISSEMENT DANS L'EMPLOI

(AUTRE QUE LE RÉTABLISSEMENT PAR VOIE JUDICIAIRE)

Aux Pays-Bas, la loi n'obligeait à réintégrer dans leur emploi antérieur que les travailleurs dont le contrat de travail avait été dénoncé par suite d'appel au service militaire actif ou d'un engagement volontaire en temps de guerre. Le deuxième jour, au plus tard, suivant la date à laquelle le travailleur se présente à son patron, celui-ci est tenu de le rétablir dans son emploi antérieur si, avant de le quitter, le travailleur l'avait occupé pendant au moins 90 jours sans interruption importante. Toutefois, l'employeur n'est plus tenu de rétablir le travailleur dans son emploi antérieur si celui-ci ne se présente pas dans le mois suivant le jour à compter duquel il pouvait le faire.

Par ailleurs, le directeur du Service régional de l'Emploi peut dispenser l'employeur de l'obligation de rétablir l'ouvrier dans son emploi.

Depuis le 1^{er} juin 1954, le juge peut condamner la partie qui a rompu irrégulièrement le contrat de travail ou l'a fait rompre pour des motifs manifestement déraisonnables à rétablir le rapport de travail. Au lieu de cette condamnation, le juge peut fixer un dédit (voir à ce sujet chapitre XI).

CHAPITRE VII

RÉGLEMENTATION DES LICENCIEMENTS MASSIFS

La législation néerlandaise ne connaît pas une telle réglementation.

CHAPITRE VIII

LICENCIEMENT, DÉMISSION ET DÉLAIS DE PRÉAVIS: RÈGLES FONDAMENTALES ET PRESCRIPTIONS RELATIVES À LA FORME À OBSERVER

Pour dénoncer un contrat de travail d'une durée indéterminée et un contrat de travail d'une durée déterminée mais reconduit, on doit, sauf motif grave donnant lieu à renvoi sur l'heure, observer les dispositions en matière de délai de préavis.

D'après le droit civil, la règle fondamentale régissant le délai de préavis fixe ce délai à une période équivalant généralement à celle qui est comprise entre deux versements du salaire en espèces. Pour un travailleur payé à la semaine, le délai de préavis est d'une semaine; pour le travailleur payé au mois, ce délai est d'un mois. Il peut être dérogé par écrit à cette règle fondamentale pour convenir d'un délai plus court ou plus long. Le délai de préavis ne doit toutefois jamais dépasser six mois, l'employeur ne pouvant bénéficier d'un délai plus court que celui attribué au travailleur. Si tel est, néanmoins, le cas, le délai le plus long est applicable également à l'employeur. En cas de dépassement du maximum autorisé, c'est ce maximum qui est applicable.

Le délai de préavis normal, défini par la règle fondamentale, est toutefois prolongé lorsque le travailleur compte de longues années de service. Pour le travailleur devenu majeur, le délai de préavis est fixé, pour l'employeur, à au moins une semaine par année de service à compter de la date de la majorité. A ce titre, le délai maximum de préavis pour l'employeur est de treize semaines, et pour l'ouvrier de six semaines. Ce maximum est atteint pour l'employeur treize ans après l'entrée en fonction ou après la date de la majorité du travailleur, et pour celui-ci, douze ans après ces dates.

Il ne peut être dérogé que par voie de convention collective ou de règlement pris par un organisme compétent de droit public, ou en son nom, aux délais de préavis prolongés qui seraient inférieurs aux délais légaux ou détruiraient le rapport de 2 pour l'employeur à 1 pour le travailleur.

Un contrat de travail écrit peut prévoir également une dérogation entraînant une prolongation des délais légaux, à condition que le délai de préavis soit fixé à six mois au maximum pour le travailleur, et que le délai fixé pour l'employeur ne soit jamais inférieur au double de celui du travailleur.

CHAPITRE IX

PROTECTION DE CERTAINS MEMBRES DU PERSONNEL, TELS QUE LES MEMBRES D'UN CONSEIL D'ENTREPRISE OU LES DÉLÉGUÉS DE SYNDICATS – PROTECTION DES CANDIDATS À CES POSTES ET DES ANCIENS DÉLÉGUÉS

Cette protection ne fait pas l'objet d'une réglementation aux Pays-Bas; elle n'est d'ailleurs pas nécessaire, vu les conditions en vigueur.

CHAPITRE X

RÉGLEMENTATIONS PARTICULIÈRES CONCERNANT CERTAINES CATÉGORIES DE TRAVAILLEURS: OUVRIERS ÉTRANGERS, FONCTIONNAIRES, TITULAIRES DE FONCTIONS QUALIFIÉES

En règle générale, les prescriptions reproduites aux chapitres I à IX inclus s'appliquent à tous les salariés travaillant aux Pays-Bas. D'autres prescriptions, absolument différentes des premières ou complétant celles-ci, s'appliquent à des catégories particulières de travailleurs. Ainsi, les étrangers ne peuvent travailler aux Pays-Bas sous le régime du salaire qu'à condition d'y avoir été autorisés par les pouvoirs publics. Par ailleurs, les fonctionnaires ne relèvent pas du droit de travail réglé par la législation civile; ils travaillent sur la base d'un engagement signé par les autorités, engagement auquel s'applique la loi sur les fonctionnaires.

CHAPITRE XI

SANCTIONS ET RÉGLEMENTATION CONCERNANT LA STABILITÉ DE L'EMPLOI

A. *Indemnités en cas de licenciement*

Dédommagements en cas de renvoi sur l'heure;

dédommagements en cas de licenciement ou de démission pour des motifs non plausibles;

dédommagements en cas de licenciement ou de démission pour des motifs plausibles.

B. Problèmes relatifs au rétablissement dans l'emploi par voie judiciaire, conditions et système en vigueur

A. Au cours de l'examen des chapitres précédents et plus particulièrement des chapitres III et VIII, nous nous sommes arrêtés aux conditions à respecter lorsqu'on veut mettre un terme à un contrat d'emploi. En premier lieu, le directeur du Service régional de l'Emploi doit donner son autorisation, à moins qu'il ne s'agisse d'un départ pour motif impérieux ou que la dénonciation ait lieu par consentement mutuel des parties. Alors seulement le contrat de travail peut être dénoncé en tenant compte du délai de préavis. Un congédiement par l'employeur ou une démission par le travailleur est nulle et non avenue si elle n'a pas été autorisée par le directeur régional de l'Emploi. Dans un délai de six mois, la partie adverse peut introduire un recours en nullité. Si l'employeur a mis fin au contrat d'emploi sans en avoir obtenu l'autorisation, on considère que le contrat n'a pas été rompu si le travailleur fait valoir la nullité du congédiement. Il en résulte que le contrat continue normalement et que l'employeur est tenu de continuer à verser le salaire à partir de la date à laquelle a pris cours le licenciement entaché de nullité. Si le travailleur a quitté son emploi sans en avoir obtenu l'autorisation, il peut, par voie de procédure civile et par des astreintes, être contraint de reprendre son travail chez son employeur. Il va de soi que le travailleur peut, lui aussi, introduire une telle requête tendant à obliger son patron à le remettre au travail; dans la pratique, toutefois, le travailleur n'utilisera pas de ce moyen parce qu'il conserve, en tout état de cause, ses droits au salaire et qu'il n'a donc qu'un intérêt mineur à reprendre son poste.

En outre, l'employeur et le travailleur qui passent outre à l'interdiction relative au licenciement ou à la démission commettent une infraction passible d'une peine d'emprisonnement de six mois au maximum et d'une amende de 10 000 florins au maximum.

Au point de vue du droit civil, la législation néerlandaise établit une distinction entre licenciements et démissions réguliers et irréguliers. Le licenciement ou la démission sont réguliers lorsque:

- a) les dispositions en matière de préavis ont été respectées;
- b) lorsque la partie adverse admet que ces dispositions ne soient pas observées; et
- c) lorsque le contrat d'emploi est rompu sur l'heure pour une raison impérieuse, communiquée sans retard à la partie adverse.

Dans tous les autres cas, le licenciement ou la démission sont irréguliers.

La partie qui rompt un contrat d'emploi dans des conditions régulières n'est pas tenue à dédommagement à moins qu'il ne soit question d'un licenciement ou d'une démission pour motifs manifestement déraisonnables. La partie qui dénonce irrégulièrement un contrat de travail est tenue à dédommagement. La partie lésée peut choisir entre un dédommagement représentant le montant du

salaires en espèces qui eût dû être perçus si le contrat s'était poursuivi jusqu'à régulière dénonciation et un dédommagement intégral. Si la partie lésée choisit le dédommagement intégral, il lui incombe d'apporter la preuve du préjudice subi.

En cas d'accord écrit, il peut être fixé un dédommagement d'un montant supérieur au salaire qui serait dû au cours de la période de préavis. Le juge a toutefois la faculté de fixer un dédommagement moins élevé, mais le montant de ce dédommagement ne peut être inférieur au salaire fixé pour la durée de la période de préavis ni au salaire en espèces dû pour trois mois.

En cas de renvoi ou de départ immédiat pour motif impérieux, un dédommagement est dû par la partie qui en est à l'origine soit de propos délibéré soit par sa faute. Les règles en vigueur en cas de départ ou de renvoi irrégulier sont applicables ici en ce qui concerne le dédommagement ou l'indemnisation.

Un renvoi ou un départ peut être régulier sans qu'on puisse affirmer qu'il doit être considéré dans tous les cas comme raisonnable. La loi permet de soumettre à l'appréciation du juge la question de savoir si un renvoi ou un départ a outrepassé sérieusement les limites du raisonnable. Si le juge est d'avis que le renvoi ou le départ est manifestement déraisonnable, il peut en toutes circonstances allouer une indemnité équitable à la partie adverse.

Le renvoi par l'employeur pourra être considéré comme manifestement déraisonnable dans les cas suivants, notamment:

1. lorsque le travailleur est renvoyé sans motif, sous un prétexte quelconque ou pour de fausses raisons;
2. lorsque, compte tenu entre autres des mesures prises en faveur des travailleurs ainsi que des possibilités de trouver un emploi qui leur convient, les répercussions de la dénonciation sont pour eux trop sérieuses par rapport à l'intérêt que l'employeur peut avoir à cette dénonciation;
3. lorsque le travailleur est renvoyé parce qu'il est empêché d'exécuter la prestation convenue par suite de ses obligations militaires;
4. lorsque le renvoi intervient par dérogation à un règlement, appliqué par la branche d'industrie ou par l'entreprise en cause en vertu d'une réglementation légale ou de l'usage, et relatif au nombre des effectifs ou à l'ancienneté, à moins que cette dérogation ne soit invoquée pour des motifs sérieux.

Le départ d'un travailleur pourra être considéré comme manifestement déraisonnable dans les cas suivants notamment:

1. lorsque le départ n'est pas motivé ou lorsqu'on invoque des prétextes ou de fausses raisons;
2. lorsque les répercussions de la dénonciation sont trop sérieuses pour l'employeur par rapport à l'intérêt que le travailleur peut avoir à cette dénonciation.

L'indemnité que le juge peut accorder à la partie lésée en cas de renvoi ou de départ manifestement déraisonnable est fixée par celui-ci en toute équité. La partie lésée n'est pas tenue de fournir la preuve du préjudice subi.

B. Pour compenser les effets d'un renvoi ou d'un départ irrégulier ou manifestement déraisonnable, on peut, indépendamment de l'octroi d'un dédommagement ou d'une indemnité, condamner la partie qui a rompu le contrat d'emploi à le remettre en vigueur. La contrainte par corps ou l'imposition d'une astreinte peuvent renforcer les effets de cette condamnation.

Un contrat d'emploi remis en vigueur pourra être à nouveau dénoncé, sous réserve d'observer les prescriptions en matière de préavis et de fournir, cela va sans dire, des motifs valables. On ne peut se fonder sur un contrat de travail remis en vigueur pour invoquer la rétroactivité. Le juge peut toutefois prendre des mesures quant aux effets juridiques qui pourraient se produire au cours de la période comprise entre le renvoi ou le départ et la remise en vigueur du contrat d'emploi, en accordant par exemple un dédommagement à la partie lésée.

La condamnation prévoyant l'obligation de remettre en vigueur un contrat d'emploi peut être remplacée, soit immédiatement aux termes du jugement, soit plus tard à la demande d'une des parties, par la fixation d'un dédit. Le montant de celui-ci est laissé à l'appréciation du juge. Compte tenu des circonstances et de l'équité, le juge peut fixer ce dédit à un montant supérieur au préjudice subi.

CHAPITRE XII

DROIT À LA FONCTION AU SEIN DE L'ENTREPRISE.

RÉINTÉGRATION DANS LE POSTE PRÉCÉDEMMENT OCCUPÉ

Dans les conditions néerlandaises, il convient de tenir compte de la teneur du contrat de travail ou de l'usage pour pouvoir se prévaloir du droit de remplir une certaine fonction au sein de l'entreprise. Un contrat de travail établi par écrit peut indiquer la fonction assignée au travailleur au moment de son entrée en service, ou il peut spécifier que le travailleur s'engage à effectuer tous les travaux qu'on lui demandera d'assurer. Si la fonction est nommément désignée, le contrat comporte généralement une clause complémentaire aux termes de laquelle le travailleur s'engage à effectuer temporairement d'autres travaux.

Si la nature des travaux à effectuer ne fait l'objet d'aucun règlement, c'est de l'usage consacré que le travailleur tirera son droit à remplir une fonction déterminée.

La réintégration du travailleur dans une fonction inférieure à celle qu'il occupait précédemment n'est pas admissible sans son consentement dans les cas

où l'usage, ou le contrat, indique qu'il doit effectuer des travaux déterminés. En donnant son consentement, le travailleur accepte la modification du contrat existant.

CHAPITRE XIII

ÉTUDE CRITIQUE DES RÉPERCUSSIONS DE CES MESURES

D'une manière générale, on peut affirmer que la réglementation légale du contrat de travail a des répercussions favorables aux Pays-Bas et qu'en particulier elle ne fait pas apparaître de sérieuses lacunes, du fait notamment que ses points principaux ont été récemment (1953/1954) adaptés aux exigences modernes.

Aussi, dans la mesure où il peut être question de critique, celle-ci porte-t-elle moins sur la teneur matérielle de ces dispositions que sur le fait que certaines réglementations légales, établies indépendamment les unes des autres, ont tendance à vouloir soumettre à un double contrôle le contrat de travail.

Nous songeons, en l'occurrence, aux dispositions conçues en 1945 dans le cadre du droit d'urgence et qui sont toujours restées en vigueur; il s'agit de la condition aux termes de laquelle un renvoi signifié par l'employeur ou un départ décidé par le travailleur doit être approuvé par les agents administratifs. Les mêmes critères qui guident le juge civil lorsqu'il examine si un renvoi ou un départ – autorisé ou non par l'administration – est manifestement déraisonnable (voir chapitre XI) sont en général observés par ceux qui ont à établir s'il y a lieu d'accorder ou non une autorisation administrative. On risque ainsi de voir exercer une fonction judiciaire par les agents administratifs, cette pseudo-jurisprudence accordant au même niveau la juridiction à une instance judiciaire et à une instance administrative.

Un deuxième point qui peut faire l'objet d'une critique a trait à la juridiction du travail. Les Pays-Bas ne connaissent pas une réglementation particulière de cette matière; en première instance, la juridiction du travail est du ressort du juge de paix ordinaire. Il n'est prévu qu'une procédure simplifiée dans le code de procédure civile. En raison du grand nombre d'affaires soumises à un nombre restreint de juges de paix, en raison aussi de la multitude des questions qui peuvent faire l'objet de demandes de décisions judiciaires dans le domaine du travail, il n'est pas possible de rendre justice rapidement. Aussi, des voix s'élèvent-elles aux Pays-Bas pour demander un régime juridique spécial pour la juridiction du travail.

ÉDITÉ PAR LE
SERVICE DES PUBLICATIONS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
1999/2/58/1