

Sommaire - Inhoud

DOCTRINE - RECHTSLEER

Notre droit social à l'heure de la pandémie : présentation du numéro spécial, par D. Dumont et E. Dermine 153

—
Un renforcement du chômage temporaire pour tous les travailleurs ? - Certains travailleurs atypiques privés à la fois de travail et du chômage temporaire, par A. Mechelynck et J.-F. Neven 157

—
Quelle couverture sociale pour les indépendants au « chômage » ? - Tirer les leçons de l'échec du droit passerelle, par D. Dumont 168

—
Le Covid-19 et les maladies professionnelles - Ou quand la pandémie illustre les failles structurelles d'un régime, par S. Remouchamps et L. Vogel 180

Numéro spécial du *Journal des tribunaux du travail*

Le droit social face à la crise du Covid-19 : panser le présent et penser l'après (première partie)

sous la direction d'Elise Dermine et Daniel Dumont

DOCTRINE - RECHTSLEER

Notre droit social à l'heure de la pandémie : présentation du numéro spécial

1. — Alors que nous nous enfonçons dans une crise sanitaire, économique et sociale sans précédent, survenue à l'amorce du printemps 2020, notre société expérimente à très large échelle en quoi le droit social nous « dé-marchandise », comme le disent les sociologues des politiques sociales (1). À l'heure d'écrire ces lignes, près d'un million de travailleurs salariés sont au chômage temporaire, soit un quart de l'emploi total dans le secteur privé, tandis qu'environ 350.000 indépendants perçoivent le droit passerelle, soit approximativement un tiers des travailleurs assujettis au statut social des indépendants, que ce soit à titre principal ou à titre complémentaire. Dans le même temps, l'assurance soins de santé tourne à plein et pourvoit aux besoins médicaux des malades — tous les malades, c'est-à-dire quel que soit le statut des personnes concernées sur le plan socio-professionnel. Parallèlement, la concertation sociale et le droit du bien-être au travail encadrent, tant que faire se peut, le travail et l'organisation du travail, afin que le maintien des activités essentielles, la reprise des autres activités économiques et la recherche de la productivité ne se fassent pas au prix de la vie et de la santé des travailleurs.

Le moment que nous vivons conduit ainsi à nous rappeler en actes à quel point l'État social et ses différents piliers — la sécurité sociale et le droit du travail, mais aussi les services publics — assurent collectivement notre sécurité d'existence (2). Par ses différentes institutions, l'État social assure à la majorité de la population des moyens de subsistance et un certain niveau de bien-être, tandis qu'il garantit à la plupart des travailleurs des conditions de vie et de travail décentes. Comme on le sait, tous les pays ne peuvent pas compter sur de tels mécanismes, du moins pas aussi étendus. Certains, y compris au sein du monde industrialisé, s'apprentent à en payer le prix fort à l'heure de la pandémie mondiale qui sévit, en termes de santé, d'emploi et de revenus des différentes classes de la population (3).

(1) Sur ce concept, voy. la discussion et les illustrations juridiques proposées dans E. Dermine et D. Dumont, « Le droit social et le productivisme. Droit de la croissance ou droit de l'autonomie ? Une cartographie du rapport de force », in A. Bailleux (dir.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020, sous presse.

(2) E. Delruelle, *Philosophie de l'État social. Civilités et dissensus au XXI^e siècle*, Paris, Kimé, 2020.

(3) Pour un panorama, Observatoire de l'OIT, « Le Covid-19 et le monde du travail », Genève, Organisation internationale du travail, avril 2020, 23 p., www.ilo.org/global/about-the-ilo/WCMS_743155/lang-fr/index.htm.

2. — S'agissant de la Belgique, rappelons rapidement les rétroactes de la séquence dans laquelle nous sommes sur le plan du droit social, après quoi nous indiquerons l'objet et l'optique du numéro spécial que l'on va lire, avant de formuler une brève réflexion conclusive.

* * *

3. — À la fin du mois de mars 2020, des pouvoirs spéciaux ont été confiés par le législateur au Roi, c'est-à-dire, en pratique, au gouvernement fédéral, en vue de prendre des mesures d'urgence pour enrayer la propagation du virus et amortir les conséquences de la crise multiforme qui en résulte (4). Le plus souvent, l'évocation des pouvoirs spéciaux fait songer les observateurs du droit du travail et de la sécurité sociale à une période bien précise : lorsqu'au cours des deux premiers tiers des années 1980, les gouvernements successifs Martens-Gol réunissant les sociaux-chrétiens et les libéraux s'étaient illustrés, alors que la désindustrialisation frappait de plein fouet, par de nombreuses mesures de flexibilisation du droit du travail et de coupe dans les dépenses de la « Sécu ». Par hypothèse, ces mesures avaient été prises sans participation parlementaire, c'est-à-dire sans que les élus de la nation aient eu leur mot à dire — sinon par le biais, très formel, des lois de ratification adoptées *a posteriori* (5). Pour leur contenu comme leur forme, elles n'évoquent généralement pas de bons souvenirs aux défenseurs de notre modèle social. La séquence dans laquelle nous sommes sera-t-elle différente ?

4. — En tous les cas, il faut noter que la seconde des deux lois ayant attribué au Roi des pouvoirs spéciaux a innové, en prévoyant que « les arrêtés royaux pris en vertu de la présente loi ne peuvent pas porter atteinte au pouvoir d'achat des familles et à la protection sociale existante » (6). C'est là une importante balise négative, et à notre connaissance inédite : aucune des mesures prises et à venir ne peut amoindrir le niveau du pouvoir d'achat des ménages, d'une part, et de la protection sociale, de l'autre, par exemple par le biais de modifications des mécanismes d'indexation, de durcissements des conditions d'accès à certaines prestations sociales ou de réductions des montants (7). Il faut dire que la loi adoptée se singularise aussi, au regard des épisodes antérieurs de pouvoirs spéciaux, par le fait qu'elle a été élaborée et co-signée par les chefs de groupe de non moins de dix partis — tous, en fait, sauf le Vlaams Belang et le PTB — parmi lesquels plusieurs, en particulier l'opposition socialiste et écologiste, se sont très régulièrement opposés aux mesures de flexibilisation du marché de l'emploi et de réduction des dé-

penses sociales décidées sous le gouvernement Michel (2014-2018).

Ce verrou est d'autant plus notable que les parlementaires n'ont pas suivi la suggestion du Conseil d'État de l'affaiblir. Dans son avis rendu en urgence sur la proposition de loi à l'origine du texte finalement adopté, la section de législation du Haut Conseil avait en effet, un peu curieusement du reste, proposé que seules « les atteintes "structurelles" » au pouvoir d'achat des familles et à la protection sociale soient prohibées (8). Lors des débats à la Chambre puis au Sénat, aucun amendement en ce sens n'a été déposé, ni par la majorité ni par l'opposition. La « sanctuarisation » du niveau de vie matériel et de sécurité sociale garanti par la législation préexistante s'en trouve renforcée : les pouvoirs spéciaux ne peuvent pas être l'occasion d'amoindrissements de la capacité de consommation de la population, ni des droits des assurés sociaux qui résultent du cadre protecteur en place (9). On suppose que, politiquement, les partis qui y sont plus particulièrement attentifs et ont accordé leur confiance au gouvernement Wilmès II depuis les bancs de l'opposition, à ce stade jusqu'au mois de septembre 2020, veillent à ce que les arrêtés de pouvoirs spéciaux respectent scrupuleusement ce cadre.

Positivement maintenant, qu'est-ce que l'exécutif a été habilité à faire ? S'agissant de ce qui nous intéresse plus particulièrement, il peut prendre des mesures pour « apporter des adaptations au droit du travail et au droit de la sécurité sociale en vue de la protection des travailleurs et de la population (...) », et la loi ajoute : « tout en garantissant les intérêts économiques du pays et la continuité des secteurs critiques » (10). C'est là évidemment une habilitation particulièrement lâche (11).

* * *

5. — Quelles formes ont pris ces « adaptations » ? Surtout, dans quelles directions se sont orientées les mesures prises indépendamment des pouvoirs spéciaux ? C'est que le pouvoir exécutif dispose déjà, « en temps normal », de très nombreuses attributions, que ce soit dans le cadre de compétences générales typiquement régaliennes comme la police sanitaire, sur la base de laquelle ont été décidées de nombreuses fermetures d'établissements — et le télétravail obligatoire puis recommandé — ou spécifiquement en matière de droit social. S'agissant de ce dernier, on pense notamment à l'assurance chômage, toujours particulièrement sollicitée en période de crise en sa qualité de stabilisateur économique, assurance chômage dans laquelle règne

(4) Pour une première analyse, incluant les entités fédérées, F. Bouhon, A. Jousten, X. Miny et E. Slautsky, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier hebdomadaire*, CRISP, n° 2246, 2020, 53 p.

(5) À ce sujet, voy. notamment, s'agissant du droit du travail, R. Muller (dir.), *Arbeidsduur, overloon, experimenten Hansenne*, Anvers, Kluwer, coll. « Sociaal recht », 1986, et, s'agissant de la sécurité sociale, les volumes successifs publiés dans les années 1980 par l'Institut voor Sociaal Recht de la KU Leuven intitulés *Volmachten en sociale zekerheid*, Anvers, Kluwer, coll. « Sociaal recht », 1984, 1985 et 1987. Voy. aussi, pour la seconde, G. Van Gorp, « Les pouvoirs spéciaux dans la législation de sécurité sociale », *Revue belge de sécurité sociale*, vol. 48, n° 2, 2006, pp. 225-275.

(6) Loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II), *M.B.*, 30 mars 2020, 2^e éd., article 3. Par suite d'un compromis à la belge, la disposition suivante de la loi « verrouille » pour sa part la (para)fiscalité, en disposant que les arrêtés de pouvoirs spéciaux ne peuvent apporter aucune modification en matière d'impôts, taxes et cotisations sociales (article 4).

(7) Proposition de loi habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55 1104/001, p. 4.

(8) Avis du Conseil d'État n° 67.142/AG du 25 mars 2020, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55 1104/002, p. 16. À la décharge du Conseil d'État, réuni en assemblée générale, l'avis a dû être rendu, en raison des circonstances exceptionnelles que nous connaissons, dans un délai particulièrement bref et au terme d'un délibéré par voie électronique.

(9) Ce faisant, la loi octroyant les pouvoirs spéciaux au gouvernement est venue rappeler et conforter le principe de *standstill*, déduit de l'article 23 de la Constitution. Pour une analyse détaillée de la portée juridique de l'obligation de *standstill* en matière de sécurité sociale — largement transposable au droit du travail —, on se permet de renvoyer à D. Dumont, « Le "droit à la sécurité sociale" consacré par l'article 23 de la Constitution : quelle signification et quelle justiciabilité ? », in D. Dumont (coord.), *Questions transversales en matière de sécurité sociale*, Bruxelles, Bruylant, coll. « UB³ », 2017, n°s 39-58, pp. 68-97 et *Id.*, « Le principe de *standstill* comme instrument de rationalisation du processus législatif en matière sociale. Un plaidoyer illustré », *J.T.*, 2019, pp. 601-611 (1^{re} partie) et pp. 621-628 (2^e partie), et les nombreuses références jurisprudentielles et doctrinales mobilisées.

(10) Loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II), article 5, § 1^{er}, 5^o.

(11) On notera que cette habilitation a été accompagnée d'une désactivation, au nom de l'urgence, des canaux consultatifs habituels, dans la mesure où, à l'exception de l'avis du Conseil d'État, les arrêtés de pouvoirs spéciaux peuvent être adoptés sans que les avis légalement requis soient préalablement recueillis, ou, le cas échéant, moyennant un délai abrégé : loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II), article 6, alinéa 2. S'agissant du droit social, la disposition emporte principalement la possibilité d'un court-circuitage de la concertation sociale obligatoire, en particulier au sein du Conseil national du travail et des comités de gestion paritaires des institutions publiques de sécurité sociale.

une forme de régime de pouvoirs spéciaux permanent depuis 1944 (12). Desserrons encore un peu plus la focale : comment ont aussi, et même plus encore, réagi au choc de la pandémie les dispositifs de droit social préexistants ? Tous les outils juridiques en place, à commencer par la réglementation de la santé et de la sécurité au travail, n'ont en effet pas été reformatés pour faire face au Covid-19, tout en étant néanmoins appelés à « réceptionner » le phénomène et à en réguler les conséquences.

Le présent (double) numéro spécial, dont on tient entre les mains le premier des deux volets, a pour objet de mettre en lumière et de discuter un certain nombre de problématiques de droit social dont l'importance est cruciale dans la crise que nous traversons (13). Parce qu'il est trop tôt, il n'entend pas opérer un relevé complet de tous les arrêtés de pouvoirs spéciaux pris à ce jour qui intéressent les relations de travail ou la sécurité sociale (14). Par hypothèse, il entend encore moins faire le tour des innombrables questions de droit social qui ont surgi, en rapport avec les mesures temporaires de crise ou avec les dispositifs préexistants. Fruit d'un effort collectif de l'équipe de droit social de l'Université libre de Bruxelles, son objet est plutôt de braquer le projecteur sur un nombre déterminé d'enjeux clés — cinq — qui occupent une place centrale dans la « gestion » de ladite crise : le chômage temporaire des travailleurs salariés, le droit passerelle des travailleurs indépendants, l'intervention de l'assurance contre les maladies professionnelles, la protection des travailleurs dont la santé est mise en danger par les conditions de travail, et l'organisation du télétravail.

6. — Le numéro spécial poursuit deux objectifs, chacun plus ou moins marqué dans les contributions. D'une part, il s'agit d'identifier les figures juridiques de notre modèle social qui permettent de répondre aux différentes questions inédites, au moins par leur ampleur, que soulève la crise actuelle, qu'il s'agisse de figures bien établies ou au contraire de dispositifs plus embryonnaires voire de ressources inexploitées. Dans cette première direction, l'accent est mis sur les moyens juridiques dont nous disposons pour *panser le présent*. Ce faisant, nous

mettrons en lumière toute une série d'outils juridiques existants, classiques ou méconnus. D'autre part, l'idée est aussi, à tout le moins lorsque c'est déjà possible, de prendre un peu de recul et de jauger les forces et les faiblesses de plusieurs mécanismes centraux de notre droit social à la lumière de la crise du Covid-19. Dans cette seconde direction, c'est moins l'adaptation en urgence de l'arsenal en place par le biais de mesures temporaires qui est au cœur de l'attention, que ce que la crise « dit » de notre arsenal. Autrement dit, les contributions, tout en partant des mesures temporaires au cœur de l'actualité, entendent se préoccuper également de *penser l'après* : quels atouts et quelles carences émergent dans le contexte qui est le nôtre, et dans quelles directions notre boîte à outils gagnerait-elle à être revue ou complétée lorsque la pandémie sera derrière nous (15) ?

Il nous paraît en effet qu'un enjeu réellement majeur en vue de l'après-crise est de parvenir à suivre aujourd'hui les mesures prises et à venir tout en gardant une longue vue. Chercher à répondre aux urgences doit se faire, pensons-nous, en réfléchissant aussi à la forme que doit prendre l'amélioration pérenne des dispositifs, tant la crise exerce un effet « loupe » qui met en lumière des difficultés préexistantes (16).

À la faveur du léger recul que permettent les semaines écoulées depuis l'arrivée conjointe du printemps et de la pandémie, les cinq études ici rassemblées vont, sur les sujets investigués, au-delà des informations pratiques de base accessibles dans les précieux *frequently asked questions* développés très rapidement par les différentes institutions et organisations concernées (17). Pour autant, elles n'ont bien évidemment, encore une fois, pas la moindre prétention à former un bilan « définitif » d'une crise qui, du reste, semble là pour durer et, partant, nécessitera bien d'autres éclairages (18).

* * *

7. — Le menu est le suivant. Pour varier les plaisirs, le droit de la sécurité sociale précède, une fois n'est pas coutume, le droit du travail.

- (12) Sur les libertés particulièrement larges prises avec le principe de légalité dans le champ de l'assurance chômage, D. Dumont, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? Sécurité sociale et démocratie parlementaire », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2017, n^{os} 1-2, D. Dumont et F. Dorssemont (dir.), « Aux sources du droit social. En hommage à Micheline Jamoulle/Sociaal recht, over bronnen en herbronnen. Als eerbetoon aan Micheline Jamoulle », n^o 19 et n^{os} 24-26, pp. 133-134 et 138-140.
- (13) Les contributions ici rassemblées constituent pour la plupart des versions substantiellement étendues et remaniées de billets initialement publiés en ligne dans le « carnet de crise » lancé à la fin du mois de mars 2020 par le Centre de droit public de l'ULB (<https://droit-public.ulb.ac.be>), qui héberge l'équipe de droit social de la même université. Exceptionnellement, le numéro spécial du *Journal des tribunaux du travail* que l'on tient entre les mains est intégralement téléchargeable en accès libre sur le site internet de l'éditeur de la revue, soit la maison Larcier : www.larcier.com. Il est à noter qu'une bonne part des analyses des enjeux de droit public de la crise proposées dans le « carnet de crise » évoqué vont être reprises et développées, de leur côté, dans un ouvrage co-coordonné par notre collègue Emmanuel Slaatsky : F. Bouhon, E. Slaatsky et S. Wattier (dir.), *La réponse belge à la crise du Covid-19 au regard du droit public : quelles leçons pour l'avenir ?*, Bruxelles, Larcier, coll. « Bibliothèque de droit public », 2021, en préparation.
- (14) Au 27 mai 2020, les principaux arrêtés de pouvoirs spéciaux impactant le droit social qui avaient été publiés étaient les suivants : arrêté royal n^o 13 du 27 avril 2020 modifiant la loi du 23 mars 2020 modifiant la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants et introduisant des mesures temporaires dans le cadre du Covid-19 en faveur des travailleurs indépendants, notamment en ce qui concerne l'extension à certains indépendants à titre complémentaire et pensionnés actifs, *M.B.*, 29 avril 2020 ; arrêté de pouvoirs spéciaux n^o 14 du 27 avril 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1^{er}, 5^o, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II) visant à garantir la bonne organisation du travail dans les secteurs critiques, *M.B.*, 28 avril 2020 ; arrêté royal n^o 17 du 4 mai 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II), en vue d'accorder à certains employeurs un report de paiement des sommes perçues par l'Office national de sécurité sociale, *M.B.*, 12 mai 2020 ; arrêté royal n^o 20 du 13 mai 2020 portant des mesures temporaires dans la lutte contre la pandémie Covid-19 et visant à assurer la continuité des soins en matière d'assurance obligatoire soins de santé, *M.B.*, 19 mai 2020 ; arrêté royal n^o 21 du 14 mai 2020 portant des adaptations temporaires aux conditions de remboursement et aux règles administratives en matière d'assurance obligatoire soins de santé suite à la pandémie Covid-19, *M.B.*, 20 mai 2020 ; arrêté royal n^o 23 du 13 mai 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1^{er}, 5^o, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II) visant le congé parental corona, *M.B.*, 14 mai 2020. Pour le reste, la très grande majorité des nombreuses mesures pour l'instant prises, en particulier en matière d'assurance soins de santé, a été coulée dans des arrêtés royaux et ministériels ordinaires. Parmi les lois ordinaires adoptées au cours de la période, on signalera notamment la loi du 7 mai 2020 portant des mesures exceptionnelles dans le cadre de la pandémie Covid-19 en matière de pensions, pension complémentaire et autres avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, *M.B.*, 18 mai 2020.
- (15) La formule « panser le présent, penser demain », à l'origine du titre de ce numéro spécial, est reprise à Jean-Marc Nolle, co-président du parti Ecolo : J.-M. Nolle, « Il faut mettre en place un bouclier social », interview par M. Dubuisson, *Le Soir*, 5 avril 2020.
- (16) Sur ces difficultés, voy. par exemple, quelques mois avant l'éclatement de la pandémie, M. Lefebvre et P. Pestieau, « État-providence et fractures sociales : nouveaux défis », *Regards économiques*, n^o 152, 2019, 12 p.
- (17) Voy. aussi E. Crabeels, A.-V. Michaux et C. Rizzo, *Droit social et Covid-19 : analyse et questions pratiques*, Bruxelles, Larcier, coll. « Livre blanc », 2020, 59 p., www.larcier.com/fr/livre-blanc-droit-social-et-covid-19 et F. Hendrickx, S. Taes et M. Wouters, « Corona en het arbeidsrecht : een Q&A », *Arbeidsrecht Journaal* (revue en ligne), 2020, <https://arbeidsrechtjournal.be/corona-en-het-arbeidsrecht-eeen-qa>. Signalons également, pour de premières brèves analyses « à chaud », A. De Becker, « Covid-19 and labour law : Belgium », *Italian Labour Law e-Journal* (revue en ligne), vol. 13, n^o 1, « Covid-19 and labour law : a global review », 2020, 3 p. ; S. Gilson, « Quelques questions de droit du travail en rapport avec l'épidémie de coronavirus », *Bulletin de l'Ordre des experts comptables brevetés de Belgique*, 2020, n^o 14, pp. 11-12 ; F. Louckx, « De virusbestendigheid van het sociaaleconomisch bestel : sociaal recht in coronatijden », *R.W.*, 2019-2020, p. 1450.
- (18) Bien que les deux séquences ne soient pas identiques, le moment que nous connaissons rappelle évidemment la crise économique qui avait éclaté en 2008, en Europe et aux États-Unis, en raison de l'instabilité du système bancaire et financier. Cette crise n'était pas, elle non plus, restée sans incidence en droit social : voy. notamment les contributions et les rapports nationaux repris dans l'ouvrage collectif M.-C. Escande Varniol, S. Laulom et E. Mazuyer (coord.), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Bruxelles, Larcier, coll. « Europe(s) », 2012. Le chapitre « Belgique » y avait été rédigé par C. Canazza, P. Vielle, P.-P. Van Gehuchten et F. Dorssemont (*ibidem*, pp. 107-129). Voy. aussi P. Gossier et M. Morsa (coord.), *L'impact de la crise sur la sécurité sociale. Droit belge*, Bruxelles, Larcier, coll. « Droit social », 2015.

Du côté de la sécurité sociale, l'enjeu premier du moment est la préservation du niveau de vie des travailleurs privés de revenus professionnels et la réparation des atteintes à la santé. Dans cette perspective, Amaury Mechelynck et Jean-François Neven ouvrent le bal avec une contribution consacrée à un examen critique des mesures prises pour faciliter l'accès au chômage temporaire des travailleurs salariés. Ils y interrogent en particulier l'aptitude de ces mesures à protéger les travailleurs atypiques, eux qui occupent généralement déjà une position moins favorable que les travailleurs « ordinaires » sur le marché de l'emploi et tendent, partant, à subir une forme de double peine. Daniel Dumont poursuit en mettant sous la loupe la couverture sociale méconnue dont disposent les travailleurs indépendants contre le risque de chômage, risque auquel ils peuvent en pratique être tout autant exposés que les salariés, à savoir le droit passerelle. Dans la foulée d'une analyse du régime juridique de celui-ci et de son usage concret par ses destinataires, ainsi que des mesures de crise adoptées, il défend la nécessité de repenser la protection des indépendants contre l'aléa de la perte de l'activité professionnelle et soumet à la discussion quelques propositions en ce sens. Sophie Remouchamps et Laurent Vogel, quant à eux, déplacent la focale vers la question de la santé, en posant la question de savoir dans quelle mesure les travailleurs victimes du Covid-19 peuvent prétendre à la reconnaissance d'une maladie professionnelle. À la faveur d'un retour historique et didactique sur les fondamentaux de cette branche particulièrement délaissée de la sécurité sociale, ils montrent que les obstacles à l'indemnisation sont considérables et soulignent que ces difficultés procèdent de failles structurelles tant législatives qu'administratives.

Ce premier volet est suivi d'une double salve en droit du travail. À l'heure du déconfinement, la première contribution s'intéresse à l'enjeu clé de la protection de la santé au travail. Elise Dermine, Sophie Remouchamps et Laurent Vogel s'attaquent à l'élaboration du régime juridique du droit individuel de retrait des travailleurs en cas de danger grave et immédiat pour leur santé. Ils mettent en évidence que ce droit, encore très largement méconnu avant la pandémie, pourrait constituer une ressource précieuse pour améliorer l'effectivité de législation sur le bien-être au travail dans les entreprises. Dans une dernière contribution, Juliette Gilman, Virginie Gutmer, France Lambinet et Jean-François Neven se penchent sur le télétravail obligatoire, mesure-phare de la politique gouvernementale de lutte contre la propagation du Covid-19. Après avoir montré que les régimes classiques du télétravail régulier ou occasionnel et du travail à domicile ne s'appliquent pas dès lors que le recours au télétravail n'est pas, ici, volontaire, les auteurs recourent à différents outils du droit du contrat de travail et du droit du bien-être au travail pour construire le régime juridique du télétravail obligatoire, et chercher ainsi à pallier les lacunes du législateur.

* * *

8. — Comme l'a souligné opportunément l'économiste Philippe Defeyt dans une brève de l'Institut pour un développement durable, les crises graves peuvent favoriser l'innovation sociale. Et de rappeler que c'est dans le contexte de l'immédiat après-guerre, et en réalité avant même la Libération, que notre sécurité sociale a été refondée (19). On peut ajouter que c'est à ce même moment qu'ont été aussi mis en place les mécanismes de concertation sociale qui encadrent les relations de travail, de l'entreprise à l'échelon interprofessionnel national. Puisse le Covid-19 au moins avoir, aujourd'hui, cet « intérêt »-là pour nous et notre modèle social : *never let a good crisis go to waste*.

S'agissant d'innover, et nous en terminerons ici par une considération finale à caractère personnel, à distance du registre plus austère et technique qui marque les contributions, il semble aux contributeurs et aux contributrices rassemblés dans le numéro spécial que l'on tient entre les mains que la crise révèle pour l'instant, s'agissant à tout le moins des différents « objets » que nous avons examinés, bien plutôt la capacité d'adaptation, au moins potentielle, de nos outils juridiques que leur obsolescence intrinsèque. De même, les circonstances ont mis en lumière, sur le plan administratif, la force de frappe des institutions publiques de sécurité sociale, des organismes assureurs, des organismes de paiement et des caisses d'assurances sociales, bien davantage que l'inertie de bureaucraties qui seraient en bout de course – même s'il faut malheureusement réserver le cas de l'administration en charge des maladies professionnelles, ainsi qu'on le lira dans la contribution de Sophie Remouchamps et Laurent Vogel. Il n'empêche que les difficultés et donc les chantiers ne manquent pas, ainsi que chaque contribution le souligne abondamment à propos de la problématique qui est la sienne. Mais ce que cela veut dire, si l'on partage ces prémisses, c'est que l'enjeu prioritaire pour l'« après » se situe du côté de la reconfiguration, de l'ajustement, du redéploiement des mécanismes en place, et non vers l'horizon vaporeux et un peu hors sol de la table rase : nous tenons entre nos mains des outils perfectibles mais précieux (20).

Peut-être les études ici rassemblées contribueront-elles à le mettre en lumière, en dépit de leurs analyses critiques dénuées de complaisance, tout en pouvant inspirer des « reparamétrages », plus ou moins significatifs selon les cas, des dispositifs en place. Parce qu'après avoir pansé le présent, il faudra bien, une fois sortis des tourments que nous connaissons pour l'instant, penser l'après.

Daniel DUMONT

Professeur de droit de la sécurité sociale

Elise DERMINE

Professeure de droit du travail

Centre de droit public de l'ULB

(19) P. Defeyt, « Coronavirus et (re)distribution des revenus », Limelette, Institut pour un développement durable, mars 2020, 4 p., www.iddweb.eu/docs/coronavirus.pdf.

(20) Un peu dans le même sens, F. Louckx, « De virusbestendigheid van het sociaaleconomisch bestel : sociaal recht in coronatijden », *op. cit.* Pour une discussion de la voie alternative du revenu de base universel — soit l'octroi à toute la population d'un socle de ressources identique et totalement inconditionnel — inscrite dans le contexte du système belge de sécurité sociale, D. Dumont, *Le revenu de base universel, avenir de la sécurité sociale ? Une introduction critique au débat*, préface de O. De Schutter et postface de P. Defeyt et D. Zamora, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. « Droit et criminologie », 2020, à paraître.

Un renforcement du chômage temporaire pour tous les travailleurs ?

Certains travailleurs atypiques privés à la fois de travail et du chômage temporaire

1. — La crise sanitaire provoquée par le Covid-19 porte un coup très dur à l'activité économique en Belgique. Le 8 avril 2020, la Banque nationale et le Bureau fédéral du Plan estimaient que, suite à la crise, « le PIB réel de l'économie belge pourrait se contracter de 8 % en 2020 » dans un scénario où le confinement actuel serait maintenu pour une durée totale de 7 semaines (1) — et l'on sait entretemps que sa durée va être bien plus longue, et donc le choc économique encore plus marqué. Lorsqu'on fera le bilan de la crise, on retiendra certainement que dans la gestion des conséquences économiques et sociales du Covid-19, le chômage temporaire a été un dispositif essentiel. Celui-ci constitue l'objet des lignes qui suivent.

Le chômage temporaire est, nous le verrons, un outil de choix pour permettre aux travailleurs et — plus largement — à l'économie de faire face aux situations de crise. Logiquement, face à l'ampleur de la crise sanitaire actuelle, le chômage temporaire a été renforcé pour jouer son rôle de stabilisateur dans des circonstances inédites. Néanmoins, l'amélioration de la protection du « gros de la troupe » en cette période de crise fait apparaître, par contraste, la faiblesse de la protection sociale dont bénéficient les franges les plus précaires de la population. Ce contraste est particulièrement saisissant lorsqu'il concerne des travailleurs dits « atypiques » qui — comme les travailleurs « ordinaires » — sont privés de travail à cause de la crise sanitaire mais qui — contrairement à ces mêmes travailleurs « ordinaires » — ne bénéficient pas, eux, du chômage temporaire en raison de leur statut dérogatoire. Dans cette étude, nous analyserons précisément « ce qui coince » lorsqu'il s'agit d'appliquer le chômage temporaire à des travailleurs atypiques et la manière dont les autorités ont tenté de remédier à certaines de ces situations dans le contexte de la crise actuelle. Nous verrons ainsi que la crise révèle les écueils qui empêchent les travailleurs atypiques de bénéficier d'une protection essentielle.

La première partie de notre article rappelle le cadre réglementaire régissant le chômage temporaire et décrit les adaptations mises en place, dans l'urgence, de manière à faire face aux centaines de milliers de demandes d'allocations qui ont été introduites dès la fin du mois de mars 2020 (I). La seconde partie s'intéresse plus particulièrement au sort qui, dans ce contexte, a été réservé à différentes catégories de travailleurs atypiques pour qui l'exigence, pour bénéficier du chômage temporaire, d'être encore lié par un contrat de travail a été la source de difficultés diverses. Force sera de constater que toutes ces difficultés n'avaient pas été anticipées et n'ont pas été résolues (II). En conclusion, nous en appellerons, pour panser le présent pour

tous et penser l'après, à des améliorations durables et structurelles de la protection sociale des travailleurs atypiques.

I. — Le chômage temporaire et ses adaptations pour cause de Covid-19

2. — Le chômeur temporaire est le chômeur lié par un contrat de travail dont l'exécution est temporairement, soit totalement, soit partiellement, suspendue (2). À la différence du chômeur ordinaire (ou « chômeur complet » selon la terminologie moins éclairante utilisée dans la réglementation), le chômeur temporaire n'est donc pas sans emploi.

Différentes causes de suspension du contrat de travail peuvent justifier l'octroi d'allocations de chômage temporaire. Elles sont définies et réglées selon des modalités distinctes (A). Sur le plan de l'indemnisation, le chômeur temporaire bénéficie de larges dérogations aux conditions de base de la réglementation du chômage involontaire (B). Dans le contexte actuel, ces dérogations sont toutefois apparues insuffisantes. La radicalité de la crise du Covid-19 — c'est en effet la première fois dans l'histoire de la réglementation du chômage qu'il a fallu, pendant plusieurs semaines, faire face à une paralysie quasiment complète de l'économie et de l'emploi — a justifié d'assouplir encore l'accessibilité du régime, faisant du chômage temporaire quasiment une forme de revenu de base accessible à la plupart des travailleurs salariés (C).

A. — Les différentes hypothèses de chômage temporaire : des encadrements normatifs très contrastés

3. — Les hypothèses de chômage temporaire sont multiples (3). Dans le contexte de la crise Covid-19, deux hypothèses retiennent l'attention : le chômage temporaire pour manque de travail résultant de causes économiques (appelé par facilité le « chômage économique ») et le chômage temporaire pour cause de force majeure. Leurs encadrements juridiques sont sensiblement différents : alors qu'en matière de chômage économique, les textes (dispositions législatives, arrêtés royaux sectoriels, conventions collectives, plans d'entreprises) foisonnent presque *ad nauseam*, la base légale du chômage pour force majeure est pour le moins ténue et les contours du dispositif sont tracés par des instructions administratives édictées, largement au gré des circonstances, par l'Office national de l'emploi (ONEm).

(1) Banque nationale de Belgique et Bureau fédéral du Plan, « Impact économique de la crise sanitaire "Covid-19" : un scénario », 2020, www.nbb.be/fr/articles/impact-economique-de-la-crise-sanitaire-covid-19-un-scenario.
 (2) Arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, article 27, 2^o, a). Pour un exposé complet, voy. J. van Drooghenbroeck, « Le chômage temporaire : des mesures classiques de suspension aux formules de crises en vue du sauvetage de l'emploi », in J.-F. Neven et S. Gilson (dir.), *La réglementation du chômage : vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991*, coll. « Études pratiques de droit social », Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 391-430.
 (3) Voy. dans la loi du 3 juillet 1978 relatives aux contrats de travail, l'article 26, alinéa 1 (suspension pour cause de force majeure temporaire), l'article 28, 1^o (fermeture de l'entreprise pour cause de vacances annuelles), l'article 49 (accident technique survenu dans l'entreprise), l'article 50 (suspension du contrat de travail pour cause d'intempéries), les articles 51 et 77/4 (manque de travail résultant de causes économiques). À ces motifs qui découlent directement de la loi du 3 juillet 1978, on peut ajouter la suspension résultant de l'article 5 de la loi du 19 mars 1991 (travailleur protégé dont le contrat de travail est suspendu pendant la procédure de licenciement pour motif grave), ainsi que la suspension pour cause de grève ou de *lock-out* touchant le travailleur non gréviste.

1. — Le chômage économique : une mosaïque en quête de lisibilité

4. — Le chômage économique est un régime particulièrement complexe dans lequel les interlocuteurs sociaux sont appelés à jouer un rôle significatif. À l'origine, ce régime ne concernait que les ouvriers (4). En 2009, un régime de chômage économique a été mis en place pour les employés (5). Conçu pour répondre temporairement aux conséquences catastrophiques de la crise financière de 2008, il a été prolongé et puis pérennisé à compter du 1^{er} janvier 2012 (6).

5. — Pour les ouvriers, la loi relative aux contrats de travail précise qu'un arrêté royal détermine, sur avis de la commission paritaire ou du Conseil national du travail, les conditions dans lesquelles le manque de travail résultant de causes économiques permet la suspension totale de l'exécution du contrat ou l'instauration d'un régime de travail à temps réduit. Cet arrêté royal doit indiquer les modalités de notification du régime de travail qui est instauré, sa durée et le nombre maximal de journées de chômage autorisé. En pratique, on recense une bonne vingtaine de commissions paritaires dans lesquelles des arrêtés royaux sectoriels sont en vigueur (7). Le champ d'application de ces arrêtés royaux est parfois très circonscrit (8). On ne trouve généralement pas dans ces arrêtés royaux une définition précise des circonstances économiques particulières justifiant le recours au chômage économique. Cette question est largement laissée à l'appréciation de l'employeur. Tout au plus trouve-t-on dans certains arrêtés royaux des considérants expliquant les difficultés conjoncturelles du secteur concerné (9). La loi organise un régime résiduaire applicable en l'absence d'arrêté royal spécifique. Outre les formalités et communications à accomplir à l'intention des travailleurs concernés, de l'ONEm et du conseil d'entreprise ou de la délégation syndicale, la loi fixe la durée maximale au terme de laquelle il faut en revenir à un régime normal de travail (10). Elle précise également le montant minimum du supplément qui doit être versé par l'employeur en plus des allocations de chômage (11).

6. — Pour les employés, la concertation sociale est plus centrale encore puisque l'application du régime est limitée aux entreprises en difficultés (12) qui sont liées par une convention collec-

tive conclue au sein de la commission paritaire, par une convention collective d'entreprise ou, en l'absence de délégation syndicale, par un plan d'entreprise approuvé par une commission tripartite siégeant au sein du SPF Emploi et détaillant les modalités du chômage économique (13). La loi fixe les formalités à accomplir, le montant minimum du supplément qui doit être versé par l'employeur en sus des allocations de chômage ainsi que la durée maximale pendant laquelle une suspension totale de l'exécution du contrat ou un régime de travail à temps réduit peuvent être instaurés (14). Comme dans le régime des ouvriers, les raisons économiques sont largement laissées à l'appréciation de l'employeur même si l'application du régime est ici conditionnée par le fait de répondre aux critères légaux de l'entreprise en difficultés. Au vu de cette condition et du « passage obligé » par la concertation sociale, l'accès au chômage temporaire demeure plus difficile pour les entreprises qui occupent des employés.

2. — Le chômage temporaire pour cause de force majeure : un dispositif essentiellement administratif

7. — Selon l'article 26 de la loi du 3 juillet 1978, « les événements de force majeure n'entraînent pas la rupture du contrat lorsqu'ils ne font que suspendre momentanément l'exécution du contrat ». Prenant appui sur cette seule disposition, l'ONEm alloue des allocations de chômage temporaire aux travailleurs dont le chômage est la conséquence d'une suspension du contrat de travail pour force majeure, sans que ce régime particulier de chômage temporaire donne lieu à d'autres développements dans la loi ou la réglementation du chômage. La pratique administrative envisage différemment la suspension pour force majeure selon qu'elle résulte de l'inaptitude médicale du travailleur (15) ou d'une autre cause (retrait d'agrément de l'employeur, travaux de voirie, mouvements sociaux, attentats terroristes...) (16).

Pour connaître les cas de force majeure reconnus et les procédures à suivre (17), il faut donc se résoudre à consulter les instructions administratives de l'ONEm. Sur le plan de la sécurité juridique et du respect du principe d'égalité, un régime dans lequel l'action administrative se trouve aussi peu encadrée est très

(4) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 51.

(5) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, articles 77/1-77/8.

(6) Pour un exposé complet notamment des difficultés suscitées par ce dispositif, voy. F. Verbrugge, « L'évolution des causes de suspension de l'exécution du contrat. Rétrospective de ces vingt dernières années », in L. Dear et E. Plasschaert (dir.), *Le contrat de travail revisité à la lumière du XXI^e siècle*, Larcier, Bruxelles, 2018, pp. 237-244.

(7) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 51, § 1^{er}. La liste des arrêtés royaux sectoriels est disponible sur le site du SPF Emploi : <https://emploi.belgique.be/fr/themes/contrats-de-travail/suspension-du-contrat-de-travail/causes-de-suspension-propres-3>.

(8) Voy. par exemple l'arrêté royal du 30 juillet 2010 fixant, pour les entreprises situées à Jumet et ressortissant à la Commission paritaire des constructions métallique, mécanique et électrique (CP 111), les conditions dans lesquelles le manque de travail résultant de causes économiques suspend l'exécution du contrat de travail d'ouvrier.

(9) Voy. par exemple l'arrêté royal du 20 janvier 2020 fixant, pour les entreprises ressortissant à la Commission paritaire de l'industrie textile (CP 120), la durée maximum de certains régimes de travail à temps réduit. Dans son préambule, cet arrêté royal précise « que les marges des entreprises textiles sont sous pression en raison de la forte baisse de la livre sterling (...), que le Brexit constitue un défi de premier ordre pour l'industrie textile belge, que la croissance économique de la zone euro est moins dynamique (...) et qu'en raison de ces circonstances exceptionnelles pour les entreprises ressortissant à la Commission paritaire de l'industrie textile, il est indispensable que le régime de travail à temps réduit soit instauré pour une durée supérieure à trois mois ».

(10) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 51, § 2, alinéa 1, § 3.

(11) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 51, § 8.

(12) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 77/1, § 4 : pour avoir le statut d'entreprises en difficultés, il faut que la diminution du chiffre d'affaires, l'importance du chômage économique auquel il est fait appel pour les ouvriers ou la diminution des commandes dépassent un certain pourcentage ou encore que l'entreprise soit reconnue « en difficulté », par le ministre [fédéral] de l'Emploi, sur base de circonstances imprévisibles qui ont entraîné, sur une courte période, une diminution substantielle du chiffre d'affaires, de la production ou du nombre de commandes ».

(13) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 77/1, § 2. La convention collective ou le plan doivent, notamment, contenir des mesures pour le maintien maximal de l'emploi et déterminer la durée de la suspension totale de l'exécution du contrat ou du régime de travail à temps réduit.

(14) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 77/7.

(15) Voy., en ce qui concerne la force majeure médicale, Riodoc n° 170740, Procédure en cas de chômage temporaire pour force majeure médicale - article 27 AR 25.11.1991, mise à jour le 26 novembre 2019. La base de données Riodoc de l'ONEm est accessible à l'adresse www.onem.be/fr/onem-tech-le-portail-technique-de-lonem.

(16) Voy. Riodoc n° 181747/1, Chômage temporaire pour cause de force majeure à la suite de l'action des « gilets jaunes », 27 novembre 2018 ; Riodoc n° 181.235/1, à propos du chômage temporaire pour force majeure ou pour raisons économiques suite au retrait d'agrément pour certaines activités de la société Veviba à Bastogne, 14 mars 2018 ; Riodoc n° 160.279, Chômage temporaire pour cause de force majeure à la suite des attentats terroristes du 22 mars 2016, mise à jour le 27 décembre 2016 ; Riodoc n° 070.747/1, chômage temporaire pour cause de force majeure à la suite de travaux de voirie, 17 avril 1996.

(17) Sur les procédures, la durée maximale, les communications à effectuer et les formulaires à utiliser, voy. F. Verbrugge, « Le chômage temporaire pour force majeure », *Orientations*, 2020, n° 4, pp. 6-7.

curieux. De manière générale, l'ONEm s'en tient à une appréciation assez stricte de la notion de force majeure, subordonnant, par exemple, l'octroi des allocations au fait que la suspension du contrat ne soit pas consécutive à une faute dans le chef de l'employeur (18). À la suite des attentats du 22 mars 2016, une interprétation plus souple a néanmoins été adoptée. Nous verrons qu'il en a été de même dans le cadre de la crise Covid-19.

8. — Certaines spécificités du chômage temporaire pour force majeure méritent d'être soulignées. À la différence de ce qui est prévu pour le chômage économique, les travailleurs mis en chômage pour force majeure ne doivent pas, et c'est logique, avoir préalablement épuisé les jours de repos compensatoires auxquels ils peuvent encore prétendre dans le cadre des mesures d'aménagement du temps de travail, de la législation sur les jours fériés ou encore lorsque leurs prestations ont, au cours de la période précédant la suspension du contrat, dépassé la moyenne hebdomadaire de travail (19). Par ailleurs, pour le calcul des pécules de vacances, les jours de chômage pour force majeure, à la différence des jours de chômage économique, ne sont pas assimilés à des jours de travail, sans que la justification en saute aux yeux (20).

Certaines différences s'expliquent par le fait que le chômage temporaire pour force majeure n'a pas été envisagé comme tel par le législateur mais résulte d'une simple pratique administrative élaborée au départ de l'article 26 de la loi du 3 juillet 1978 dont l'objet est, à l'origine, uniquement de régler le sort de la relation contractuelle entre l'employeur et le travailleur. De même, l'absence de dialogue social explique que la pratique du versement par l'employeur d'un supplément aux allocations ne se soit pas développée comme en matière de chômage économique.

B. — L'indemnisation du chômage temporaire : des conditions plus souples qu'en chômage complet

9. — Qu'il s'explique par des raisons économiques ou par la force majeure temporaire, le maintien d'une relation de travail justifie qu'il soit dérogé, en cas de chômage temporaire, à certains principes de base de l'indemnisation du chômage. Ces dérogations étant assez nombreuses, nous nous limiterons à l'examen des plus significatives d'entre elles (21).

10. — Le chômeur temporaire est en principe dispensé de l'obligation de stage (22). Cela veut dire que son assurabilité ne dépend pas de la preuve d'un certain nombre de journées de tra-

vail. Vu les hypothèses couvertes, le risque qu'il soit devenu travailleur salarié dans le seul but de percevoir des allocations de chômage est ici considéré comme moins prégnant que pour le chômeur ordinaire. On relèvera toutefois qu'en 2016, au nom de la lutte contre certaines pratiques abusives (de la part d'employeurs), la condition de stage a été rétablie en matière de chômage économique (23). Ce rétablissement d'une condition de stage, en particulier pour les jeunes ayant commencé à travailler pendant leur stage d'insertion, a été contesté avec succès (24).

11. — Par ailleurs, le chômeur temporaire est, pendant 3 ou 6 mois, dispensé de l'obligation, à la base de toute la réglementation, d'être disponible pour le marché du travail (25) et n'est pas concerné par l'obligation, devenue cardinale, de rechercher activement un emploi (26).

12. — Enfin, le chômeur temporaire échappe à la dégressivité des allocations de chômage qui pendant toute l'indemnisation restent égales à 65 % de la rémunération de référence (27) (avec application du plafond le plus élevé (28)). On rappellera que la dégressivité est un mécanisme de réduction progressive des allocations en fonction de la durée de l'indemnisation et de la situation familiale. Schématiquement, la réglementation prévoit trois périodes : une première période de 12 mois, une deuxième période dont la durée est fonction du passé professionnel, et une troisième période pendant laquelle les allocations de chômage deviennent forfaitaires et sont proches du montant du revenu d'intégration (29). Pour les travailleurs qui alternent des périodes de chômage complet et d'activités professionnelles (30), le retour au début de la première période suppose, en principe, « une reprise du travail comme travailleur à temps plein pendant une période d'au moins 12 mois pendant une période de référence de 18 mois » (31). Il est donc fréquent qu'après une période de travail, le « compteur ne soit pas remis à zéro » et que la dégressivité reprenne là où elle se trouvait au terme de la précédente période d'indemnisation. Le fait d'échapper à la dégressivité et d'obtenir, en toutes circonstances, une allocation égale à 65 % de la rémunération journalière est donc un avantage particulièrement significatif du chômage temporaire. Il l'est d'autant plus, en cas de chômage économique, qu'à l'allocation s'ajoute, on l'a dit, un complément à charge de l'employeur.

C. — Les adaptations pour cause de Covid-19 : simplification administrative et majoration de l'indemnisation

13. — Avec la montée en puissance des mesures de confinement, l'accès au chômage temporaire, tant au chômage économique

(18) Pour d'autres exemples, *ibidem*, pp. 3-5.

(19) Voy. la loi du 3 juillet 1978 relatives aux contrats de travail, articles 51bis et 77/5. Ces articles ne visent pas la suspension pour force majeure au sens de l'article 26.

(20) Voy. l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, article 16, 14^o, et article 41, 20^obis. Ces dispositions ne visent que le chômage économique.

(21) Sur le maintien de l'obligation d'être privé de travail et de rémunération, voy. J. van Drooghenbroeck, « Le chômage temporaire : des mesures classiques de suspension aux formules de crises en vue du sauvetage de l'emploi », *op. cit.*, pp. 402-403. Sur l'obligation de disposer d'une carte de contrôle, voy. arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, article 71, alinéa 3.

(22) Arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, article 42bis, avant sa modification par l'arrêté royal du 11 septembre 2016 modifiant les articles 36, 37, 38, 42, 42bis, 48, 118, 130, 133 en 153 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage.

(23) Arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, article 42bis tel que modifié par l'arrêté royal du 11 septembre 2016, article 5.

(24) Le rétablissement d'une condition de stage a été jugé anticonstitutionnel par le tribunal du travail de Bruxelles dans un jugement solidement charpenté qui souligne l'incohérence de la mesure : Trib. trav. Bruxelles, 15 mai 2018, RG n^o 17/3.613/A, www.terralaboris.be. Ce jugement a été confirmé par C. trav. Bruxelles, 14 mai 2020, R.G. n^o 2018/AB/554.

(25) Arrêté ministériel du 26 novembre 1991 portant les modalités d'application de la réglementation du chômage, articles 34 et 35.

(26) Voy. l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, article 58, § 1^{er}. Cet article n'impose l'obligation de recherche active d'emploi qu'au chômeur complet.

(27) Arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, article 114, § 6.

(28) Pour les chômeurs complets, le pourcentage de 65 % sur le plafond le plus élevé (soit actuellement un plafond de 2.754,76 EUR par mois) n'est d'application que pendant les 3 premiers mois d'indemnisation.

(29) Arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, article 114.

(30) Ce qui est fréquemment le cas des travailleurs atypiques dont il est question dans la seconde partie.

(31) Arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, article 116, § 1^{er}, alinéa 1.

qu'au chômage pour force majeure, a été largement facilité. La séquence peut être décrite en trois temps.

14. — Dans un premier temps, les partenaires sociaux ont pris la main avec la conclusion, au sein du Conseil national du travail, de la convention collective de travail n° 147 du 18 mars 2020 (32). Cette convention collective, qui est en principe en vigueur jusqu'au 30 juin 2020, doit permettre aux entreprises qui ne sont pas liées par une convention collective ou un plan d'entreprise de mettre en œuvre un régime de chômage économique pour leurs employés. Il a ainsi été pallié temporairement à l'absence de régime résiduaire applicable aux employés en l'absence de convention collective ou de plan d'entreprise spécifiques. Pour les ouvriers, aucune initiative n'a été prise puisque la loi précise le régime résiduaire applicable en l'absence d'arrêté royal spécifique.

15. — Cette initiative a été rapidement complétée par des instructions administratives en matière de chômage pour force majeure. Jusqu'alors réservé sur la possibilité de considérer le Covid-19 comme un cas de force majeure (33), l'ONEm a largement ouvert les portes du chômage pour force majeure dès le premier arrêté du ministre de l'Intérieur organisant le confinement (34). Le 20 mars 2020, il a annoncé que « l'intégralité du chômage temporaire imputable au coronavirus peut être considéré comme du chômage temporaire pour force majeure » et a largement simplifié les procédures (35). Le chômage pour force majeure — en soi, largement plus simple sur le plan administratif — a donc pris le pas sur le chômage économique.

16. — Enfin, un arrêté royal du 30 mars 2020 (36), pour l'instant en vigueur jusqu'au 30 juin 2020 (37) mais qui sera peut-être prolongé, a donné une base réglementaire à différentes mesures dérogatoires, parmi lesquelles les adaptations des procédures et les améliorations de l'indemnisation déjà largement annoncées par l'ONEm depuis le début de la crise sanitaire.

Sur le plan des conditions d'admissibilité, cet arrêté royal prévoit que les exigences de stage qui, comme indiqué ci-dessus, avaient été partiellement rétablies pour l'accès au chômage économique, sont temporairement mises entre parenthèses (38).

En ce qui concerne le montant des allocations, l'arrêté royal prévoit que le montant journalier de l'allocation de chômage du chômeur temporaire est fixé à 70 % de la rémunération journalière

moienne, au lieu de 65 %, et qu'en cas de chômage temporaire pour cause de force majeure, le travailleur a également droit, à charge de l'ONEm, à un complément de 5 EUR par jour (39). Ce complément est comparable à celui qui est à charge de l'employeur en cas de chômage économique (voy. ci-dessus). Enfin, le montant minimum de l'allocation de chômage temporaire a aussi été majoré (40).

Sur le plan administratif, l'arrêté royal confirme que l'employeur est dispensé de délivrer le formulaire de contrôle au chômeur temporaire qui est, quant à lui, dispensé de l'obligation d'être en possession de ce document et d'y mentionner ses éventuelles périodes de travail (41). Il précise que la demande d'allocations peut être introduite au moyen de formulaires simplifiés, que le chômeur temporaire ne doit pas remplir une « déclaration de sa situation personnelle et familiale » — ce qui est logique, puisque les allocations octroyées ne varient pas en fonction de la composition du ménage — et que la demande d'allocations peut être signée au nom du chômeur par un délégué de l'organisme de paiement (42). Enfin, l'arrêté royal autorise le versement, à la demande du travailleur, d'allocations provisoires en cas de dossier incomplet (43).

17. — Comme indiqué précédemment, les jours de chômage pour force majeure ne sont pas assimilés à des jours de travail pour le calcul des pécules de vacances. On annonce toutefois l'adoption d'un arrêté royal prévoyant l'assimilation des jours de chômage pour force majeure survenus entre le 1^{er} février et le 30 juin 2020 (44). Ils seront donc pris en compte pour le calcul des pécules de vacances de 2021.

18. — L'arrêté royal du 30 mars 2020 ne dérogeait pas à l'interdiction de principe d'exercer une activité pour son propre compte ou pour compte d'un tiers pendant la période de chômage temporaire. Fin avril, une mesure a toutefois été prise pour faciliter l'embauche des chômeurs temporaires dans les secteurs agricole et horticole. Il s'agit de répondre à la pénurie de main-d'œuvre résultant de l'impossibilité, pour cause de fermeture des frontières, de faire appel aux travailleurs saisonniers d'Europe de l'Est pour les activités de cueillette (notamment des fraises et des asperges). Jusqu'au 31 mai 2020, les chômeurs temporaires recrutés, soit directement par un employeur du secteur, soit *via* une agence d'interim, pour exercer ces activités saisonnières peuvent cumuler, dans une large mesure, leurs allocations de chômage avec les revenus tirés de ces activités (45), soit

(32) Convention collective de travail n° 147 du 18 mars 2020 « établissant un régime de suspension totale de l'exécution du contrat de travail et/ou un régime de travail à temps réduit en cas de manque de travail résultant de causes économiques pour les employés en raison de la crise du coronavirus », rendue obligatoire par l'arrêté royal du 25 mars 2020, *M.B.*, 10 avril 2020. Voy. S. Gilson, « Coronavirus et chômage économique pour les employés : la nouvelle CCT n° 147 », *Bulletin juridique & social*, n° 647, 2020, p. 1.

(33) Riodoc n° 202.432/3, Chômage temporaire pour cause de force majeure à la suite de l'épidémie de coronavirus en Chine et dans d'autres pays où la maladie s'est propagée, instructions mises à jour pour la dernière fois le 10 mars 2020. À propos des travailleurs revenant de l'étranger, l'ONEm considérait que « les entreprises qui prennent des mesures "préventives" afin d'éviter que leurs travailleurs soient contaminés par le coronavirus ne peuvent pas demander de chômage temporaire pour force majeure. En l'occurrence, il ne s'agit pas d'une interdiction de travailler ou de se déplacer imposée par une instance ou une autorité compétente ».

(34) Arrêté ministériel du 18 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19, *M.B.*, 18 mars 2020, éd. 3.

(35) Riodoc n° 202577/1, Chômage temporaire consécutif à l'épidémie du coronavirus Covid-19 — simplification de la procédure, 20 mars 2020.

(36) Arrêté royal du 30 mars 2020 visant à adapter les procédures dans le cadre du chômage temporaire dû au virus Covid-19 et à modifier l'article 10 de l'arrêté royal du 6 mai 2019 modifiant les articles 27, 51, 52bis, 58, 58/3 et 63 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage et insérant les articles 36sexies, 63bis et 124bis dans le même arrêté, *M.B.*, 2 avril 2020.

(37) Pour plus de précision, voy. arrêté royal du 30 mars 2020, article 16.

(38) Arrêté royal du 30 mars 2020, article 1.

(39) Arrêté royal du 30 mars 2020, article 5. Après indexation, le montant est de 5,63 EUR par jour de chômage temporaire. L'allocation de chômage maximale est donc égale à un montant journalier de 74,17 + 5,63 EUR. Les allocations sont dues pour tous les jours de la semaine sauf le dimanche ; ainsi un mois complet donne ainsi généralement lieu au paiement de 26 ou 27 allocations.

(40) Arrêté royal du 30 mars 2020, article 6. Il s'agit d'une majoration de 5/65^{es}, qui reflète donc la majoration temporaire de 65 à 70 %. L'allocation journalière minimale est donc égale à 55,59 + 5,63 EUR.

(41) Arrêté royal du 30 mars 2020, article 4. On relèvera que formellement, l'exercice d'une activité professionnelle reste incompatible avec l'octroi des allocations de chômage temporaire (sous réserve de ce qui sera dit du travail dans certains secteurs vitaux).

(42) Arrêté royal du 30 mars 2020, articles 12, 9 et 10.

(43) Arrêté royal du 30 mars 2020, article 14.

(44) <https://www.rjv.fgov.be/fr/faq-coronavirus-covid-19>.

(45) Le recrutement des personnes qui étaient occupées dans des relations de travail atypiques avant la crise ne pourra toutefois se faire dans les conditions de cumul prévues par l'arrêté royal lorsqu'elles ne peuvent accéder au chômage temporaire (voy. *infra*).

un procédé à notre connaissance tout à fait inédit. L'arrêté royal pris à cet effet précise, en substance, que les chômeurs temporaires ne perdront qu'une seule allocation de chômage par période de quatre jours de travail (46). Pour partie rétroactif — il entre, en effet, en vigueur le 1^{er} avril 2020 —, l'arrêté royal du 23 avril 2020 prévoit la possibilité d'étendre cette mesure à d'autres secteurs vitaux (47).

* * *

19. — La reconnaissance automatique de la force majeure est, à la date de clôture du présent article, prévue jusqu'au 30 juin 2020. Sous réserve d'une éventuelle prolongation, il faut s'attendre à ce que compte tenu de la reprise progressive des activités économiques, les cas de force majeure soient de moins en moins fréquents et envisagés par l'ONEm de manière plus restrictive. Certains employeurs devraient alors se rabattre sur le régime plus encadré du chômage économique.

Le recours massif au chômage temporaire est une solution d'urgence, considérée comme le moyen le plus efficace pour atténuer les conséquences économiques d'une crise majeure comme celle du Covid-19 (48). D'un côté, il permet à l'entreprise de suspendre le contrat de travail de ses travailleurs, ce qui lui évite de devoir choisir entre les payer à ne rien faire ou bien les licencier. De l'autre, il permet aux travailleurs de conserver leur emploi, tout en percevant un revenu de remplacement. Plus généralement, le chômage temporaire permet de soutenir l'économie en maintenant (partiellement) le revenu des travailleurs et donc, leur capacité à consommer, tout en permettant aux entreprises de reprendre plus facilement leurs activités une fois la crise passée, puisque les contrats de travail qui les liaient aux travailleurs ont « survécu » à la crise (49).

20. — Le régime que nous avons décrit ci-dessus ne fait pas de la Belgique un cas isolé. En effet, le chômage temporaire figure en bonne place parmi les dispositifs adoptés par de nombreux États pour répondre à la crise sanitaire et économique actuelle (50). En France, un décret du 25 mars 2020 et une ordonnance du 27 mars 2020 ont, entre autre, simplifié la procédure permettant aux entreprises de bénéficier du régime d'activité partielle (l'équivalent de notre chômage temporaire) et prévu une augmentation de l'intervention de l'État dans la rémunération des heures de travail « perdues » (51). De même, en Allemagne, une loi a été adoptée pour faciliter l'accès au système de chômage

temporaire, dénommé *Kurtzarbeit* (52). Le ministre des Finances allemand a présenté le renforcement de ce dispositif comme un des piliers du « bazooka » anti-Covid 19 dont l'Allemagne s'est armée pour faire face à la crise (53). Cette mobilisation du volet « chômage temporaire » (ou partiel) de l'assurance chômage semble ainsi avoir été la réponse instinctive de plusieurs États dont le système de sécurité sociale relève de ce que dans les *Trois mondes de l'État-providence* (54), Esping-Andersen appelle le « corporatisme continental » (55).

II. — L'application du chômage temporaire Covid-19 au travail atypique

21. — Dans cette seconde partie, nous envisageons l'application souvent problématique des mesures de chômage temporaire aux travailleurs occupant un emploi atypique. Ces travailleurs peuvent, en effet, être confrontés à la difficulté d'établir qu'ils sont toujours liés par un contrat de travail. Après avoir défini le travail atypique et évoqué son expansion (A), nous analysons la situation de différentes catégories de travailleurs atypiques (B). Comme on le verra, l'ONEm a tenté de pallier certaines difficultés, par le biais de pratiques administratives assouplies, mais sans parvenir à toutes les résoudre — et pour cause, puisque l'administration seule ne peut tout.

A. — La notion et les formes de travail atypique : la montée en puissance d'un phénomène

22. — Le travail atypique est, le plus souvent, défini de manière négative, par opposition au contrat de travail « typique » ou « standard », à savoir le contrat de travail à temps plein, pour une durée indéterminée, presté sous l'autorité et dans l'entreprise d'un employeur unique. Sont considérées comme des formes de travail atypique, les relations de travail (quasi-)subordonnées qui ne répondent pas à ces caractéristiques (56).

Certaines de ces formes de travail font partie du paysage juridique et socio-économique depuis longtemps, comme les contrats de travail à temps partiel ou à durée déterminée, ou encore le travail intérimaire. D'autres formes de travail atypique sont plus récentes, comme le travail de plateforme.

(46) Arrêté royal du 23 avril 2020 assouplissant temporairement les conditions dans lesquelles les chômeurs, avec ou sans complément d'entreprise, peuvent être occupés dans des secteurs vitaux et gelant temporairement la dégressivité des allocations de chômage complet, *M.B.*, 30 avril 2020.

(47) Pour une description des difficultés propres au secteur agricole et horticole, voy. <https://tchak.be/index.php/2020/04/07/fraises-asperges-agriculture-covid-coronavirus-travailleurs-saisonniers/>.

(48) On rappellera que les indépendants ont, quant à eux, bénéficié d'une aide comparable dans le cadre du droit passerelle. À ce sujet, voy., dans le présent numéro spécial, la contribution de Daniel Dumont.

(49) Voy. V. De Stefano, *Labour and social protection in times of Covid-19*, présentation vidéo mise en ligne le 3 avril 2020, www.youtube.com/watch?v=UQPzbdP0KEY.

(50) Pour une comparaison, voy. ETUC Briefing Note, *Covid-19. Short Term Work*, mise en ligne le 8 mai 2020, <https://www.etuc.org/fr/node/18806>. Dans certains pays (UK, Suède), il est question d'une prise en charge par les pouvoirs publics d'une partie de la rémunération ; dans certains pays d'Europe de l'Est, il est plutôt question d'un mécanisme de garantie de paiement de la rémunération en cas de défaillance de l'employeur.

(51) Décret n° 2020-325 du 25 mars 2020 relatif à l'activité partielle et l'ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière d'activité partielle.

(52) « Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld » du 13 mars 2020. Pour un commentaire, voy. KPMG, *Covid-19: Tax and Social Security Relief Measures and Considerations*, 27 mars 2020, <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/03/flash-alert-2020-125.html>.

(53) Financial Times, *Germany wields « bazooka » in fight against coronavirus*, 13 mars 2020, www.ft.com/content/1b0f0324-6530-11ea-b3f3-fe4680ea68b5.

(54) G. Esping-Andersen, *Les trois mondes de l'État-providence. Essai sur le capitalisme moderne*, 1990, préface et traduction révisée par F.-X. Merrien, Paris, PUF, « Le lien social », 2007.

(55) Dans un pays de type « libéral anglo-saxon » comme les États-Unis, la réponse a été d'une tout autre nature. Dans le cadre d'un plan d'aides (*CARES Act*) de plusieurs trillions (milliards de milliards !) de dollars, l'État fédéral a versé à l'ensemble de la population un « stimulus check » de 1.200 dollars. On relèvera, d'une part, que payée sans discernement, cette aide a également été versée aux travailleurs ayant continué à percevoir leur salaire, mais aussi, d'autre part, que n'étant pas conditionnée par le maintien d'une relation de travail, cette aide n'a pas contribué à la préservation des emplois : 26 millions de travailleurs se sont d'ailleurs retrouvés au chômage quasiment du jour au lendemain (www.theguardian.com/business/2020/apr/23/us-unemployment-claims-benefits-coronavirus). Aux États-Unis, la perte d'un emploi est souvent synonyme de la perte d'une assurance soins de santé. Pour éviter qu'un trop grand nombre de personnes renoncât à se faire soigner et contribuer de la sorte à la propagation du virus, le Président a été contraint d'annoncer que l'État fédéral interviendrait dans les soins liés au coronavirus qui seraient dispensés aux personnes non assurées, en ce compris celles ayant récemment perdu leur emploi, *New York Times*, 3 avril 2020, www.nytimes.com/2020/04/03/upshot/trump-hospitals-coronavirus.htm. La crise a donc très ponctuellement contraint les États-Unis à tester l'allocation universelle et l'universalisation d'une partie des soins de santé !

(56) OIT (Bureau International du Travail), *L'emploi atypique dans le monde : identifier les défis, ouvrir des perspectives. Vue d'ensemble*, Genève, BIT, 2016, p. 1 à 3 ; B. Oversteijns, *Arbeidsrecht en flexibiliteit. Een juridisch onderzoek van atypische arbeidsovereenkomsten*, thèse présentée en vue d'obtenir le grade de docteur en droit, Louvain, KU Leuven, 1993, p. 13.

23. — Le travail atypique constitue, encore aujourd'hui, un régime d'exception voire une anomalie en droit social. En effet, celui-ci s'est construit autour de la figure du travailleur à temps plein engagé dans le cadre d'une relation de travail à durée indéterminée (57). Ce type de relation de travail correspondait, au moment de sa généralisation, aux besoins de stabilité des entreprises fordistes et à une organisation familiale basée sur une stricte séparation des tâches de soins et des activités professionnelles (*male breadwinner model*) (58). Jusqu'à aujourd'hui, le contrat de travail « standard » reste la norme, juridiquement et en pratique. En effet, juridiquement, les formes de travail atypique se présentent pour la plupart comme des régimes d'exception, autorisés dans des situations énumérées de façon limitative. Ainsi, le travail intérimaire ne peut être mobilisé que pour prêter du travail temporaire qui recouvre des opérations limitativement énumérées par (ou en vertu de) la loi ; la conclusion de contrats de travail à durée déterminée successifs est limitée, à moins d'être justifiée par « la nature du travail ou par d'autres raisons légitimes » ; et les flexi-jobs ne sont autorisés que dans un nombre limité de secteurs. Par ailleurs, en pratique, le contrat de travail « standard » représente encore une large majorité, même si elle est déclinante, des emplois (59).

24. — Ceci dit, même si elles ne supplantent pas encore le contrat de travail « standard », les formes de travail atypique ont connu un essor certain au cours de la dernière décennie, tant sur le plan des formules juridiques que dans les faits. Tout d'abord, le législateur a créé pas moins de quatre nouveaux types de travail atypique au cours des seules cinq dernières années. Il s'agit des « flexi-jobs » (introduits en 2015 pour l'horeca et élargi à de nombreux autres secteurs en 2018 (60)), ainsi que du « travail associatif », des « services occasionnels entre citoyens » et du « travail de plateforme » (introduits quant à eux en 2018 par la « loi de relance », annulée en avril 2020 par la Cour constitutionnelle) (61). Par ailleurs, le recours au travail atypique semble avoir fortement augmenté les dernières années, au vu des données chiffrées disponibles (62).

B. — L'application du chômage temporaire Covid-19 aux travailleurs atypiques : faire rentrer des carrés dans des ronds

25. — Appliquées à des formes de travail précaire, comme le travail intérimaire ou les flexi-jobs, les protections issues du droit social se heurtent à une série d'obstacles, juridiques et factuels. Le chômage temporaire, même renforcé pour faire face à la crise sanitaire actuelle, illustre bien cette difficulté. C'est que, fondamentalement, le dispositif du chômage temporaire n'est pas conçu pour s'appliquer à des relations de travail précaires qui n'ont pas

vocation à être suspendues en cas de crise mais bien à prendre fin. Dans les lignes qui suivent, nous l'illustrerons par une série d'exemples. Nous nous pencherons successivement sur le cas des contrats à durée déterminée, des travailleurs intérimaires, des flexi-jobs, des relations de travail visées par la loi de relance (travail associatif, etc.) et des formations individuelles en entreprise.

1. — Les travailleurs en fin de CDD

26. — Les travailleurs sous contrat de travail à durée déterminée ne sont pas exclus du bénéfice du chômage temporaire par la réglementation. Ils peuvent en bénéficier si leur contrat est suspendu, par exemple pendant la crise sanitaire actuelle. Néanmoins, lorsque le contrat de travail prend fin à l'échéance du terme convenu, il n'est plus question de suspension du contrat de travail : celui-ci a alors pris fin. Dès lors, les travailleurs dont le contrat de travail à durée déterminée arrive à échéance durant la crise sanitaire ne pourront plus bénéficier du chômage temporaire renforcé.

27. — Cette situation est particulièrement problématique lorsque le contrat de travail à durée déterminée qui a pris fin pendant la crise constitue une composante d'une relation de travail destinée à être plus longue que la période couverte par le contrat en cours et que cette relation de travail n'a pas pu se poursuivre à cause de la crise sanitaire.

Tel peut être le cas lorsque le contrat de travail en cours s'inscrit dans une succession de contrats de travail à durée déterminée. En principe, lorsque les parties concluent des contrats de travail successifs pour une durée déterminée sans qu'il y ait entre eux une interruption attribuable au travailleur, elles sont censées avoir conclu un contrat pour une durée indéterminée (63). Ce principe connaît néanmoins plusieurs exceptions. Ainsi, les contrats à durée déterminée successifs ne seront pas considérés comme un contrat à durée indéterminée si l'employeur prouve qu'ils « étaient justifiés par la nature du travail ou par d'autres raisons légitimes » (64). Par ailleurs, la loi autorise la succession, sans justification spécifique, de « quatre contrats pour une durée déterminée qui ne peut, chaque fois, être inférieure à trois mois sans que la durée totale de ces contrats successifs dépasse deux ans » (65).

Le contrat de travail à durée déterminée peut également être le prélude à un contrat de travail à durée indéterminée. Ce phénomène semble être de plus en plus fréquent depuis l'abolition de la période d'essai à partir du 1^{er} janvier 2014. Ainsi, dans une enquête conduite par l'UCM en 2015, quatre employeurs sur cinq expliquaient avoir augmenté le recours au travail à durée déterminée suite à la suppression de la possibilité d'assortir les contrats de travail d'une période d'essai (66).

(57) M. Jamouille, *Le contrat de travail*, t. II, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 37.

(58) J. Fudge, « Beyond vulnerable workers : towards a new standard employment relationship », *Canadian Labour and Employment Law Journal*, 2005, n° 12, pp. 151-176 et Id., « The future of the standard employment relationship : labour law, new institutional economics and old power resource theory », *Journal of Industrial Relations*, vol. 59, n° 3, 2017, pp. 374-392 ; A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe* (1999), nouvelle édition, Paris, Flammarion, 2016, p. 45.

(59) M. Nautet et C. Piton, « An analysis of non-standard forms of employment in Belgium », *NBB Economic Review*, juin 2019, p. 6 et les statistiques citées aux pp. 15 et 16.

(60) Loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale, *M.B.*, 26 novembre 2015, articles 2 à 35, étendus par la loi-programme du 25 décembre 2017, *M.B.*, 29 décembre 2017, articles 81 et 82.

(61) Loi du 18 juillet 2018 relative à la relance économique et au renforcement de la cohésion sociale, *M.B.*, 26 juillet 2018.

(62) M. Nautet et C. Piton, « An analysis of non-standard forms of employment in Belgium », *op. cit.*, pp. 1 et 15.

(63) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 10.

(64) À ce sujet, P. Claes et L.-H. Pacot, « La rupture des contrats à durée déterminée successifs : la nature du travail et les raisons légitimes comme exceptions à l'interdiction des contrats à durée déterminée successifs », *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail : hommage à Pierre Blondiau*, S. Gilson (dir.), Limal, Anthemis, 2008, pp. 395-428.

(65) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, article 10bis, § 2. Le § 3 permet une succession de contrats de travail à durée déterminée de minimum 6 mois pour une durée totale de trois ans maximum moyennant autorisation préalable de l'inspection des lois sociales.

(66) Pour un résumé de cette étude et d'une série d'autres qui ont été conduites suite à l'abolition de la clause d'essai voy. le rapport n° 102 du CNT, *Loi du 26 décembre 2013 - Délais de préavis et suppression de la période d'essai*, 27 janvier 2017, pp. 11 et s. L'étude citée ici a été réalisée par l'envoi d'un questionnaire à 3.000 employeurs entre le 4 et le 22 juin 2015. Elle n'indique pas précisément le nombre de répondants. Mais les études basées sur l'analyse de données statistiques non liées à des questionnaires font également le lien entre la suppression de la période d'essai à la hausse de l'emploi à durée déterminée (M. Nautet et C. Piton, « An analysis of non-standard forms of employment in Belgium », *op. cit.*, p. 7.).

28. — Dans les cas où un contrat à durée déterminée prend fin pendant la crise et que le contrat supposé lui succéder ne peut être conclu, le chômage temporaire ne peut être mobilisé. En temps normal, l'ONEm refuse que des contrats soient conclus et immédiatement suspendus pour bénéficier du chômage temporaire pour cause de force majeure (67), considérant que l'existence d'un cas de force majeure ne peut pas être établie. Néanmoins, l'ONEm a assoupli sa position de principe dans le cadre de la crise sanitaire, afin de permettre à un plus grand nombre de travailleurs sous contrat à durée déterminée de bénéficier du chômage temporaire.

Cet assouplissement concerne uniquement les contrats de travail à durée déterminée qui avaient déjà débuté avant le 14 mars 2020 et qui prennent fin après cette date. Dans ce cas, l'ONEm accepte que le travailleur puisse bénéficier du chômage temporaire si son contrat est prolongé, sans interruption, par un nouveau contrat à durée déterminée ou par un contrat à durée indéterminée et qu'il est démontré que « l'intention de le prolonger était déjà présente » (68). En d'autres termes, l'ONEm accepte temporairement que des contrats de travail soient conclus pour être suspendus immédiatement. L'ONEm a toutefois ajouté le 30 avril 2020, une condition à cet assouplissement. L'ONEm ajoute qu'il « ne sera pas accepté que des contrats de travail soient uniquement conclus pour une période entièrement couverte par du chômage temporaire. En d'autres termes, il sera contrôlé si, au terme de la période de chômage temporaire, le travailleur est aussi effectivement occupé dans le cadre de ce contrat de travail ou d'un contrat de travail consécutif. En effet, il ne peut être question de créer au fond une occupation "fictive" dont le seul objectif serait de permettre le paiement d'allocations de chômage temporaire » (69).

29. — Cette position administrative ne repose pas sur un texte spécifique adopté dans le contexte de la crise. Par ailleurs, les critères mobilisés par l'ONEm pour permettre à certains travailleurs dont le contrat à durée déterminée prend fin pendant la crise sanitaire de bénéficier du chômage temporaire nous semblent difficiles à appliquer en pratique. Ainsi, l'intention de poursuivre la relation de travail doit-elle être démontrée dans le chef du travailleur, de l'employeur ou des deux parties ? Doit-elle être présente au plus tard le 14 mars 2020 ou à l'échéance du contrat de travail conclu avant le 14 mars 2020 ? En pratique, il nous semble que l'application de ce critère sera ardue, voire presque impossible.

Par ailleurs, pour que le travailleur dont le contrat à durée déterminée prend fin puisse bénéficier du chômage temporaire, il faut

que l'employeur « joue le jeu » — ce qui suppose qu'il ait besoin des services du travailleur concerné après la crise — et lui propose un nouveau contrat de travail destiné à être suspendu immédiatement.

De plus, à la lecture de la position de l'ONEm, l'on comprend qu'à défaut d'occupation effective après la période de chômage temporaire, l'ONEm pourrait réclamer le remboursement des allocations indues aux intéressés. Dans la position administrative, le bénéfice du chômage temporaire semble en effet être assorti d'une forme de « condition résolutoire ». Une telle situation mènera inévitablement à des litiges relatifs à la récupération de ces allocations (70).

30. — Reste une échappatoire : les travailleurs qui ne rencontrent pas les critères fixés par l'ONEm pour bénéficier du chômage temporaire peuvent se rabattre sur le chômage complet (71). Mais dans ce cas, les intéressés devront répondre à la condition de stage qui conditionne l'admissibilité au chômage complet. Etant donné que les contrats à durée déterminée concernent particulièrement la frange la plus jeune de la population active (72), il est à craindre qu'ils soient nombreux à ne pas être admis au chômage complet, parce que leur passé de travail n'est pas suffisamment important.

Par ailleurs, comme indiqué précédemment, le montant des allocations de chômage ordinaire est inférieur, sans compter que le retour au chômage ordinaire est susceptible de constituer, non pas une nouvelle période de chômage à 65 %, mais la poursuite d'une indemnisation en deuxième période (avec des taux de remplacement ramenés, en fonction de la situation familiale à 60, 55 ou 40 %, et de surcroît appliqués à un plafond salarial plus faible), voire en troisième période (auquel cas le chômeur n'a droit qu'à un forfait proche du montant du revenu d'intégration) (73).

2. — Les travailleurs intérimaires

31. — L'application du chômage temporaire renforcé dans le cadre de la crise sanitaire est également problématique pour les travailleurs engagés dans le cadre d'un contrat de travail intérimaire. Pour rappel, il s'agit d'un contrat par lequel un travailleur intérimaire s'engage vis-à-vis d'une entreprise de travail intérimaire, contre rémunération, à effectuer chez un utilisateur un travail temporaire visé par la loi 24 juillet 1987 (74). Le travail temporaire recouvre notamment le travail ayant pour objet de pourvoir au remplacement d'un travailleur permanent ou de répondre à un surcroît temporaire de travail ou d'assurer l'exécution d'un travail exceptionnel (75). Le dernier rapport annuel de

(67) ONEm, FAQ corona, version du 30 avril 2020, p. 29.

(68) ONEm, FAQ corona, version du 30 avril 2020, p. 27.

(69) *Idem*.

(70) À cette occasion, les débats sur la légalité des dérogations à la Charte de l'assuré social par l'arrêté royal du 25 novembre 1991 risquent de ressurgir. Voy. à ce sujet J.-F. Neven, « Les principes de bonne administration, la Charte de l'assuré social et la réglementation du chômage », in *La réglementation du chômage : vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991*, op. cit. Voy. notamment C.T. Bruxelles, 22 avril 2015, RG n° 2013/AB/853, www.terralaboris.be ; C.T. Bruxelles, 21 juin 2017, RG n° 2016/AB/8, www.terralaboris.be ; T.T. Bruxelles, 4 septembre 2012, RG n° 10/14.558/A, www.terralaboris.be. Certains arguments relatifs à l'inconstitutionnalité en raison d'une méconnaissance du principe d'égalité de ces dérogations n'ont pas été suivis par la Cour de cassation. Voy. Cass., 6 juin 2016, JTT, 2016, p. 331.

(71) À notre estime, il leur sera difficile de réclamer le chômage temporaire au motif que les critères retenus par l'ONEm ne reposent sur aucun texte. En effet, ces critères visent à étendre le bénéfice du chômage temporaire à des chômeurs qui, sur la base des textes existants, n'y auraient pas droit. Dès lors, la matière étant d'ordre public, les chômeurs exclus du bénéfice de cette pratique favorable ne peuvent exiger le bénéfice d'un droit que la réglementation leur reconnaît pas. Voy. pour l'application de ce principe suite à l'abandon de la « règle du cachet », règle purement administrative précédemment utilisée par l'O.N.Em. pour l'admissibilité des artistes : C.T. Bruxelles, 5 octobre 2016, RG n° 2013/AB/867, www.terralaboris.be ; C.T. Bruxelles, 27 juin 2014, Chr. D.S. ; 2015, liv. 10, p. 459.

(72) Conseil supérieur de l'emploi, *État des lieux du marché du travail en Belgique et dans les régions*, 2019, http://cse.belgique.be, p. 35.

(73) Le gel de la dégressivité des allocations de chômage pendant la période allant du 1^{er} avril au 30 juin 2019 ne change rien au fait que les chômeurs dont l'allocation avait été réduite avant la crise en application de la dégressivité continueront à percevoir une allocation réduite. Le gel temporaire de la dégressivité permet uniquement que l'allocation ne diminue pas encore plus pendant la période visée. Il s'agit d'une mesure bienvenue, mais elle ne permet pas aux chômeurs d'échapper à la dégressivité lorsque celle-ci avait déjà été enclenchée avant la crise (arrêté royal du 23 avril 2020 assouplissant temporairement les conditions dans lesquelles les chômeurs, avec ou sans complément d'entreprise, peuvent être occupés dans des secteurs vitaux et gelant temporairement la dégressivité des allocations de chômage complet, M.B., 30 avril 2020, articles 5 et 6.).

(74) Loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, M.B., 20 août 1987, article 7, 1^{er}.

(75) Loi du 24 juillet 1987, art. 1. Cet article ajoute encore d'autres formes de travail temporaire, comme certaines prestations artistiques ou encore le motif d'insertion. La notion de travail temporaire ainsi que les conditions et procédures à respecter pour y avoir recours sont précisées à l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1987 et dans la CCT n° 108.

Federgon, la fédération patronale du secteur de l'intérim, indique qu'en 2018, la Belgique a compté 684.031 travailleurs intérimaires (76).

32. — La possibilité de conclure des contrats de travail intérimaire à durée déterminée successifs est presque illimitée. La loi pose uniquement des conditions pour la conclusion de contrats de travail intérimaire journaliers successifs. Ceux-ci ne sont autorisés que « dans la mesure où le besoin de flexibilité pour le recours à de tels contrats journaliers successifs peut être démontré par l'utilisateur » (77) — mais pareille condition est en pratique difficile à vérifier et très peu contrôlée. La loi du 24 juillet 1987 ne fixe aucune autre limite à l'usage de contrats de travail intérimaires successifs. Elle prévoit même explicitement que les parties qui concluent de tels contrats dans le respect des règles qu'elle fixe ne sont pas censées avoir conclu un contrat pour une durée indéterminée (78).

Vu l'encadrement particulièrement permissif des contrats de travail intérimaire successifs, la succession de contrats de travail de courte durée, le plus souvent hebdomadaire, semble être devenue la règle dans le secteur du travail intérimaire. Ainsi, dans une étude publiée au mois de mars 2020, les chercheurs du Hoger Instituut voor Arbeid en Samenleving (HIVA) de la KU Leuven ont relevé que « malgré le fait qu'environ la moitié (47 %) des travailleurs temporaires travaillent pour le même client depuis six mois ou plus, le recours à des contrats courts, journaliers ou hebdomadaires, est élevé ($\pm 80\%$) » (79). Ces chercheurs relèvent que « même lorsqu'il y a un besoin et une possibilité pour le client d'employer un travailleur temporaire à plus long terme, l'on continue d'opter pour des contrats très courts » (80).

Cette situation pose problème lorsqu'il s'agit de bénéficier du chômage temporaire. En effet, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, le chômage temporaire suppose qu'un contrat de travail soit suspendu. Or, en temps de crise, le contrat de travail journalier ou hebdomadaire d'un intérimaire ne sera tout simplement pas renouvelé après son expiration. Dès lors, en l'absence de contrat de travail qui pourrait être suspendu pendant la crise, le travailleur intérimaire ne pourra pas prétendre au chômage temporaire.

33. — Comme pour le travail à durée déterminée, l'ONEm a tenté de remédier à cette situation dans le contexte de la crise sanitaire actuelle. Pour ce faire l'ONEm fait la différence entre les intérimaires « ordinaires » et ceux qui sont « engagés pour une mission plus longue » (81). Selon l'Office, « on entend par "mission plus longue", qu'à la fin du contrat intérimaire en cours et de la période de chômage temporaire, un nouveau contrat sera normalement conclu ». L'ONEm ajoute qu'il doit donc être « raisonnable de supposer » que l'intérimaire aurait continué à travailler si la crise sanitaire n'était pas survenue. Afin de prouver

cet état de fait, l'ONEm ajoute que l'entreprise de travail intérimaire pourra se baser « sur le contrat conclu avec l'employeur/l'utilisateur ». En pratique, le travailleur dépend donc d'une « entente » entre la société de travail intérimaire et l'utilisateur. Et l'ONEm considère que l'intérimaire qui est occupé dans le cadre de contrats journaliers successifs ne répond pas à cette définition.

L'ONEm ajoute deux exemples de situations qui, à son estime, répondent à la définition de la « mission plus longue » :

- un intérimaire travaille déjà depuis 3 mois chez le même utilisateur dans le cadre du motif "insertion" ou en remplacement d'un travailleur permanent ;
- des contrats hebdomadaires consécutifs sont conclus.

Pour les travailleurs qui répondent à ces conditions, l'ONEm admet que de nouveaux contrats de travail soient conclus et suspendus immédiatement (82). Néanmoins, comme pour le travail à durée déterminée, l'ONEm exige que le travailleur intérimaire soit à nouveau occupé effectivement au terme de la période de chômage temporaire.

34. — Cette intervention de l'ONEm vise à corriger une situation manifestement inique. Néanmoins, comme pour les contrats de travail à durée déterminée, seuls les travailleurs dont l'employeur « joue le jeu » et accepte de conclure des contrats destinés à être immédiatement suspendus bénéficieront de cette mesure d'exception. Or, c'est un phénomène déjà bien documenté, l'emploi intérimaire joue un rôle d'« amortisseur » en cas de crise et est donc fortement impacté en cas de crise économique (83). La prolongation des contrats de travail intérimaire existants pendant et après la période de chômage temporaire risque donc d'être assez rare.

Par ailleurs, cette exigence pose question lorsqu'on sait que des contrats de travail intérimaire ne peuvent être conclus que pour des motifs énumérés par la loi du 24 juillet 1987 et par la CCT n° 108. Ainsi, comment renouveler les contrats de travail intérimaires conclus pour faire face à un « surcroît temporaire de travail » ou en vue « d'assurer l'exécution d'un travail exceptionnel » alors même que l'entreprise utilisatrice est à l'arrêt ? Une interprétation administrative de l'ONEm, aussi bienvenue soit-elle, ne permet pas aux entreprises de travail intérimaires et aux utilisateurs de méconnaître les règles d'ordre public qui limitent le recours au travail intérimaire (84). La méconnaissance de ces règles est assortie de sanctions pénales mais, surtout, en cas de mise à disposition illégale, un utilisateur et ces travailleurs sont considérés comme engagés dans les liens d'un contrat de travail à durée indéterminée (85).

Bref, s'agissant des travailleurs intérimaires, l'on semble bien dans l'impasse pour ce qui est d'assurer leur couverture contre le chômage actuel.

(76) FEDERAGON, *Rapport annuel 2018*, https://federgon.be/fileadmin/media/pdf/fr/Federgon_-_Rapport_annuel_2018.pdf.

(77) Loi du 24 juillet 1987, article 8bis. Le Chapitre VI de la CCT n° 108 précise les conditions de fond ainsi que les procédures à respecter par l'utilisateur pour avoir recours à des intérimaires engagés dans le cadre de contrats de travail journaliers successifs.

(78) Loi du 24 juillet 1987, article 3. Selon les travaux préparatoires de la loi, la licéité de la succession de contrats de travail devait être reconnue en raison de « la nature spécifique du travail temporaire » (*Doc. parl.*, Chambre, 1986-1987, n° 762/1, p. 4).

(79) M. Hemans en K. Lenaerts, *De arbeidskwaliteit van uitzendwerk: knelpunten en ongelijkheden*, Louvain, HIVA KU Leuven, 2020, p. 33 (traduction libre).

(80) *Idem*, p. 27 (traduction libre).

(81) Voy. ONEm, *FAQ Corona*, version du 30 avril 2020, pp. 28-30.

(82) Par ailleurs, pour l'intérimaire qui se trouvait, dans la semaine du 9 au 13 mars 2020, dans une situation de « mission plus longue » chez un utilisateur mais dont le contrat d'intérim n'a pas été prolongé à partir du 16 mars 2020, de nouveaux contrats peuvent être conclus du 16 mars au 10 avril 2020, alors même que ces contrats ne suivent pas directement le dernier contrat de travail de l'intérimaire.

(83) C. Perez e.a., « Modes d'ajustement par le travail en temps de crise : des relations professionnelles sous tension », *Revue de l'IREs*, 2015, n° 84, pp. 61-62. Cette tendance semble se confirmer dans le cadre de la crise sanitaire liée au Covid-19 : Ph. Defeyt, « Le nombre de demandeurs d'emploi inoccupés en Wallonie — avril 2020 », *Brève de l'IDD*, n° 38, 2020, p. 1.

(84) Sur le caractère d'ordre public de loi du 24 juillet 1987, voy. Cass., 3^e ch., 15 février 2016, *JTT*, 2016, pp. 158-160.

(85) Article 31, § 3, de loi du 24 juillet 1987.

3. — Les travailleurs occupés en flexi-jobs

35. — Les travailleurs qui sont occupés dans le cadre des flexi-jobs se heurtent aux mêmes écueils.

Les flexi-jobs sont une forme de relation de travail atypique introduite en 2015 spécialement pour le secteur de l'horeca et qui a été étendue en 2018 à une série d'autres secteurs comme le commerce alimentaire ou les grands magasins (86). Dans les secteurs où ils sont autorisés, les flexi-jobs constituent, en principe, des emplois d'appoint. Ainsi, un travailleur ne peut être engagé dans le cadre d'un flexi-job que s'il était occupé à 4/5^e temps au cours du troisième trimestre précédant. Le respect de cette condition doit être vérifié tous les trimestres. Par ailleurs, cette exigence ne vaut pas pour les personnes qui étaient pensionnées au cours du deuxième trimestre précédant leur occupation dans le cadre d'un flexi-job (87).

Dans le cadre d'un flexi-job, le travailleur et l'employeur signent un « contrat-cadre », qui fixe les éléments de base de la relation de travail comme la fonction et le salaire de base (88). Néanmoins, ce contrat n'oblige pas l'employeur à faire appel au travailleur, ni le travailleur à accepter du travail. Il s'agit d'un contrat dit « à l'appel » : le travailleur ne prestera que s'il accepte de venir travailler quand l'employeur l'appelle (89). Ce n'est que si les parties conviennent de travailler qu'un contrat de travail naît entre elles. La loi précise que ce contrat est conclu pour une durée déterminée ou pour un travail nettement défini et qu'il ne doit pas nécessairement être écrit (90). Lorsque le contrat de travail n'est pas écrit, l'employeur est uniquement tenu d'établir une déclaration Dimona journalière pour chaque jour de travail (91).

En 2019, 69.301 travailleurs ont fourni des prestations dans le cadre de ce statut (92).

36. — À nouveau, le cadre légal permet l'enchaînement de nombreux « mini-contrats de travail » à durée déterminée, sans aucune limitation. L'application du chômage temporaire renforcé dans le cadre de la crise sanitaire se heurte donc aux mêmes difficultés que celles que nous avons relevées ci-dessus. Suite à la crise, l'employeur cesse simplement de faire appel aux travailleurs flexi-jobs. Dans ce cas, il n'existe aucun contrat de travail qui pourrait être suspendu de façon à ce que le travailleur puisse bénéficier du chômage temporaire.

Pour avoir droit au chômage temporaire, le travailleur devrait démontrer que sans la crise, la relation de travail se serait poursuivie dans le cadre des flexi-jobs. Mais en pratique, l'ONEm a verrouillé cette possibilité en considérant que le chômage temporaire n'est pas « d'application pour l'ensemble des travailleurs flexi-job qui ont uniquement un contrat-cadre et une déclaration Dimona journalière mais qui n'ont pas de contrat de travail

écrit » (93). Sans base légale, l'ONEm semble ainsi exclure que les parties puissent apporter la preuve, autrement que par un contrat écrit, du fait que la relation de travail se serait poursuivie.

4. — Les activités d'appoint et le travail de plateforme

37. — Certaines catégories d'actifs ne peuvent pas bénéficier du chômage temporaire, non pas parce qu'ils ne répondent pas à ses conditions propres, mais parce que, plus en amont, ils n'entrent pas dans le champ d'application personnel du régime de sécurité sociale des travailleurs salariés, et ne bénéficient donc pas de l'assurance chômage.

Il s'agit par exemple, plus exactement il s'agissait, pour la raison que l'on indiquera dans un instant, des prestataires qui fournissent du « travail associatif », des « services occasionnels entre citoyens » et du travail pour une « plateforme électronique agréée » au sens de la loi du 18 juillet 2018 relative à la relance économique et au renforcement de la cohésion sociale. Nous ne reviendrons pas sur les règles prévues par ladite loi pour encadrer chacune de ces activités (94). Notons uniquement que cette loi exclut totalement les prestataires de ces activités de la sécurité sociale des travailleurs salariés, ainsi que du régime de sécurité sociale des travailleurs indépendants. Un des motifs invoqués par le législateur pour justifier cette exclusion est que les travaux concernés sont des activités d'appoint dont les revenus seraient accessoires pour les intéressés (95).

38. — Le 23 avril 2020, la Cour constitutionnelle a entièrement annulé la loi du 18 juillet 2018. La Cour a considéré notamment que le législateur ne peut se baser sur le caractère prétendument accessoire des revenus générés par les activités visées par cette loi pour priver les prestataires de la protection de la quasi-totalité du droit social. La Cour a infirmé l'idée selon laquelle les revenus concernés sont nécessairement sans importance. Au vu du cadre légal, elle suggère au contraire qu'il « est possible que les revenus perçus pour des activités exercées sur la base de la loi attaquée ne présentent pas du tout un caractère accessoire pour leurs bénéficiaires » (96).

Néanmoins, afin d'éviter les « conséquences défavorables » qu'une annulation immédiate pourrait entraîner pour les prestataires concernés, la Cour a maintenu les effets de la loi attaquée jusqu'au 31 décembre 2020. Ces prestataires ne pourront donc pas bénéficier du chômage temporaire, ni d'aucune autre forme de revenu de remplacement s'ils ont dû cesser leurs activités dans le cadre de la crise sanitaire. Cette situation est problématique dans la mesure où, comme la Cour constitutionnelle l'a justement rappelé, il est possible que les activités prestées dans le cadre de la loi du 18 juillet 2018 constituent une (ou la seule)

(86) Loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale, *M.B.*, 26 novembre 2015, article 2, étendu à d'autres secteurs par la loi-programme du 25 décembre 2017, *M.B.*, 29 décembre 2017, articles 81-82.

(87) Loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale, *M.B.*, 26 novembre 2015, article 4, § 1^{er}. Cette disposition prévoit que le recours au flexi-job n'est pas autorisé lorsque le travailleur a) est occupé au même moment sous un autre contrat de travail pour une occupation d'au minimum 4/5^e d'un emploi à temps plein d'une personne de référence du secteur chez l'employeur où il exerce le flexi-job ; b) se trouve dans une période couverte par une indemnité de rupture ou une indemnité en compensation du licenciement à charge de l'employeur auprès duquel il exerce le flexi-job ; c) se trouve dans un délai de préavis.

(88) Loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale, *M.B.*, 26 novembre 2015, article 6.

(89) C. const., 28 septembre 2017, arrêt n° 107/2017, point. B.8.2.

(90) Loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale, *M.B.*, 26 novembre 2015, articles 8 et 10.

(91) Arrêté royal du 5 novembre 2002 instaurant une déclaration immédiate de l'emploi, en application de l'article 38 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions, article 7/1.

(92) <https://myflexijob.be/ruim-een-derde-meer-flexi-jobbers-in-2019/>.

(93) ONEm, *FAQ corona*, version du 30 avril 2020, p. 31.

(94) D'autres l'ont déjà fait de façon détaillée : T. Douillet, S. Gilson, F. Lambinet et M. Verwilghen, « Le statut social des travailleurs de l'économie collaborative », A. Lamine et C. Watecamp (dir.), *Quel droit social pour les travailleurs de plateformes ?*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 195 et s.

(95) *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54 2839/001, pp. 152 et 159.

(96) C. const., n° 53/2020, 23 avril 2020, B.6.9, B.7.5, B.9.

source de revenus essentielle pour les prestataires et leur ménage.

39. — Tout aussi problématique est la situation des travailleurs qui en vertu de la loi-programme du 1^{er} juillet 2016 (dite « loi De Croo ») se prévalent de l'exonération sociale et fiscale prévue pour les services prestés, en dehors de leurs activités professionnelles, par l'intermédiaire d'une plateforme agréée. Ils ne sont pas non plus susceptibles de bénéficier du chômage temporaire dès lors qu'ils ne sont pas assujettis à la sécurité sociale des travailleurs salariés (97) et sont dispensés de s'affilier au régime de sécurité sociale des travailleurs indépendants (98).

La crise sanitaire met en lumière les conséquences de l'exclusion pure et simple d'activités telles que le travail de plateforme du champ d'application de la sécurité sociale. En cas de crise, les personnes concernées sont totalement privées d'un revenu de remplacement pour la perte des rentrées financières liées à ces activités.

5. — Les formations professionnelles individuelles en entreprise

40. — D'autres catégories professionnelles encore ne peuvent bénéficier du chômage temporaire dans le cadre de la crise actuelle. Tel est notamment le cas des stagiaires qui suivent des formations professionnelles individuelles en entreprise, c'est-à-dire, des formations en entreprise qui visent à former un stagiaire pour occuper un poste vacant dans cette entreprise. En 2018, 1.713 stagiaires ont travaillé sous ce statut à Bruxelles (99), 14.575 en Flandre (100) et 136 en Communauté Germanophone (101) (102).

L'encadrement de ces relations de travail relève des compétences communautaires mais, du côté francophone, cette matière a fait l'objet d'un transfert de compétences à la Région wallonne, d'une part, et à la COCOF, de l'autre (103). Les dispositifs adoptés par les quatre entités politiques fédérées compétentes s'articulent sur un certain nombre de principes comparables (104). Les formations individuelles durent entre quatre semaines au minimum et six mois au maximum. Le dispositif offre la particularité que l'entreprise doit s'engager à occuper le stagiaire, après la formation, dans les liens d'un contrat de travail, pour une durée au moins égale à celle de la formation.

Pendant sa formation, le stagiaire perçoit un défraiement, dont le montant et les modalités de paiement varient selon la régle-

mentation applicable. Lorsque la formation relève des compétences de la COCOF ou de la Communauté germanophone, le stagiaire perçoit directement son indemnité de la part de l'entreprise. Celle-ci est calculée sur la base de la rémunération imposable afférente à la profession à apprendre et est diminuée des revenus éventuels du stagiaire (105) — lequel perçoit généralement les indemnités de chômage. En Région wallonne et en Communauté flamande, le stagiaire perçoit l'indemnité directement du Forem ou du VDAB et celle-ci correspond à un pourcentage du RMMMG et est également diminuée des revenus éventuels du stagiaire. L'entreprise verse une prime forfaitaire au Forem ou au VDAB.

41. — Jusqu'à ce qu'ils soient engagés dans le cadre d'un contrat de travail à l'issue de leur formation, les stagiaires ne sont pas assujettis au régime de sécurité sociale des travailleurs salariés (106). Ils ne peuvent donc bénéficier du chômage temporaire pour couvrir la perte des revenus obtenus dans le cadre de leur formation. Les stagiaires qui bénéficient d'un revenu de remplacement (le plus souvent des allocations d'insertion ou le revenu d'intégration) pourront certes continuer à le percevoir, mais leur revenu total sera raboté des défraiements relatifs à la formation, sans compensation.

42. — Pour combler cette lacune, le gouvernement flamand a adopté un arrêté pour garantir aux stagiaires dont la formation était en cours le 12 mars 2020 le maintien d'une indemnité égale à 70 % de l'indemnité normalement due, et ce pour la durée initialement prévue pour leur formation (107).

Le gouvernement wallon a, quant à lui, prévu que la suspension de la formation entre le 1^{er} mars et le 31 mai 2020 entraîne une prolongation automatique de la durée initiale de la formation. Par ailleurs, pour les formations qui arrivent à leur terme pendant cette période, les employeurs peuvent retarder l'engagement du stagiaire sous contrat de travail au 1^{er} juin 2020. Parallèlement, pendant la suspension de sa formation ou le report de son engagement sous contrat de travail pendant la période précitée, le stagiaire conserve une indemnité égale à 70 % de l'indemnité normalement due. Les stagiaires dont la formation a été arrêtée pendant cette période en raison du Covid 19 bénéficient de cet avantage pendant le solde de la durée de la formation (108).

À notre connaissance, aucune mesure de ce type n'a été adoptée par la COCOF et par la communauté germanophone.

(97) Cette exclusion est contestée. Elle est l'objet d'une action civile de l'auditorat du travail de Bruxelles pendante devant le tribunal du travail de Bruxelles. Voy. www.unitedfreelancers.be/actualites/2020/2/25/deliveroo-les-coursiers-devraient-tre-des-travailleurs-salari.

(98) Arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, article 5ter.

(99) Bruxelles Formation, *Rapport annuel 2018*, https://www.bruxellesformation.brussels/wp-content/uploads/2019/07/RA2018_9-7-.pdf, p. 74.

(100) VDAB, *Jaarverslag 2018*, <https://www.vdab.be/sites/web/files/in-de-kijker/VDAB-Jaarverslag-2018.pdf>, p. 44.

(101) Arbeitsamt, *Tätigkeitsberichte 2018*, <http://www.adg.be/fr/desktopdefault.aspx/tabid-5511>, p. 31.

(102) Cette statistique n'était pas reprise dans le dernier rapport annuel du Forem.

(103) Ce transfert a été réalisé par décret II de la Communauté française du 19 juillet 1993 attribuant l'exercice de certaines compétences de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, *M.B.*, 10 septembre 1993, dont l'article 3, 4°. Le texte actuellement applicable est le décret spécial du 3 avril 2014 relatif aux compétences de la Communauté française dont l'exercice est transféré à la Région wallonne et à la Commission communautaire française, *M.B.*, 25 juin 2014, article 3, 3°.

(104) Région wallonne : décret du 4 avril 2019 relatif à la formation professionnelle individuelle, *M.B.*, 15 avril 2019 ; arrêté du Gouvernement wallon du 25 avril 2019 portant exécution du décret du 4 avril 2019 relatif à la formation professionnelle individuelle, *M.B.*, 6 juin 2019 ; Communauté flamande : arrêté du Gouvernement flamand du 5 juin 2019 portant organisation de l'emploi et de la formation professionnelle, articles 90-98/4 ; COCOF : arrêté du 29 septembre 2016 n° 2016/1620 du Collège de la Commission communautaire française portant exécution du décret de la Commission communautaire française du 17 mars 1994 portant création de l'Institut bruxellois francophone pour la formation professionnelle, *M.B.*, 9 décembre 2016, articles 33-42 ; Communauté germanophone : arrêté du Gouvernement du 13 décembre 2018 relatif aux formations professionnelles destinées aux demandeurs d'emploi, *M.B.*, 15 février 2019, articles 35-41. Les lignes qui suivent sont une synthèse des dispositions précitées. Elles ne visent qu'à donner un aperçu très synthétique des principes qui gouvernent la matière.

(105) Ces revenus sont généralement soit des allocations d'insertion, soit un revenu d'intégration.

(106) En matière de formation, la réglementation ne prévoit que l'assujettissement d'une catégorie dénommée « apprentis », à savoir les personnes occupées dans le cadre d'une formation en alternance (arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, article 1^{er} bis). Sur la notion d'apprenti, voy. R. Linguelet et F. Kéfer, « Les contrats relatifs à la formation préalable à l'embauche », in H. Mormont (dir.), *Droit du travail tous azimuts*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 639-645.

(107) Arrêté du gouvernement flamand du 27 mars 2020 portant octroi d'une prime à l'apprenant qui a suivi une formation professionnelle individuelle telle que visée à l'article 90 de l'arrêté du Gouvernement flamand du 5 juin 2009 portant organisation de l'emploi et de la formation professionnelle, *M.B.*, 31 mars 2020.

(108) L'ensemble de ces mesures sont prévues par l'arrêté de pouvoirs spéciaux n° 11 du gouvernement wallon du 31 mars 2020 relatif aux diverses dispositions prises en matière d'emploi, de formation et d'insertion socioprofessionnelle, en ce compris dans le champ de l'économie sociale, *M.B.*, 3 avril 2020, articles 28-31bis.

Conclusion

43. — Comme à l'occasion de la crise financière de 2008 et du *lock-down* consécutif aux attentats terroristes de 2015 et 2016, le chômage temporaire a rempli son office dès le début de la crise : éviter des licenciements et stabiliser les revenus des travailleurs salariés. La sécurité sociale, secteur chômage, a fait preuve d'une particulière résilience. L'ampleur de la crise ayant justifié que l'on réduise au maximum les obstacles à l'indemnisation, elle s'est adaptée. Les conditions d'admissibilité (déjà partiellement réduites en cas de chômage temporaire) ont été mises entre parenthèses, tandis que les formalités à charge des employeurs et des travailleurs ont été ramenées au strict minimum, quitte à ce que certaines conditions d'octroi (comme la privation de travail et de rémunération) deviennent pratiquement invérifiables. Bref, la crise a justifié la quasi-universalisation d'un revenu de base en faveur de la majeure partie des travailleurs salariés.

44. — Tout est-il bien néanmoins comme dans le meilleur des mondes ? Malheureusement pas. Nous avons montré combien le chômage temporaire est inadapté à la situation de nombreux travailleurs atypiques. Leur « vice fondamental » est de ne pas disposer d'une relation de travail stable qui, en période de crise, est susceptible d'être suspendue. Mais on nage en plein paradoxe si on se souvient que la flexibilité qui les pénalise aujourd'hui a été renforcée au cours de ces trois décennies pour « dynamiser le marché de l'emploi » (109). Le constat que les travailleurs atypiques sont les plus exposés au risque de chômage et que l'allègement des protections sociales accroît encore leur vulnérabilité a de toute évidence été vérifié dans le cas de la crise sanitaire actuelle (110).

Nous avons également tenté de le montrer : par une politique administrative volontariste et des interprétations parfois audacieuses, l'ONem a essayé de trouver des solutions. Nous pensons en particulier aux intérimaires, pour qui l'idée de couvrir les travailleurs en « mission plus longue » a été suggérée. Mais l'essai, de notre point de vue, n'a pas été transformé. L'ONem seul n'y peut pas grand-chose : un régime en marge de la légalité, même marqué du sceau de la bonne volonté, ne protège pas réellement. Celui qui « tombe à côté », fût-ce de très peu ou au prix d'une mauvaise application du régime, ne trouvera pas de réconfort auprès des tribunaux. Et puis les miracles sont rarement du côté de l'improvisation : dans la dernière version des FAQ de l'ONem auxquels nous avons pu accéder au moment de terminer le présent article, l'ONem semble déjà faire un peu

marche arrière. Il suggère qu'il faudra prouver que la relation de travail maintenue pendant la période de confinement n'était pas fictive, ce qui nécessitera de démontrer qu'elle a bien repris dès que cela a été possible (111). Et si cette preuve n'est pas rapportée, va-t-on réclamer aux travailleurs atypiques, et souvent précaires, le remboursement du chômage temporaire versé pendant la crise ? C'est probable.

45. — En réalité, compte tenu du cataclysme provoqué sur le marché du travail par la crise sanitaire, il eût été possible d'adopter une solution simple, permettant de faire échapper les travailleurs atypiques, du moins ceux qui sont habituellement occupés dans un contrat de travail (112), aux difficultés évoquées dans le présent article. Pour cela, il aurait suffi de prévoir que pendant la crise, le chômage temporaire est accessible à toute personne ayant, dans le courant du premier trimestre 2020, été assujettie à la sécurité des travailleurs salariés en raison de prestations de travail exécutées pendant cette période. Il se serait agi, dans le contexte très particulier que nous connaissons, de dégager l'accès au chômage temporaire de l'exigence de rester lié par un contrat de travail pendant toute la durée du chômage. Pour bouleversante des principes qu'elle puisse paraître à première vue, cette solution aurait eu le mérite de faire bénéficier les salariés d'un régime de crise comparable à celui mis en place pour les indépendants. Ces derniers ont en effet accès au droit passerelle « corona » sur la seule base d'un assujettissement au statut social des travailleurs indépendants à la date de l'arrêt forcé de leurs activités (113).

Indépendamment de cette possible solution d'urgence, la crise aura montré, en tous cas, combien il est indispensable de soumettre à critique systématique les mesures de flexibilité qui sont au cœur de notre droit du travail. Répondent-elles réellement aux finalités d'inclusion sur le marché du travail qu'elles s'assignent, dès lors qu'en cas de crise, elles sont synonymes d'exclusion immédiate d'importantes protections sociales liées au travail (114) ?

Amaury MECHELYNCK

Chercheur et doctorant à l'ULB

Jean-François NEVEN

Avocat au barreau de Bruxelles

Chargé de cours à l'ULB

Juge au tribunal d'appel des Nations unies

Centre de droit public de l'ULB()*

(109) Sur cette évolution voy., parmi bien d'autres, A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, op. cit., p. 28.

(110) L. Rodgers, *Labour Law, Vulnerability and the Regulation of Precarious Work*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, 247 p.

(111) ONem, *FAQ corona*, version du 30 avril 2020, pp. 8, 27 et 29.

(112) Seraient alors visés, les CDD, les intérimaires, les flexi-jobs, les artistes, ...

(113) Loi du 23 mars 2020 modifiant la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants et introduisant les mesures temporaires dans le cadre du Covid-19 en faveur des travailleurs indépendants, article 3, tel qu'il a été modifié par l'arrêté royal n° 13 du 27 avril 2020. Ainsi que l'expose Daniel Dumont dans sa contribution au sein du présent numéro spécial, cet arrêté royal de pouvoirs spéciaux vise, notamment, à étendre à certains indépendants à titre complémentaire le bénéfice du droit passerelle. La proposition que nous évoquons aurait eu le mérite d'éviter que de manière paradoxale, certains travailleurs (du secteur artistique, par exemple) n'obtiennent pas le chômage temporaire pour leur activité principale alors qu'ils ont accès au droit passerelle pour leurs activités complémentaires.

(114) Même si nous ne disposons pas de la possibilité de développer ce point dans le cadre limité du présent article, l'exclusion est encore renforcée lorsque le champ d'application de certaines mesures de crise est défini par référence au fait d'être bénéficiaire d'allocations de chômage temporaire. Voy. par exemple le décret du Parlement flamand du 3 avril 2020 portant dérogation à diverses dispositions du décret sur l'Energie du 8 mai 2009, du décret du 18 juillet 2003 relatif à la politique intégrée de l'eau, coordonné le 15 juin 2018, et de leurs arrêtés d'exécution, et portant couverture des frais de la consommation d'électricité, de chauffage ou de la consommation d'eau pour le premier mois de chômage temporaire suite à la crise du coronavirus, *M.B.*, 8 avril 2020.

(*) Les auteurs remercient Daniel Dumont (professeur à l'ULB) et France Lambinet (avocate et maître de conférences à l'ULB) pour la relecture d'une première version de ce texte et leurs suggestions. Les auteurs restent néanmoins seuls responsables des idées exposées ici. L'étude est arrêtée au 10 mai 2020.

Quelle couverture sociale pour les indépendants au « chômage » ?

Tirer les leçons de l'échec du droit passerelle

Introduction : la protection sociale des travailleurs indépendants confrontés à la perte de leur activité professionnelle, une problématique délaissée

1. — Dans le contexte de la crise économique entraînée par la pandémie du coronavirus, une part considérable de la population active s'est retrouvée soudainement mise à l'arrêt, ou en tout cas a vu ses activités professionnelles nettement diminuer, à la suite des fermetures d'établissements ou faute de travail. Pour ce qui concerne les travailleurs salariés, des mesures ont été prises en particulier pour élargir l'accès au chômage temporaire, mesures qui ont été abondamment commentées (1). Pour notre part, la question sur laquelle nous voudrions « zoomer » ici est la suivante : quelle couverture sociale offre la sécurité sociale aux nombreux travailleurs indépendants qui sont confrontés à la perte, ou à tout le moins au net fléchissement de leurs revenus professionnels, en raison du confinement imposé à la suite de la propagation du Covid-19 ? Surtout, quelle couverture pourrait, demain, offrir la sécurité sociale aux indépendants qui traversent des difficultés économiques, indépendamment des situations de crise comme celle que nous connaissons pour l'instant ?

C'est que, de manière générale, les indépendants continuent de bénéficier d'un régime de sécurité sociale bien plus défavorable que celui des travailleurs salariés, malgré les efforts notables accomplis au cours des années 2000 et 2010 pour l'améliorer (2). Même si l'on a parfois tendance à les oublier en droit social, on compte tout de même un gros million d'indépendants en Belgique, dont à peu près 750.000 indépendants à titre principal (3) — c'est-à-dire de travailleurs qui sont seulement indépendants ou qui ont également, à côté d'une activité d'indépendant, une occupation de salarié ou de fonctionnaire mais inférieure, en règle générale, à un mi-temps. Et en dépit d'un cliché qui a la vie

deuxième, y compris chez nombre de défenseurs traditionnels de la sécurité sociale, les indépendants ne sont pas tous, pour le dire platement, des « gros bonnets » dont il n'y aurait pas lieu de se préoccuper, loin s'en faut.

On pense ici en particulier aux artisans, aux petits commerçants, aux artistes intermittents, aux agriculteurs, aux chefs de très petites entreprises, aux titulaires de profession libérale sans personnel, aux journalistes *free-lance*, sans oublier évidemment les nombreux travailleurs des plateformes numériques contraints par celles-ci, parfois au mépris de la loi, au statut d'indépendant, et on en passe (4). En effet, la part des indépendants qui vivent sous le seuil de risque de pauvreté — c'est-à-dire dans un ménage dont le revenu est inférieur à 60 % du revenu disponible médian, soit approximativement 1.200 EUR nets par mois pour une personne isolée — est beaucoup plus élevée que chez les travailleurs salariés, en dépit d'horaires de travail en moyenne significativement plus lourds (5). Cette part se situe au-dessus de la barre des 15 %, soit un indépendant sur sept, contre moins de 4 % chez les salariés (6).

2. — À ce jour, le statut social des travailleurs indépendants ne comprend pas d'assurance chômage. Dans l'imaginaire collectif, l'indépendant reste largement perçu comme celui (ou celle) qui pourvoit seul(e) à ses besoins : goût du risque oblige, l'indépendant assumerait l'entière responsabilité du risque de la perte ou de l'échec de son activité professionnelle par suite de circonstances défavorables. Le régime de sécurité sociale des indépendants a bien été progressivement étoffé depuis le changement de siècle afin de mieux protéger les intéressés contre les aléas liés à la santé, en face desquels ils peuvent être tout aussi vulnérables que les salariés. On pense ici aux progrès considérables accomplis en matière de soins de santé, où l'égalité totale a été atteinte, puis, dans une moindre mesure, de couverture de l'incapacité de travail (7). Mais le risque de *crash* de l'activité professionnelle pour des raisons autres que l'altération de l'état de santé, pour sa part, n'a pas suivi le même mouvement de rattrapage, sans doute en raison de la prégnance de la représentation sociale rappelée plus haut. Pourtant, « les travailleurs indépen-

(1) Pour une analyse critique de ces mesures, et de leur efficacité à l'endroit des travailleurs atypiques plus particulièrement, voy. la contribution de Amaury Mechelynck et Jean-François Neven dans le présent numéro spécial.

(2) Sur la genèse et l'évolution du statut social des indépendants, voy. l'historique richement documenté de P. Heyrman, J. Colla et N. Lambrichts, *La sécurité sociale des indépendants en Belgique (1937-2017). Solidarité et responsabilité*, Bruxelles-Leuven, Zenito-KADOC KU Leuven, 2017. Le mouvement d'expansion des assurances sociales des indépendants au lendemain de l'entrée dans notre siècle a été amorcé par les travaux du groupe de hauts fonctionnaires présidé par la professeure Bea Cantillon (Universiteit Antwerpen) : B. Cantillon e.a., « Vers une harmonisation de l'incapacité de travail, des soins de santé et des allocations familiales des indépendants et des travailleurs salariés. Rapport du groupe de travail Cantillon », *Revue belge de sécurité sociale*, vol. 43, n° 2, 2001, pp. 307-342 et B. Cantillon e.a., « Propositions de réformes dans le régime de pension des travailleurs indépendants. Deuxième rapport du groupe de travail Cantillon », *Revue belge de sécurité sociale*, vol. 44, n° 2, 2002, pp. 229-263.

(3) Voy. les chiffres consultables sur le site internet de l'Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI) : www.inasti.be, rubrique Consultez les statistiques. Le cap du million de travailleurs assujettis au statut social des indépendants a été franchi en 2014. À la fin de l'année 2018 (derniers chiffres disponibles à l'heure d'écrire ces lignes), ce nombre avait déjà franchi la barre des 1.100.000 assujettis, parmi lesquels à peu près 250.000 indépendants complémentaires et 100.000 pensionnés actifs comme indépendants, soit approximativement 25 % et 10 % du total.

(4) Pour des données chiffrées témoignant de l'hétérogénéisation croissante de la catégorie des indépendants, M. Nautet et C. Piton, « An analysis of non-standard forms of employment in Belgium », *National Bank of Belgium Economic Review*, juin 2019, pp. 96-100.

(5) *Ibidem*, p. 98 : huit indépendants sur dix déclarent travailler plus de 40 heures par semaine, et un tiers des indépendants indiquent même travailler plus de 60 heures par semaine.

(6) Voy. les chiffres consultables sur le site internet d'Eurostat, l'Office statistique de l'Union européenne, qui diligente chaque année l'enquête dite EU-SILC sur les revenus et les conditions de vie : <https://ec.europa.eu/eurostat/>, rubriques Statistiques par thème, Population et conditions sociales, Revenu et conditions de vie, Base de données, Répartition du revenu et pauvreté monétaire, Pauvreté monétaire, Taux de risque de pauvreté par activité la plus fréquente au cours de l'année précédente. La ventilation des chiffres disponible permet de distinguer, au sein de la population occupée, les salariés et les « personnes occupées sauf salariés ». Les ordres de grandeur cités dans le texte sont ceux qui résultent de cette distinction. Pour des données plus détaillées et comparatives, J. Horemans et I. Marx, « Poverty and material deprivation among the self-employed in Europe : an exploration of a relatively uncharted landscape », Bonn, Institute of Labor Economics, IZA discussion paper n° 11007, 2017, 58 p.

(7) Une vue d'ensemble des assurances sociales propres aux travailleurs indépendants reste à écrire. Pour être éclairant, l'exercice devrait être à la fois diachronique et comparatif, c'est-à-dire retracer les principales évolutions enregistrées dans chaque branche au fil du temps et identifier les écarts qui persistent aujourd'hui avec le régime de sécurité sociale général. Force est de constater que la matière s'apparente quasiment à un *no man's land* dans la littérature, tant l'attention de la doctrine demeure focalisée sur les règles relatives à l'assujettissement et aux cotisations sociales. Sur ces deux derniers aspects, voy. par exemple M. Westrade et S. Gilson (coord.), *Le statut social des travailleurs indépendants*, coll. « Perspectives de droit social », Limal, Anthemis, 2013 et V. Franquet, *Le statut social des travailleurs indépendants*, coll. « Études pratiques de droit social », Waterloo, Kluwer, 2015.

dants sont parfois tout autant économiquement faibles que les travailleurs salariés », comme le relevait prosaïquement Jean-Marie Berger, il y a un demi-siècle, dans les premières pages de son ouvrage pionnier consacré au droit social du travail indépendant (8).

Depuis la seconde moitié des années 1990, le statut social des indépendants contient tout de même un dispositif pour amortir minimalement la privation involontaire d'activité professionnelle. L'importance, ou en tout cas le potentiel de ce dispositif longtemps resté très confidentiel apparaît seulement aujourd'hui : il s'agit du « droit passerelle » (9) — *overbruggingsrecht* en néerlandais. Institué par la voie d'un arrêté royal de pouvoirs spéciaux et dénommé l'assurance sociale en cas de faillite jusqu'en 2015 (10) (11), le mécanisme a été lentement étendu au fil du temps, avant d'être refondu dans une loi en bonne et due forme en 2016 (12). Jusqu'à aujourd'hui malgré tout demeuré largement méconnu (13), il constitue une forme d'embryon d'assurance chômage propre à l'indépendant (14).

3. — Pour contribuer à panser le présent et penser l'après, s'agissant de la couverture sociale des travailleurs indépendants en difficultés, l'objet des lignes qui suivent est double. Il est d'abord de rappeler à gros traits les contours du droit passerelle et les ressources qu'il offre, tout en soulignant ses limites persistantes, de manière à en livrer une forme d'évaluation. Comme on le verra, ces limites n'ont guère été affectées par les mesures temporaires qui ont été prises jusqu'à présent pour faire face à l'urgence, aussi bienvenus les assouplissements provisoires soient-ils (I). Adossé à la conviction que la crise en cours est un révélateur de carences largement préexistantes, nous ouvrirons dans la foulée une réflexion sur les contours que pourrait prendre une véritable assurance sociale des indépendants contre les difficultés financières. Tout en soulignant que différents scénarios sont envisageables et que la priorité est maintenant surtout d'ouvrir

le débat et de sortir du *statu quo*, nous terminerons en relevant que les progrès sont conditionnés à la levée d'un verrou, jusqu'à présent soigneusement occulté : le mode de financement de la sécurité sociale des indépendants (II).

I. — Le droit passerelle et ses limites : la sous-protection sociale des travailleurs indépendants face au risque de chômage

4. — Qu'est-ce que le mystérieux droit passerelle ? Quelles ressources offre-t-il (A) ? Quel est, par ailleurs, l'usage effectif qui en fait et quelles sont ses carences, de nature à expliquer pourquoi ledit usage reste, on le verra, si faible (B) ? Enfin, quelles sont les mesures d'urgence qui ont été prises pour en élargir l'accès dans le contexte que nous connaissons (C) ?

A. — Le droit passerelle : une vue d'ensemble rapide

5. — Le droit passerelle garanti au travailleur indépendant, dans certaines circonstances bien précises et à la condition qu'il arrête ou suspende totalement son activité professionnelle, deux protections distinctes mais étroitement complémentaires. Il s'agit, d'une part, de l'octroi d'une prestation financière, qui a la nature d'un revenu de remplacement, et, d'autre part, d'un maintien de ses droits en matière d'assurance soins de santé et indemnités, c'est-à-dire une préservation des droits sociaux du côté de la mutuelle (soins de santé, incapacité de travail, maternité) (15). Lesdits droits sont maintenus malgré l'absence de

(8) J.-M. Berger, *Le droit social du travail indépendant*, préface de P. Orianne, coll. « Centre interuniversitaire belge de droit social », Bruxelles, Larcier, 1973, p. 16. Voir aussi p. 51 et pp. 206-207.

(9) Arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, *M.B.*, 29 juillet 1967, article 1^{er}, alinéa 2, 4^o, et article 18, § 3bis.

(10) Arrêté royal du 18 novembre 1996 instaurant une assurance sociale en faveur des travailleurs indépendants en cas de faillite et des personnes assimilées, en application des articles 29 et 49 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions, *M.B.*, 13 décembre 1996, qui avait été rebaptisé en 2015 « arrêté royal instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants », avant d'être abrogé et remplacé en 2016 par la loi citée à la note n° 12, en même temps que son arrêté d'exécution. Pour un bref commentaire du texte original, M. Goldfays, « "Assurance sociale" et travailleurs indépendants faillis », *JTT*, 1997, pp. 317-318, puis, pour une présentation plus systématique, A. Simon, « La réforme du statut social des travailleurs indépendants », in G. de Leval (dir.), *Questions d'actualité : matières judiciaire, pénale et sociale*, Liège, Formation permanente CUP, 1998, pp. 123-131. Sur le régime juridique de l'assurance sociale en cas de faillite au terme de ses quinze premières années d'existence, C. Boulanger, « L'assurance sociale en cas de faillite, de règlement collectif de dettes ou de cessation forcée », *Le statut social des travailleurs indépendants*, op. cit., pp. 677-699 et V. Franquet, *Le statut social des travailleurs indépendants*, op. cit., pp. 24-63. Voy. aussi A. Lievens, « Enkele sociaalrechtelijke gevolgen van het faillissement in het licht van de nieuwe Faillissementswet », *R.W.*, 2004-2005, n°s 41-44 et n°s 46-50, pp. 819-820 et pp. 821-822.

(11) Sur le retard du processus de « légalisation » des règles les plus importantes dans le statut social des indépendants, D. Dumont, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? Sécurité sociale et démocratie parlementaire », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2017, n°s 1-2, D. Dumont et F. Dorssemont (dir.), « Aux sources du droit social. En hommage à Micheline Jamoulle/Sociaal recht, over bronnen en herbronnen. Als eerbetoon aan Micheline Jamoulle », n°s 17 et 23, pp. 131-132 et p. 137. En l'occurrence, l'arrêté royal instaurant l'assurance sociale en cas de faillite était d'autant plus problématique qu'il avait prévu d'emblée l'inclusion dans la protection nouvelle qu'il instituait de cas de figure autres que celui des indépendants faillis, alors que l'habilitation conférée au Roi par la loi portant modernisation de la sécurité sociale ne le permettait pas : loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions, *M.B.*, 1^{er} août 1996, article 29.

(12) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, *M.B.*, 6 janvier 2017, complétée par l'arrêté royal du 8 janvier 2017 portant exécution de la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, *M.B.*, 20 janvier 2017. Sur les rétroactes de cette réécriture, G. Van Limberghen, « Sociaal statuut zelfstandigen : toepassingsgebied, bijdragen en specifieke uitkeringen », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, n° spécial J. Put et Y. Stevens (dir.), « Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 2011-2016 », 2016, p. 206 à 208. *Adde T. Zuinen*, « Le droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants revu et corrigé : un *lifting* bien nécessaire qui laisse dépendant en suspens certaines interrogations », *JTT*, 2017, pp. 349-351. Pour une présentation d'ensemble du dispositif juridique en vigueur, I. Verougstraete e.a., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, n°s 1768-1800, pp. 1241-1256 (titre XV, « Statut social de l'indépendant en difficultés financières »).

(13) Les deux (épais) manuels de droit de la sécurité sociale de référence se limitent l'un et l'autre à consacrer, respectivement, trois et cinq petites pages au droit passerelle : J.-F. Funck, avec la collaboration de L. Markey, *Droit de la sécurité sociale*, 2^e éd., coll. « Droit actuel », Bruxelles, Larcier, 2014, n° 551bis, pp. 565-567 (il s'agissait alors encore de l'assurance sociale en cas de faillite) ; J. Van Langendonck, avec la collaboration de F. Louckx, Y. Jorens et Y. Stevens, *Handboek socialezekerheidsrecht*, 10^e éd., Anvers-Cambridge, Intersentia, 2020, n°s 1896-1912, pp. 561-565. Fort de plus de 2.300 pages, le volumineux *Sociaal compendium* de Willy van Eeckhoutte, quant à lui, n'en dit mot : W. van Eeckhoutte, *Sociaal compendium : socialezekerheidsrecht 2019-2020*, 2 vol., Malines, Kluwer, 2019.

(14) De manière révélatrice, la dernière édition en date du manuel de Jef Van Langendonck, citée à la note précédente, présente d'ailleurs le droit passerelle non plus au sein d'une partie autonome dédiée aux assurances sociales spécifiques aux indépendants, conformément à une présentation classique structurée par régimes socio-professionnels, mais dans une partie intitulée « Werkloosheid » et directement à la suite de l'assurance chômage, conformément à une approche qui part des risques sociaux et fait droit au lent mouvement d'harmonisation de la couverture sociale des différentes catégories de travailleurs : J. Van Langendonck avec la collaboration de F. Louckx, Y. Jorens et Y. Stevens, « Woord vooraf », *Handboek socialezekerheidsrecht*, op. cit., pp. v-iii.

(15) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 3, respectivement 1^o et 2^o. Techniquement, le maintien de la couverture maladie-invalidité est simplement affirmé par la législation relative au droit passerelle mais est concrètement organisé par les textes relatifs à ladite couverture : loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, *M.B.*, 27 août 1994, article 32, alinéa 1^{er}, 6^{ter}, s'agissant des soins de santé, et arrêté royal du 20 juillet 1971 instituant une assurance indemnités et une assurance maternité en faveur des travailleurs indépendants et des conjoints aidants, *M.B.*, 7 août 1971, article 3, 6^o (et article 92), s'agissant des indemnités d'incapacité de travail et de maternité. Une continuité des droits en matière d'allocations familiales est également prévue depuis l'origine, mais elle est désormais réalisée par les textes propres aux différentes entités fédérées compétentes en la matière depuis la communautarisation intégrale de cette dernière lors de la sixième réforme de l'État. Lesdites entités sont toutes passées d'un système dans lequel les droits étaient déterminés par l'appartenance socio-professionnelle des parents à un système fondé sur le droit de l'enfant, de sorte que le problème ne se pose plus. On soulignera encore qu'au départ, le maintien des droits sociaux n'était organisé qu'en matière de soins de santé et de prestations familiales, soit du côté des revenus de complément. Son extension aux indemnités d'incapacité de travail et de maternité a été réalisée seulement lors de la refonte

paiement des cotisations sociales consécutive à l'interruption de l'activité professionnelle.

Comme c'est généralement le cas dans le statut social des indépendants, à part en matière de pensions, la prestation financière n'est pas exprimée en proportion du revenu professionnel perdu mais est de nature forfaitaire. Après avoir été régulièrement augmenté, le montant de ce forfait est désormais fixé au niveau de la pension de retraite minimum en cas de carrière complète, soit la pension plancher qui est garantie lorsque l'indépendant peut faire valoir 45 années de carrière (16). Aligné depuis 2016 sur la protection équivalente dont bénéficient les salariés à la retraite, ce montant s'élève, depuis sa dernière indexation en date (mars 2020), à un peu moins de 1.300 EUR par mois au taux couramment appelé « isolé ». Si l'indépendant est considéré comme ayant charge de famille au regard de l'assurance indemnités, c'est-à-dire à la mutuelle, la prestation financière à laquelle il a droit est d'un montant plus élevé, lequel correspond à la pension minimum en cas de carrière complète au taux dit « ménage » (17), soit un peu plus de 1.600 EUR en base mensuelle (18). On soulignera qu'il s'agit de montants bruts, imposés fiscalement (19). Ces montants ne font en règle générale l'objet d'aucun précompte (20) : ils sont donc versés à l'indépendant dans leur intégralité et font l'objet d'une imposition ultérieurement.

6. — Les circonstances qui donnent accès au droit passerelle sont au nombre de quatre. Sans entrer dans les détails, il s'agit de : 1° la faillite, 2° le règlement collectif de dettes, 3° l'interruption forcée de l'activité à la suite d'une circonstance extérieure telle que, notamment, une calamité naturelle, un incendie, une détérioration de l'outillage professionnel ou encore une décision d'un acteur économique ou un événement qui impacte l'activité de l'indépendant, et, enfin, 4° des difficultés économiques graves qui débouchent sur une cessation de l'activité, difficultés économiques attestées par exemple par l'obtention du revenu d'intégration au C.P.A.S. ou la perception d'un revenu professionnel inférieur au seuil sur la base duquel les cotisations

minimums des indépendants sont établies (21). Ces quatre ensembles de circonstances forment ce qu'on appelle dans le jargon les quatre « piliers » du droit passerelle.

Dans chacune des quatre hypothèses énumérées, il est principalement requis que l'indépendant, en plus d'avoir payé des cotisations d'indépendant à titre principal pendant au moins quatre trimestres (22) et de ne pas pouvoir faire valoir de droit à un autre revenu de remplacement (23), n'exerce plus aucune activité professionnelle (24) — ni son activité habituelle, ni une autre. Pour bénéficier du droit passerelle, une demande doit être introduite par l'indépendant auprès de sa caisse d'assurances sociales (25), soit l'organisme auquel il verse habituellement ses cotisations de sécurité sociale. C'est cette même caisse qui instruit le dossier et statue sur la demande (26). S'agissant des cotisations, il est important d'ajouter que les indépendants en sont dispensés pour les trimestres durant lesquels ils ont dû interrompre leur activité professionnelle pour cause de raisons indépendantes de leur volonté (calamité naturelle, incendie, détérioration...) (27), soit les circonstances ouvrant l'accès au troisième pilier du droit passerelle. Dans les autres cas de figure couverts, il a par hypothèse été mis un terme à l'activité professionnelle, de sorte que l'indépendant n'est plus redevable de cotisations.

B. — Une évaluation : une protection qui protège peu et mal

7. — Le droit passerelle est un mécanisme dont bon nombre d'indépendants n'avaient jamais entendu parler jusqu'il y a peu. Il demeure du reste, après plus de deux décennies d'existence, massivement sous-utilisé (1). Cette sous-utilisation est le signe de nombreuses carences (2).

1. — Très peu de bénéficiaires

8. — C'est ainsi que seuls 370 indépendants ont bénéficié du droit passerelle au cours de l'année 2019. Oui, on a bien lu : 370 bénéficiaires, et 344 en 2018, 352 en 2017, 460 en 2016, pour un total, nous l'avons dit à l'entame de ce texte, d'à peu près

- de la réglementation, en 2016. S'agissant de l'incidence du droit passerelle sous l'angle de la pension de retraite, voy. *infra*, n° 16.
- (16) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}. Les dispositions relatives à la pension minimum propres au statut social des indépendants se trouvent dans la loi du 15 mai 1984 portant mesures d'harmonisation dans les régimes de pension, *M.B.*, 22 mai 1984, articles 131-131^{quater}.
- (17) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 10, § 1^{er}, alinéas 2 et 3. Les dispositions relatives au statut de chef de ménage — de travailleur « ayant personne à charge », techniquement — en assurance indemnités se trouvent dans la loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, article 93, alinéas 6 et 7, et surtout dans l'arrêté royal du 3 juillet 1996 portant exécution de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, *M.B.*, 31 juillet 1996, article 225, ce dernier ayant été rendu applicable au statut social des indépendants par l'arrêté royal du 20 juillet 1971 instituant une assurance indemnités et une assurance maternité en faveur des travailleurs indépendants et des conjoints aidants, article 9, § 1^{er}, 1^o.
- (18) Les montants sont donc établis en référence à la législation propre aux pensions, mais pas les catégories familiales. En effet, là où la législation sur les pensions distingue, d'une part, les bénéficiaires mariés dont le conjoint ne jouit pas lui-même ou elle-même d'un revenu de remplacement (taux « ménage ») et, d'autre part, tous les autres bénéficiaires (taux généralement dit « isolé » — alors que celui-ci englobe également les couples non mariés ainsi que les couples mariés à l'intérieur desquels le conjoint perçoit un revenu de remplacement) (arrêté royal n° 72 du 10 novembre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs indépendants, *M.B.*, 14 novembre 1967, article 9, § 1^{er}, respectivement 1^o et 2^o), le droit passerelle retient pour sa part, afin de différencier les montants, le statut qu'aurait l'assuré social s'il était à la mutuelle. La solution est favorable à l'indépendant, dans la mesure où le statut de chef de ménage en assurance indemnités est un peu moins étroit que dans la branche vieillesse : il présuppose en effet l'existence d'un ménage, avec un partenaire, des enfants ou des parents ou alliés qui sont sans revenus, et donc à charge, sans se préoccuper de l'existence ou non d'un lien de mariage avec ledit partenaire lorsque partenaire il y a. Sur ce découpage, J. Gilman, « Les catégories de bénéficiaires en droit de la sécurité sociale : une surprenante cohérence », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2019, pp. 404-408. En pratique, il semble que de nombreux demandeurs soient induits en erreur par le formulaire de demande établi par les caisses et se fondent sur leur statut au regard de l'assurance soins de santé — ce qui est autre chose — pour déterminer le taux auquel ils croient avoir droit.
- (19) À l'instar des autres revenus de remplacement, la prestation financière est imposée en qualité de revenu professionnel (Code des impôts sur les revenus 1992, article 25, 6^o, article 27, alinéa 1^{er}, 4^o, article 28, alinéa 1^{er}, 3^o, et article 32, alinéa 2, 2^o), moyennant donc les taux ordinaires de l'IPP sur le travail, mais elle donne droit, et comme ces autres revenus à nouveau, à une réduction d'impôts (Code des impôts sur les revenus 1992, article 146, 5^o, et article 147 — réduction dont l'indexation automatique avait été totalement gelée sous le gouvernement Michel pendant quatre exercices d'imposition consécutifs). Le niveau exact d'imposition dépendra donc de l'importance de l'ensemble des revenus professionnels annuels du contribuable.
- (20) Arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992, *M.B.*, 13 septembre 1993, annexe III, article 2.12 *a contrario*.
- (21) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 4, les troisième et quatrième cas de figure étant précisés par l'arrêté royal du 8 janvier 2017 portant exécution de la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, respectivement articles 2 et 6.
- (22) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 5, § 1^{er}, 3^o. On soulignera que cette exigence contributive, typique des revenus de remplacement, est beaucoup plus sévère dans le cas de la cessation accompagnée de difficultés économiques graves. Lorsque la sollicitation du droit passerelle se fait dans le cadre du quatrième pilier, qui est le dernier à avoir fait son apparition, en 2015, le nombre de trimestres de cotisations doit en effet s'élever à 60, soit l'équivalent de quinze années (!), pour que l'indépendant puisse prétendre aux mêmes droits qu'en cas d'admission dans les trois autres piliers : loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 17, 5^o, et arrêté royal du 8 janvier 2017 portant exécution de la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 8. Voy. les précisions additionnelles apportées à la note n° 45.
- (23) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 5, § 1^{er}, 5^o.
- (24) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 5, § 1^{er}, 4^o et article 11, § 4.
- (25) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 8.
- (26) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 9.
- (27) Arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, article 15, § 3, et arrêté royal du 19 décembre 1967 portant règlement général en exécution de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, *M.B.*, 28 décembre 1967, article 50, § 4.

750.000 indépendants à titre principal. Pour ces années, le nombre de demandes s'est élevé à, respectivement, 679, 654, 628 et 862, soit un taux de « succès » d'un peu plus de 50 % à peine. La grosse majorité des demandes de droit passerelle introduites chaque année — 500 environ, dont une grosse moitié débouchent sur un octroi — le sont sur la base de la faillite, soit le premier des quatre piliers. On ne recense pas le moindre octroi sur la base du règlement collectif de dettes pour les années mentionnées (!), le solde, c'est-à-dire quelques dizaines de cas par an, se partageant entre l'interruption forcée et les difficultés économiques (28) (29).

Devant ces constats, on peut se demander, pour le dire sans détours, à quoi sert une protection qui ne protège pas, ou en tout cas qui protège si peu de monde. Qu'il suffise ici d'indiquer que l'on a enregistré, ces dix dernières années, approximativement 10.000 faillites en moyenne annuelle en Belgique (30). La question se pose d'autant plus que les cas de figure donnant accès au droit passerelle ont été fortement élargis depuis le début des années 2010, modifications après modifications, avec l'ajout à la faillite et au règlement collectif de dettes, de l'interruption forcée d'activités puis des difficultés économiques graves, l'un et l'autre piliers regroupant eux-mêmes un ensemble de sous-hypothèses de plus en plus diverses. D'une protection initialement destinée aux seuls indépendants qui avaient la qualité de commerçant et étaient confrontés à la faillite, protection rapidement élargie aux non-commerçants qui se trouvaient dans l'impossibilité de faire face à leurs dettes, on est passé à une assurance sociale cherchant à couvrir le risque de la privation d'activité professionnelle de manière générale. D'où, du reste, sa redénomination en droit passerelle en 2015, dans la foulée de l'adjonction au dispositif du quatrième et dernier pilier. Malgré tout, on n'a observé comme on vient de le voir aucune augmentation du nombre d'octrois au fil des dernières années — au contraire même.

9. — Les caisses d'assurances sociales pour travailleurs indépendants, compétentes pour la gestion de la prestation, ont-elles fait le nécessaire pour informer adéquatement leurs affiliés de son existence et de ses contours concrets, et plus encore pour communiquer proactivement auprès de ceux confrontés à des difficultés susceptibles de les rendre éligibles ? Informer les affiliés et leur prêter assistance en ce qui concerne leurs obligations et leurs droits dans le cadre du statut social des indépendants, fait partie intégrante des missions légales dévolues aux caisses (31). Tous les travailleurs indépendants s'acquittent du reste, en plus de leurs cotisations sociales, d'une participation aux frais de gestion de la caisse à laquelle ils sont affiliés, dont la raison

d'être est de couvrir les frais de fonctionnement de celle-ci et rendre possible un service de qualité (32).

Au vu des chiffres, il est assez vraisemblable que le droit passerelle souffre d'un « non-recours » très significatif, soit ces situations où une personne est juridiquement éligible à une prestation sociale mais n'en bénéficie pas effectivement, par exemple par méconnaissance ou à la suite d'une mauvaise orientation (33). Ces mêmes données révèlent sans doute en creux tout autant, voire peut-être davantage, les insuffisances du dispositif lui-même : il n'y a pas qu'une question d'accès à l'information, ou de réticence à faire appel à la sécurité sociale, mais également d'(in)adéquation aux besoins.

10. — Précisément, l'intérêt de la crise dans laquelle nous sommes empêtrés peut être, à la « faveur », si l'on ose dire, des dégâts économiques, sociaux et de bien-être considérables qu'elle cause, de nous amener à réfléchir à l'indispensable amélioration de la couverture sociale des indépendants confrontés au « chômage », de manière à ce que cette couverture devienne plus effective et adéquate. Pour cela, il faut inventorier les (principales) failles du dispositif actuel.

2. — De nombreuses carences

11. — Les limitations du droit passerelle sont nombreuses. Sans prétention à l'exhaustivité, mais en tentant malgré tout de mettre le doigt là où ça « coince » le plus, nous en relèverons ici cinq. Même si l'on se gardera de chercher à jauger le poids relatif de chacune — un exercice délicat qui appellerait à l'évidence des investigations plus approfondies, avec l'éclairage des parties prenantes —, toutes sont susceptibles d'expliquer la sous-protection sociale de fait des indépendants face au risque de chômage.

12. — Premièrement, la prestation n'est accessible qu'aux travailleurs indépendants à titre principal assujettis à la sécurité sociale — et en ordre d'au moins quatre trimestres de cotisations, ce qui peut ne pas être le cas lorsque les difficultés économiques ont surgi rapidement (34). Par conséquent, deux catégories de travailleurs importantes, en plus de ceux dont le passé contributif est faible, échappent à la couverture.

La première est celle des prestataires de services qui sont exemptés de tout assujettissement à la sécurité sociale, et donc du paiement de cotisations, depuis la loi-programme de l'été 2016 dite « loi De Croo », du nom du ministre qui l'a portée, qui a créé un cadre socio-fiscal spécifique pour l'« économie collaborative ». Lorsque des prestations de services sont effectuées au bénéfice de particuliers par le biais d'une plateforme

(28) Chiffres aimablement communiqués par l'INASTI, par email du 25 mars 2020. Pour des données chiffrées plus détaillées sur l'usage du dispositif, le profil de ses bénéficiaires et son (in)adéquation avant sa refonte sous la forme du droit passerelle, en 2016, voir Comité général de gestion pour le statut social des travailleurs indépendants, « Évaluation de l'assurance sociale en cas de faillite », rapport n° 2015/02, Bruxelles, INASTI, 2015, 44 p., en particulier pp. 8-20 et pp. 33-40.

(29) Par le passé, la Cour des comptes avait déjà relevé, au sujet de l'assurance sociale en cas de faillite, que les dépenses restaient très modestes, et même largement inférieures aux budgets annuels prévus : Cour des comptes, *Cahier 2011 relatif à la sécurité sociale. Les gestions globales et les institutions publiques de sécurité sociale*, Bruxelles, Cour des comptes, 2011, p. 136 (étude thématique « Assurance faillite des indépendants et extension temporaire aux indépendants en difficulté »). Par ailleurs, une chronique de jurisprudence relative au statut social des indépendants couvrant les dix premières années d'existence de l'assurance sociale en cas de faillite avait indiqué que la matière suscite particulièrement peu de contentieux devant les juridictions du travail : G. Van Limberghen e.a., « Sociaal statuut der zelfstandigen (1996-2005) », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2006, p. 346.

(30) Voir les chiffres consultables sur le site internet de Statbel, la direction générale Statistiques du SPF Économie : <https://statbel.fgov.be>, rubriques Thèmes, Entreprises, Faillites, Chiffres, Années.

(31) Arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, article 20, § 1^{er}, alinéa 4, b), et article 20, § 3, alinéa 1^{er}. Pareille obligation résulte aussi des devoirs généraux d'information et de conseil établis par la charte de l'assuré social, à laquelle les caisses d'assurances sociales sont soumises en leur qualité d'institutions coopérantes de sécurité sociale : loi du 11 avril 1995 visant à instituer la charte de l'assuré social, *M.B.*, 6 septembre 1995, articles 3 et 4.

(32) Arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, article 20, § 4. Le taux de la cotisation est fixé chaque année par arrêté ministériel, sur proposition de chaque caisse pour ce qui la concerne. En pratique, ce taux varie dans une fourchette qui va *grosso modo* de 3 à 4,5 %, prélevé sur les cotisations sociales légales.

(33) Sur les contours et les causes de ce phénomène, et sur les moyens juridiques de le combattre, D. Dumont, « Le phénomène du non-recours aux prestations, un défi pour l'effectivité (et la légitimité) du droit de la sécurité sociale. Un état de l'art et un agenda pour la recherche juridique », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2020, à paraître.

(34) De surcroît, rappelons le caractère significativement plus sévère de l'exigence contributive lorsque l'admission au droit passerelle se fait sur la base du quatrième pilier : voy. les notes n°s 22 et 45. Pour les indépendants concernés, il est par hypothèse plus difficile encore d'être éligibles à la protection.

électronique agréée et rémunérées par cette dernière, et que le revenu annuel généré par les prestations demeure inférieur à un certain seuil, de l'ordre de 6.500 EUR bruts par an en 2020, aucun assujettissement au statut social des travailleurs indépendants ne doit avoir lieu (35), pas même comme indépendant à titre complémentaire. Partant, les « travailleurs » concernés ne disposent d'aucune couverture sociale pour leur activité : ni le droit passerelle, ni aucune autre protection. On pense typiquement aux coursiers de Deliveroo ou UberEats, dont l'activité avait fondu comme neige au soleil avec le confinement. Au cours des mois écoulés, la sécurité sociale n'a pas été là pour eux... Cela, c'est la conséquence concrète de vouloir favoriser l'esprit d'entreprise par le biais d'un cadre « simple et attirant » tel que celui qui a été retenu (36).

Un deuxième groupe important qui passe entre les mailles du filet du droit passerelle est celui des indépendants à titre complémentaire (37), lesquels sont tout de même au nombre de 250.000 à peu près (38). Ils ne sont en effet pas éligibles au droit passerelle, quelle que soit l'importance des cotisations qu'ils paient, et donc même si ces cotisations sont égales ou supérieures aux cotisations minimums dues par les indépendants à titre principal. Ces travailleurs ne disposent donc, eux non plus, d'aucune protection contre la perte du revenu qu'ils tiraient de leur activité indépendante complémentaire, quand bien même ce revenu représentait une part importante de leur revenu total. On pense par exemple aux personnes qui exercent un emploi à mi-temps rémunéré à un niveau proche (de la moitié, donc) du salaire minimum et qui tirent par ailleurs 500 à 750 EUR par mois d'une activité complémentaire. Bien que contribuant au financement des assurances sociales des indépendants à concurrence de 20,5 % sur ce revenu complémentaire (39), de la même manière que les indépendants à titre principal, ces travailleurs disposent pour seule couverture des allocations de chômage à mi-temps. En réalité, le problème, pour les indépendants à titre complémentaire, est plus vaste et se pose également en matière de pensions de retraite et d'assurance indemnités et maternité. C'est que, de manière générale, l'obligation de s'assujettir et de cotiser ne leur ouvre pas de droits dans le statut social des indépendants. Mais au moins, dans ces deux autres secteurs dudit

statut que sont la vieillesse et l'incapacité, des cotisations d'un niveau égal ou supérieur à celui des cotisations « plancher » dues par les indépendants à titre principal leur ouvrent, par exception, l'accès aux prestations sociales propres aux indépendants (40), en plus de celles auxquelles ils ont droit dans leur régime principal.

13. — Deuxièmement, l'indépendant qui sollicite le droit passerelle est tenu, on l'a dit, de ne plus exercer d'activité professionnelle. Sous réserve d'un assouplissement opéré en 2020 dont il sera question plus loin (*infra*, n° 20), la perception de la prestation est en effet conditionnée à une cessation ou une mise entre parenthèses complète de ses activités – pendant au moins un mois, en cas de mise entre parenthèses, puisque la prestation financière est accordée sur une base mensuelle. Ce réquisit avait un sens lorsque le dispositif a été mis en place et s'adressait uniquement aux indépendants confrontés à la faillite. Par ailleurs, il est légitime, de manière générale, que le législateur se préoccupe d'éviter la fraude (41), en l'occurrence sous la forme d'un cumul de la prestation financière avec la poursuite d'une activité économiquement « saine » qui serait tue. C'est pourquoi si une activité professionnelle est exercée au cours d'un mois déterminé, même un seul jour, la prestation est suspendue pour l'entièreté de ce mois (42).

Il n'empêche que cette logique du « tout ou rien » s'avère très problématique pour tous les indépendants confrontés à un fort ralentissement de leurs affaires mais pour qui il est important voire vital de continuer à assurer encore un suivi, même limité, sous peine de voir les derniers clients s'évaporer ou leur activité ne plus pouvoir redémarrer lorsque les nuages seront passés. Dans sa logique actuelle, le droit passerelle intervient d'une certaine façon presque toujours quand il est trop tard. Mis à part lorsque l'activité est (entièrement, donc) suspendue à la suite d'une circonstance extérieure puis parvient à reprendre, la sécurité sociale vient au secours alors que l'indépendant a mis la clé sous le paillason. C'est là évidemment un soutien qui a le mérite d'exister, mais qui ne permet pas d'assurer la continuité de l'activité au moment où celle-ci est en danger (43). Un premier pas timide vient toutefois d'être franchi pour aller en ce sens (*infra*, n° 20).

(35) Arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, article 5ter, introduit par la loi-programme de l'été 2016, en même temps qu'était inséré dans le Code des impôts sur les revenus un traitement très favorable sur le plan fiscal des revenus en question. Sur ce nouveau (sous-)statut, qui cantonne hors de la sécurité sociale et de la fiscalité ordinaire nombre de personnes qui effectuent, en réalité, non pas des services « entre amis » mais une véritable activité professionnelle, voy. l'analyse critique de V. Franquet, « La nouvelle exception au statut social des travailleurs indépendants pour l'économie collaborative » : présentation générale et questionnement critique », *Orientations*, 2017, n° 3, pp. 21-27. Une autre échappatoire du même type avait été introduite par le législateur en 2018, lequel était venu ajouter au travail dans l'économie collaborative le travail dit « associatif » et les « services occasionnels entre les citoyens » : arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, article 5quinquies, introduit par la loi du 18 juillet 2018 relative à relance économique et au renforcement de la cohésion sociale. Elle a toutefois été annulée par la Cour constitutionnelle, en même temps que celle-ci a pulvérisé l'intégralité de la loi de 2018 évoquée, mais avec maintien de ses effets jusqu'au 31 décembre 2020, suite à des recours en annulation portés par les trois organisations syndicales interprofessionnelles ainsi que par la plupart des organisations représentatives des travailleurs indépendants – soit un front commun élargi à notre connaissance inédit : C. const., 23 avril 2020, n° 53/2020. Sur cet important arrêt, A. Lamine, « Économie collaborative : une leçon de démocratie », *La Libre Belgique*, 27 avril 2020.

(36) Projet de loi-programme, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54 1875/001, p. 13.

(37) Le cercle des bénéficiaires potentiels du droit passerelle est défini par renvoi au type de cotisations sociales dont l'indépendant est redevable : loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 5, § 1^{er}, 2°. Il se déduit de la disposition que n'y sont pas compris les indépendants dont les cotisations sont calculées sur la base de l'article 12, § 2, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, lequel vise « l'assujettissement à l'assujettissement au présent arrêté, exerce habituellement et en ordre principal une autre activité professionnelle ».

(38) Voy. la note n° 3.

(39) Arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, article 12, § 2, alinéa 2, 1°. Aucune cotisation n'est toutefois due lorsque les revenus professionnels annuels sont inférieurs à un montant qui, indexé, est fixé aux alentours de 1.500 EUR bruts.

(40) Arrêté royal du 22 décembre 1967 portant règlement général relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs indépendants, article 13, s'agissant des pensions, et arrêté royal du 20 juillet 1971 instituant une assurance indemnités et une assurance maternité en faveur des travailleurs indépendants et des conjoints aidants, article 3, 1°, b (et article 92), s'agissant des indemnités d'incapacité et de maternité.

(41) Voy. du reste les motifs d'exclusion du droit passerelle énumérés par la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 6 : manœuvres frauduleuses en rapport avec une faillite, organisation de l'insolvabilité, déclarations fausses ou sciemment incomplètes, provocation intentionnelle des circonstances qui ont conduit à l'interruption de l'activité. Sur la récupération des indus, voy. la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 12.

(42) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 11, § 4.

(43) La seule soupape susceptible d'être mobilisée en pareille circonstance est l'introduction auprès de l'INASTI d'une demande de dispense temporaire du paiement de cotisations pour cause de situation financière ou économique difficile. C'est un mécanisme dont la réglementation a été entièrement refondue en 2018 : arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, article 17. Sans entrer dans les détails, il s'agit toutefois d'un correctif assez limité, dans la mesure où la dispense doit être sollicitée, que ses conditions d'octroi sont restrictives, que le ballon d'oxygène qu'elle procure est par définition limité dans le temps et, enfin et surtout, que les périodes pour lesquelles un indépendant est exonéré du paiement des cotisations n'entrent pas en ligne de compte pour le calcul de sa pension, de sorte qu'elles créent un « trou » dans la branche vieillesse.

14. — Troisièmement, le droit passerelle peut être octroyé pendant une durée maximale de 12 mois au cours de l'ensemble de la carrière professionnelle. En 2019, cette durée maximale a été portée à 24 mois lorsque l'indépendant a cotisé pendant un nombre de trimestres équivalent à, au total, au moins 15 ans (44) (45). Certes, c'est beaucoup plus qu'au départ, dans la mesure où à l'origine, la prestation financière ne pouvait être accordée qu'à une seule reprise au cours de la carrière — et ce encore jusqu'en 2013 — et pendant une durée maximale, initialement, de deux mois (!). Mais même si elles ont été progressivement assouplies, les modalités actuelles n'en restent pas moins, somme toute, fort sévères.

15. — Quatrièmement, le montant octroyé est de nature forfaitaire, et donc sans aucun rapport avec le revenu professionnel antérieur. Si, compte tenu du montant des forfaits (*supra*, n° 5), la formule peut être satisfaisante voire avantageuse pour les indépendants dont les revenus habituels sont très faibles, typiquement des indépendants en début d'activité dont les revenus se situent aux alentours du seuil de cotisation minimum — soit un gros millier d'euros bruts par mois —, elle est pénalisante pour beaucoup d'autres, ceux qui attendraient plutôt un véritable revenu de remplacement, exprimé en proportion du revenu habituel perdu. Subsidièrement, le traitement fiscal des montants laisse à désirer. L'absence de retenue à la source par la caisse d'assurances sociales d'un précompte professionnel (*supra*, n° 5) nuit en effet à la lisibilité du système pour l'indépendant, dans la mesure où ce dernier perçoit un montant brut qu'il ne conservera pas dans son intégralité.

16. — Cinquièmement, et c'est un point qui, curieusement, n'a à notre connaissance jamais été relevé, l'octroi du droit passerelle crée un « trou » sur le plan de la pension : les périodes de la carrière professionnelle de l'indépendant couvertes par le droit passerelle ne font l'objet d'aucune prise en compte pour le calcul de la pension de retraite. On sait que pour le calcul de la pension, la carrière professionnelle comprend de manière générale, aux côtés des périodes de travail qui ont donné lieu à la perception de cotisations sociales, un certain nombre de périodes dites « assimilées », c'est-à-dire des périodes d'inactivité sur le plan professionnel comptabilisées, pour les besoins de la pension, comme s'il s'était agi de périodes d'activité professionnelle en qualité de travailleur assujéti.

Dans le régime de sécurité sociale des travailleurs salariés, les périodes durant lesquelles un assuré social s'est vu reconnaître le bénéfice des allocations de chômage en raison de l'absence involontaire de travail et de rémunération, sont constitutives d'une telle période assimilée. Et lors du calcul de la pension due, les périodes assimilées — ici, les années de perception des allocations de chômage — ne sont pas valorisées sur la base du re-

venu réellement perçu, soit le montant de l'allocation, mais sur la base d'une rémunération fictive, fixée d'abord au niveau du salaire touché durant l'année civile qui précède la période assimilée, ensuite, au-delà d'un an d'indemnisation — et à la suite de mesures d'austérité prises en 2012 puis aggravées en 2019 —, au niveau du salaire minimum. L'assimilation a ainsi pour double effet majeur de « gommer » totalement la diminution de la durée de la carrière active et en partie — moins qu'auparavant — l'impact de la réduction du revenu qu'entraîne la perception d'une allocation à charge de la sécurité sociale en lieu et place d'un salaire.

Curieusement, la réglementation des pensions propre au statut social des travailleurs indépendants ne contient pas de dispositif d'assimilation identique (46). On ne voit pas ce qui le justifie, dans la mesure où, dans le statut social des indépendants, les autres périodes d'inactivité qui donnent droit à une prestation de sécurité sociale tout en étant exemptées de cotisations sont bien, elles, assimilées à de l'activité professionnelle, et donc alimentent le compteur de la carrière : on pense typiquement, parmi d'autres, aux périodes indemnisées d'incapacité de travail ou de congé de maternité (47).

17. — En guise de bref bilan, on voit que la stratégie des (tout) petits pas suivie au cours des années 2010, qui a consisté à étendre le dispositif par touches et retouches successives, n'a pas permis de lever les différents obstacles ici recensés. Le nombre d'octrois de la prestation est demeuré toujours aussi anecdotique, à tout le moins au regard de l'importance du public potentiellement concerné, alors que les modifications se succédaient à intervalles réguliers. Force est donc de constater que le « boursofflage » croissant du dispositif sans remise à plat plus fondamentale, y compris lors de la refonte de la réglementation en 2016 consécutive à sa redénomination (48) (49), s'est en pratique avéré largement inopérant, en dépit de la volonté sincère du législateur de l'améliorer.

C. — Les mesures prises au printemps 2020 dans le contexte de la pandémie

18. — Par une loi du 23 mars 2020, adoptée avant même l'octroi des pouvoirs spéciaux au gouvernement fédéral (50), le législateur a pris des mesures d'urgence en matière de droit passerelle, mais pour une période de temps *a priori* assez circonscrite, de manière à faciliter l'accès des indépendants à la prestation financière et au maintien de leurs droits sociaux (51). Depuis, ces mesures ont déjà été légèrement étendues par un arrêté royal de pouvoirs spéciaux, et seront probablement prolongées. Nous allons en dire un mot, mais l'intéressant est surtout que cette même loi a opéré une modification, « définitive » quant à elle, de la législation relative au droit passerelle, qui va dans le sens de

(44) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 7, § 3.

(45) En sens inverse, la durée d'octroi maximale est, en cas d'admission sur la base du quatrième pilier (voy. *supra*, la note n° 22), limitée à trois mois lorsque le demandeur peut prouver entre 8 et 19 trimestres de cotisation et limitée à six mois lorsqu'il démontre entre 20 et 59 trimestres, tandis qu'un passé contributif inférieur à 8 trimestres rend inéligible à la prestation : loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 8.

(46) Arrêté royal du 22 décembre 1967 portant règlement général relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs indépendants, articles 28-44 pour l'énumération de toutes les périodes assimilées.

(47) Arrêté royal du 22 décembre 1967 portant règlement général relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs indépendants, article 30bis.

(48) Législativement, la qualité du travail accompli à cette occasion est d'ailleurs discutable. Entre autres choses, la législation continue ainsi à présenter comme son champ d'application personnel ce qui constitue en réalité les principales conditions d'octroi du droit passerelle, à savoir les différentes situations concrètes de nature à donner à l'indépendant accès à la prestation financière et au maintien des droits sociaux, tandis que ce qui est présenté comme étant les conditions d'octroi de ceux-ci relève en réalité plutôt, s'agissant en tout cas des exigences d'assujettissement et de passé contributif, de la délimitation du cercle des bénéficiaires potentiels du droit, c'est-à-dire de son champ d'application.

(49) Sur le fond, on ne peut à l'évidence pas dire que « le système a été repensé en profondeur » (I. Verougstraete e.a., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, op. cit., n° 1768, p. 1243).

(50) Voy. l'introduction du présent numéro spécial par Elise Dermine et Daniel Dumont.

(51) Loi du 23 mars 2020 modifiant la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants et introduisant les mesures temporaires dans le cadre du Covid-19 en faveur des travailleurs indépendants, M.B., 24 mars 2020, 2^e éd. Pour une présentation didactique des mesures prises, voy. le site internet de l'INASTI : www.inasti.be/fr/news/difficultes-suite-au-coronavirus (consulté pour la dernière fois le 20 mai 2020).

la levée partielle de l'un des nombreux obstacles que nous venons de recenser.

19. — Quelles sont les mesures temporaires, d'abord, prises dans le contexte de la pandémie que nous traversons ? Le législateur a créé une forme de droit passerelle « corona », appelé à s'autodétruire lorsque le Covid-19 aura cessé de nuire. C'est ainsi que pour les mois de mars et avril 2020 (52), mais étant entendu que le Roi a été habilité à prolonger l'application des mesures au-delà et que usage de cette habilitation a déjà été fait pour le mois de mai (53), il est institué un droit passerelle *ad hoc*, dont le régime juridique est calqué sur celui de la passerelle « troisième pilier », soit l'interruption d'activité pour cas de force majeure, mais moyennant un certain nombre d'assouplissements (54). Le principal est que l'exigence d'une cessation totale de l'activité (*supra*, n° 13) est remplacée par celle d'une interruption complète, « à la suite du Covid-19 », pendant au moins 7 jours consécutifs au cours d'un même mois — et l'interruption peut même être seulement partielle dans les secteurs tels que l'horeca et les commerces, fermés par arrêté ministériel pour raison sanitaire mais susceptibles de poursuivre des activités de plats à emporter ou de livraison. Le second assouplissement clé est que la prestation financière mensuelle est octroyée dans son intégralité même si la mise à l'arrêt se limite à une tranche de 7 jours, dans le but, semble-t-il — les travaux préparatoires ne le disent pas explicitement (55) —, de soutenir le tissu économique. Enfin, il n'est pas requis de s'être effectivement acquitté des cotisations sociales dues pendant au moins quatre trimestres pour être éligible : il suffit d'être assujéti et redevable de cotisations au moment de l'interruption.

Les indépendants sont du coup très nombreux, depuis mars 2020, à pouvoir faire valoir une interruption forcée de leur activité d'au moins une semaine à la suite de la propagation du coronavirus et des décisions prises par les autorités pour tenter de l'endiguer (56). C'est là un assouplissement considérable, qui équivaut presque à créer une forme de chômage temporaire pour cause de force majeure au bénéfice des travailleurs indépendants, moyennant des modalités assez peu regardantes. De plus, les indemnités « corona » octroyées sur cette base ne grèvent pas le crédit de 12 mois de droit passerelle, et 24 mois en cas de passé de cotisation supérieur à 15 ans, dont chaque indépendant à titre principal dispose pour l'ensemble de sa carrière (*supra*, n° 14).

À la fin du mois d'avril 2020, un arrêté royal de pouvoirs spéciaux est venu étendre ce régime provisoire aux indépendants à titre

complémentaire qui paient, pour cette activité complémentaire, des cotisations situées entre les cotisations minimums des indépendants à titre principal et la moitié de ce seuil. Ces indépendants sont devenus éligibles à un droit passerelle partiel, qui prend la forme d'une demi-prestation financière mensuelle, soit approximativement 650 EUR par mois, et un peu plus de 800 EUR en cas de charge de famille. Pour ces indépendants, la prestation financière partielle a été — logiquement — rendue cumulable avec un autre revenu de remplacement, tel les allocations de chômage, jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel (57). Un peu curieusement, le rapport au Roi précédant l'arrêté prend pour acquis que les indépendants complémentaires qui paient des cotisations égales ou supérieures aux cotisations plancher des indépendants à titre principal étaient déjà, quant à eux, éligibles au droit passerelle « corona », et au taux plein... alors que tel n'est pas le cas (58). On imagine que lorsque l'erreur aura été aperçue, un nouvel arrêté de pouvoirs spéciaux sera adopté pour donner une base légale à la pratique administrative des caisses d'assurances sociales, qui semblent considérer depuis le début de la crise que les indépendants complémentaires qui cotisent comme les indépendants à titre principal ont bien accès aux mesures temporaires — *quod non* dans les textes.

Près de 350.000 demandes ont été acceptées par les caisses d'assurances sociales au cours de chacun des mois de mars et avril 2020, pour un montant total supérieur à un milliard d'euros (59). L'opération paraît bienvenue au vu des circonstances, et elle contribue à sortir soudainement le droit passerelle de l'anonymat. Mais il faut bien voir que, bien qu'elle sera vraisemblablement prolongée par le gouvernement en cas de poursuite de la pandémie, elle reste très provisoire, et elle ne change (pratiquement) rien à tout le reste : les limitations que nous avons relevées persistent.

20. — Le seul obstacle qui a « sauté » de manière pérenne à la faveur de la loi adoptée en mars 2020 est que les indépendants peuvent dorénavant être admis au droit passerelle (ordinaire) en raison d'une interruption forcée de leur activité, soit la troisième des quatre « portes d'entrée » possibles, sur une base hebdomadaire plutôt que mensuelle. Dans le cadre du troisième pilier, les indépendants peuvent en effet désormais prétendre à 25 % de la somme mensuelle normale par tranche d'interruption de l'activité professionnelle de 7 jours consécutifs — et donc à 50 % et 75 % de cette somme si l'interruption dépasse, respectivement, 14 ou 21 jours consécutifs (60). Cette proratisation de la prestation financière sur une base hebdomadaire en cas d'interruption

(52) Loi du 23 mars 2020 modifiant la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants et introduisant les mesures temporaires dans le cadre du Covid-19 en faveur des travailleurs indépendants, article 6, § 1^{er}, 2^o à 4^o.

(53) Loi du 23 mars 2020 modifiant la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants et introduisant les mesures temporaires dans le cadre du Covid-19 en faveur des travailleurs indépendants, article 6, § 2, et arrêté royal du 6 mai 2020 modifiant la loi du 23 mars 2020 modifiant la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants et introduisant des mesures temporaires dans le cadre Covid-19 en faveur des travailleurs indépendants, *M.B.*, 8 mai 2020. Au lieu de simplement activer l'habilitation prévue à l'article 6, § 2 de la loi, l'arrêté royal adopté a, fort curieusement, réécrit la disposition de ladite loi relative à l'application dans le temps des mesures temporaires qu'elle contient — soit son article 6, § 1^{er}, 2^o à 4^o — de sorte qu'il s'agit en réalité d'un arrêté de pouvoirs spéciaux... qui s'ignore.

(54) Loi du 23 mars 2020 modifiant la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants et introduisant les mesures temporaires dans le cadre du Covid-19 en faveur des travailleurs indépendants, articles 3-5.

(55) Proposition de loi modifiant la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, déposée par M. Denis Ducarme et consorts, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55 1090/002.

(56) Si le législateur a retenu une nouvelle hypothèse — temporaire — d'interruption contrainte, celle qui résulte du Covid-19, sans autre précision, on relèvera en passant que les travailleurs indépendants affectés par la pandémie et son impact sur l'activité auraient en soi parfaitement pu être admis au droit passerelle, au sein du régime ordinaire, sur la base de l'existence d'un « événement dont les impacts économiques touchent directement et significativement » leur activité : arrêté royal du 8 janvier 2017 portant exécution de la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 2, § 1^{er}, 5^o.

(57) Arrêté royal n° 13 du 27 avril 2020 modifiant la loi du 23 mars 2020 modifiant la loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants et introduisant des mesures temporaires dans le cadre du Covid-19 en faveur des travailleurs indépendants, notamment en ce qui concerne l'extension à certains indépendants à titre complémentaire et pensionnés actifs, *M.B.*, 29 avril 2020.

(58) Voy. en effet ce qui est dit à la note n° 37, auquel la loi initiale du 23 mars 2020 précitée n'a rien changé.

(59) D. Ducarme, « Plus d'1 milliard d'euros déjà payés aux indépendants bénéficiaires du revenu de remplacement », communiqué de presse du ministre des Indépendants, 13 mai 2020, <https://ducarme.belgium.be/fr/covid19-plus-d-1-milliard-d-eur-déjà-payés-aux-indépendants-bénéficiaires-du-revenu-de>.

(60) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, nouvel article 10, § 3, introduit par la loi précitée du 23 mars 2020. La proposition de loi à l'origine de cette dernière, déposée par des députés des partis du gouvernement en affaires courantes depuis décembre 2018, se limitait au départ à prévoir cette seule mesure, motivée par l'approche alors imminente de la pandémie, avant d'être ensuite endossée et remaniée par des représentants de tous les partis qui ont accordé la confiance, en mars 2020, au gouvernement Wilms II le temps de gérer la crise.

à la suite d'une raison indépendante de la volonté constitue une évolution non négligeable. À condition que la publicité nécessaire lui soit donnée, elle devrait à l'avenir faciliter l'accès à l'indemnisation — et à la dispense de cotisations corrélative — des indépendants qui sont confrontés à une mauvaise passe sans être pour autant complètement à l'arrêt pendant un mois plein. Ces indépendants ne sont plus contraints d'opérer un choix entre l'obtention du soutien financier et la poursuite ou le sauvetage de leur activité à temps réduit lorsque celui-ci apparaît encore possible.

On soulignera toutefois qu'on reste dans un système de « tout ou rien » à l'intérieur des périodes couvertes par le droit passerelle classique : au cours d'une tranche de 7 jours consécutifs donnant lieu à indemnisation, il demeure requis, en vertu des conditions d'octroi du droit passerelle, de ne pas exercer la moindre activité professionnelle, quelle qu'elle soit (61).

II. — Et demain ? Remettre l'ouvrage sur le métier sans tabou

21. — À présent, essayons de poser quelques jalons pour penser l'avenir, en forme de propositions à débattre. Face à l'ensemble des analyses et constats qui précèdent, est-il tellement iconoclaste de poser la question suivante : pourquoi les indépendants ne pourraient-ils pas, après tout, être couverts par l'assurance chômage (A) ? Si, à l'analyse, pareil scénario n'apparaissait pas opportun, dans quelles directions alors avancer pour, en tout état de cause, sortir d'un *statu quo* dont on perçoit désormais bien les trop nombreuses limites (B) ? Que l'on emprunte la première ou la seconde voie, progresser implique en tous les cas, dans un scénario comme dans l'autre, de remettre en cause un véritable tabou, étrangement jamais mis en débat : le mode de calcul des cotisations de sécurité sociale des travailleurs indépendants, dont le caractère anti-redistributif hypothèque sérieusement la poursuite des avancées (C)

A. — Étendre l'assurance chômage aux travailleurs indépendants ?

22. — Poser la question de savoir si les indépendants ne devraient pas être intégrés dans l'assurance chômage, comme

c'est le cas dans certains pays européens (62), constitue l'occasion de rappeler que, en réalité, un certain nombre d'indépendants ont chez nous déjà accès à l'assurance chômage, même s'il s'agit là (également) d'une faculté fort peu connue. Tous les indépendants qui ont été par le passé travailleurs salariés et qui ont connu dans ce contexte au moins un jour de chômage indemnisé sont en effet « réadmissibles » à l'assurance chômage en cas de perte de leur activité professionnelle pendant une période qui va jusqu'à quinze ans après le dernier jour indemnisé (63). Ce système dit de dispense de stage organisé par le code du chômage est très peu actionné, on imagine en partie faute d'être connu de ses bénéficiaires potentiels : en moyenne, seuls approximativement 1.200 indépendants par an, dans une fourchette située entre 938 et 1.603, ont été réadmis à l'assurance chômage au cours des deux décennies écoulées, à la suite de la perte de leur activité (64).

À nouveau, c'est très peu, alors que la durée de la dispense de (nouveau) stage n'a pas cessé d'être allongée au fil du temps, pour parvenir, en 2007, jusqu'à la durée totale de quinze années que nous connaissons aujourd'hui (65). Il n'est pas déraisonnable de supposer que le nombre d'indépendants éligibles à la réadmission à l'assurance chômage — c'est-à-dire qui ont travaillé et cotisé comme salarié par le passé, qui ont connu une période d'indemnisation par l'assurance chômage, puis qui se sont lancés dans une activité professionnelle d'indépendant et perdent cette activité — est plus élevé. Par ailleurs, le droit passerelle est en principe subsidiaire par rapport aux autres revenus de remplacement accessibles (*supra*, n° 6), dont le chômage. Ici aussi, on peut se poser la question : l'information est-elle bien communiquée par les caisses d'assurances sociales à leurs affiliés (66) ? Pourquoi un flux électronique ne permet-il pas aux caisses de consulter les données enregistrées dans le réseau informatique de la Banque-carrefour de la sécurité sociale, afin de faciliter l'accès aux droits ?

23. — Quoi qu'il en soit, les indépendants éligibles à la réadmission au chômage peuvent, exactement dans les mêmes conditions que les travailleurs salariés au chômage, reprendre une activité professionnelle partielle, et percevoir alors des allocations réduites en complément. Comme ces travailleurs, ils perçoivent des allocations de chômage, lesquelles sont calculées en fonction de leur rémunération antérieure (67). Ces allocations ne sont pas limitées dans le temps, mais sont en revanche condi-

(61) Loi du 22 décembre 2016 instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, article 5, § 1^{er}, 4^o. Indépendamment de révisions plus fondamentales, telles celles qui seront discutées dans un instant (*infra*, II), on peut se demander si la sévérité de cette règle ne devrait pas être tempérée à tout le moins par l'admission d'activités de minime importance, afin de pallier les conséquences absurdes qui pourraient découler d'une lecture trop étroitement littérale de la réglementation, exactement comme cela a été fait par la voie prétorienne, il y a longtemps déjà, en matière d'assurance indemnités. Sur l'exception de l'activité dite de minime importance dans le champ de l'incapacité de travail des travailleurs indépendants, voy. S. Hostaux, *Le droit de l'assurance soins de santé et indemnités*, coll. « Droit social », Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 369-370 et 374. Au préalable, il serait toutefois intéressant de disposer d'une vue plus précise des contrôles déployés — ou non — en pratique, par les caisses d'assurances sociales, gestionnaires de la prestation.

(62) Sur les cas, très différents, du Danemark, du Portugal et de la France, M. Byl, *Le droit passerelle, une porte d'entrée vers une assurance chômage pour les travailleurs indépendants ?*, travail de fin d'études, master de spécialisation en droit social, Université libre de Bruxelles, année académique 2018-2019, pp. 8-22. Pour un relevé systématique des pays dans lesquels les indépendants, ou en tout cas certaines catégories d'entre eux, bénéficient de l'assurance chômage, de manière obligatoire ou facultative, S. Spasova, D. Bouget, D. Ghailani et B. Vanhercke, « Self-employment and social protection : understanding variations between welfare regimes », *Journal of Poverty and Social Justice*, vol. 27, n° 2, « Self employment and social protection in Europe », 2019, p. 161.

(63) Arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, M.B., 31 décembre 1991, article 42, § 2, 3^o. Techniquement, la réglementation prévoit une dispense de nouveau stage pour tous les chômeurs qui ont déjà été indemnisés au cours des trois ans qui précèdent la demande (article 42, § 1^{er}), période de trois ans qu'elle prolonge d'une durée additionnelle variable dans un certain nombre de cas de figure (article 42, § 2), parmi lesquels, pendant douze années au maximum, l'exercice pendant six mois au moins « d'une profession qui n'assujettit pas le travailleur à la sécurité sociale pour le secteur chômage » — soit, en clair, une activité professionnelle donnant lieu à une affiliation au statut social des indépendants. Sur la logique de ce système de dispense de stage, qui est en réalité plutôt un mécanisme de maintien de l'admissibilité, dans la mesure où il ne donne pas accès à un nouveau droit mais préserve la qualité préalablement acquise de bénéficiaire de l'assurance chômage, B. Graulich et P. Palsterman, *Les droits et obligations du chômeur*, coll. « Études pratiques de droit social », Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 68, note infrapaginale n° 1. Pour un regret de ce que le code du chômage n'envisage pas le trajet inverse, de l'entrepreneuriat vers le salariat, en ouvrant l'accès à l'assurance chômage à ceux qui se sont d'abord lancés comme indépendants, J. Van Langendonck, « Het gelijkheidsbeginnsel in de sociale zekerheid », *R.W.*, 1991-1992, p. 1220.

(64) Chiffres aimablement communiqués par l'Office national de l'emploi (ONEm), par email du 28 avril 2020.

(65) Sur l'évolution de la disposition au fil du temps, L. Markey *e.a.*, *Le chômage*, vol. 1, *Conditions d'admission, conditions d'octroi et indemnisation*, Waterloo, Kluwer, coll. « Études pratiques de droit social », 2017, p. 173, note infrapaginale n° 1.

(66) Le devoir d'information et d'assistance aux affiliés qui pèse sur les caisses d'assurances sociales porte sur les droits et obligations dans le cadre du statut social des travailleurs indépendants mais aussi sur « les réglementations connexes » : arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, article 20, § 1^{er}, alinéa 4, b).

(67) Ce n'est pas à dire que le mode de calcul des allocations de chômage soit irréprochable, loin s'en faut. Il y aurait évidemment bien des choses à dire au sujet de la différenciation du

tionnées aux exigences de disponibilité pour le marché de l'emploi, lesquelles impliquent notamment l'élaboration d'un projet professionnel crédible ; et l'octroi des allocations va de pair avec un accompagnement par les services régionaux de l'emploi et de la formation professionnelle. Enfin, les périodes indemnisées par l'assurance chômage constituent des périodes assimilées au travail pour les besoins du calcul de la pension de retraite, même si cette assimilation est devenue beaucoup moins favorable depuis des mesures prises sous les gouvernements Di Rupo puis Michel.

Autrement dit, des indépendants qui se trouvent parfois dans des situations concrètes assez comparables bénéficient de droits très différents, selon qu'ils ont ou non connu dans leur vie professionnelle antérieure un jour de chômage indemnisé. Au vu, à la fois, des limites du droit passerelle, de l'inclusion déjà présente en germe des indépendants dans l'assurance chômage et des avantages que celle-ci présente comparativement, pourquoi ne pas mettre à profit la période de turbulences graves que nous traversons pour réfléchir sérieusement à l'opportunité de mutualiser le risque de la cessation involontaire de son activité économique entre tous les travailleurs, salariés comme indépendants (68), en tout cas pour les indépendants qui sont économiquement dépendants (69) ?

24. — Pour un nombre croissant d'indépendants, dont le sort est entièrement lié aux décisions d'un nombre limité de donneurs d'ordres, le risque de chômage est très présent. C'est en particulier le cas de ceux de la « nouvelle économie », celle du tournant digital et du travail de plateforme, de la valorisation de la flexibilité et de la créativité par les modes de gestion des ressources humaines, et du recours de plus en plus courant au travail indépendant dans des fonctions auparavant assurées par des salariés. À l'endroit des indépendants pour qui toutes ces mutations sont largement subies et génératrices de beaucoup de vulnérabilité économique (70), continuer à se retrancher derrière la *doxa* des « spécificités » du travail indépendant pour justifier l'absence d'assurance chômage, a quelque chose d'étrangement hors temps.

Faire entrer ces travailleurs dans l'assurance chômage, avec les droits comme les obligations qui découlent de cette couverture, pourrait être une composante importante d'un nouveau pacte social, adapté à notre siècle, aux transformations du marché du travail et à la multiplication des carrières mixtes. À tout le moins est-ce un scénario qui mériterait d'être instruit.

B. — Au minimum, repenser le droit passerelle à l'aune des besoins

25. — S'il s'avérait que cette voie n'était pas convaincante — nous n'avons pas de religion arrêtée sur le sujet, l'important étant à ce stade surtout d'ouvrir le débat et de l'informer —, alors mettons à l'étude une large remise à plat du droit passerelle qui conduise à faire de ce dispositif une couverture sociale accessible et adéquate pour sécuriser les transitions.

Dans cette direction, l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants ne doit-il pas toujours ouvrir des droits, même lorsque c'est à titre complémentaire — et, plus en amont, ne faut-il pas en revenir au principe selon lequel toute activité, lorsqu'elle présente un caractère professionnel, doit impérativement donner lieu à assujettissement, et donc à une couverture sociale ? À quel passé contributif doit être conditionnée l'éligibilité au droit passerelle ? Le maintien ou la reprise d'une activité professionnelle à temps partiel ne doit-il pas être rendu compatible, dans certaines limites, avec la perception de la prestation financière ? Ses montants ne devraient-ils pas être rendus proportionnels à l'importance du revenu professionnel perdu ? La durée d'indemnisation maximale ne devrait-elle pas être relevée ? Enfin, qu'est-ce qui justifie que la perception de la prestation financière, à la différence de tous les autres revenus de remplacement, ne donne pas lieu à une assimilation à la poursuite de l'activité professionnelle sur le plan de la pension de retraite, étant entendu que celle-ci est déjà beaucoup plus défavorable aux indépendants qu'aux salariés ?

26. — Mais au vrai, le plus important ne se situe sans doute pas là, en dépit du caractère crucial de chacun des différents paramètres pointés. Plus fondamentalement, quel est le risque social qu'il faut chercher à couvrir ? S'agissant des travailleurs indépendants, ce risque ne paraît pas encore avoir été sérieusement conceptualisé. Quel est-il exactement ? Est-ce l'évaporation des clients ? Est-ce le caractère structurellement non viable de son « affaire » ? Est-ce, plus prosaïquement, l'absence ou la faiblesse des revenus ? Est-ce la survenance de difficultés économiques graves au regard d'un état antérieur donné ? Est-ce la conséquence de circonstances extérieures imprévisibles ? Tout cela n'est pas forcément la même chose.

L'absence de réflexion aboutie à ce sujet transparait dans la législation. En dépit de sa complexité et de son volume, la réglementation du chômage, elle, est parvenue à circonscrire en

taux de remplacement en fonction de la situation familiale du chômeur et de la durée du chômage (sur le fort renforcement de la dégressivité des allocations opérée sous le gouvernement Di Rupo, D. Dumont, « Dégressivité accrue des allocations de chômage versus principe de *standstill* », *J.T.*, 2013, pp. 769-776). C'est le principe général qui nous intéresse ici, à savoir l'expression du revenu de remplacement sous la forme, en règle générale, d'un pourcentage du salaire perdu. Sur le plan fiscal — un angle d'approche particulièrement délaissé, en dépit de son importance pratique évidente — il y aurait également bien des choses à dire au sujet du traitement des allocations de chômage. Voy. l'édifiant billet de B. Mariscal, « La haine fiscale du chômeur », *TaxWorld*, 17 avril 2019, <https://taxworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/l-edito/la-haine-fiscale-du-chomeur>.

- (68) La question avait été posée par Danny Pieters (KU Leuven) déjà au milieu des années 1980... sans recevoir d'écho : D. Pieters, *Werkloosheidsuitkeringen voor zelfstandigen. Een vooronderzoek naar de mogelijkheid en wenselijkheid van een vervangingsinkomen voor werkloze zelfstandigen*, Bruges, die Keure, 1984, 150 p., dont les analyses avaient été résumées dans Id., « *Werkloosheidsuitkeringen voor zelfstandigen* », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1984, pp. 513-526 et pp. 558-571, puis brièvement rappelées dix ans plus tard dans Id., « *Beschouwingen over de mogelijkheid en wenselijkheid van een vervangingsinkomen voor werkloze zelfstandigen* », *Tussen solidariteit en eigenheid... De toekomst van het sociaal statuut van de zelfstandigen in België en de sociale bescherming voor zelfstandigen in de landen van de Europese Gemeenschap* (collectif), Gand, Mys & Breesch, 1994, pp. 225-230. Adde encore Id., *Onze sociale zekerheid : anders en beter*, préface de R. Dillemans, Kapellen, Pelckmans, 2009, p. 117, mais au sujet du modèle d'assurance chômage très sévère entretemps promu par l'auteur et baptisé « assurance de retour à l'emploi » (*terug-aan-het-werkverzekering*) — dont, à titre personnel, nous ne partageons pas les accents « workfaristes ». Il semble que l'idée d'ouvrir l'assurance chômage aux indépendants qui se lancent ait été défendue au début des années 2000 par Kris Peeters, alors administrateur délégué d'UNIZO (*Unie van Zelfstandige Ondernemers*), la principale organisation de classes moyennes du côté flamand : A. Lievens, « *Enkele sociaalrechtelijke gevolgen van het faillissement in het licht van de nieuwe Faillissementswet* », *op. cit.*, n° 50, p. 822, note infrapaginale n° 158.
- (69) Pour un raisonnement par analogie du même type, mais en matière de relations de travail, débouchant sur un plaidoyer en faveur de l'insertion des indépendants dans le jeu de la négociation collective, A. Lamine, D. Dumont et J.-B. Maisin, « Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants : une mise en carte de la problématique sociale », in D. Dumont, A. Lamine et J.-B. Maisin (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants. Cadres théoriques et études de cas*, Bruxelles, Larcier, coll. « Droit social », 2020, sous presse.
- (70) L'on vise bien ici les travailleurs dont la situation ne rencontre pas les critères de la subordination juridique. Pour ceux qui la rencontrent, c'est-à-dire les « faux » indépendants, l'enjeu est celui de la requalification de la relation de travail et l'intégration pleine et entière dans le salariat, sur le plan du droit du travail comme de la sécurité sociale. Ce ne sont pas ces situations-là qui nous intéressent ici. Sur ces situations, voy. notamment les réflexions critiques de V. Franquet, « L'instrumentalisation abusive du statut social des travailleurs indépendants : cheval de Troie pour de nouvelles fraudes ? », *Orientations*, 2016, n° 4, pp. 24-31.

termes généraux et abstraits le risque social auquel l'assurance qu'elle encadre tente de répondre : le chômage désigne l'aléa de la privation involontaire d'emploi et de rémunération auquel sont exposés les salariés qui font partie de la population active. Partant, les allocations de chômage sont destinées, et réservées, aux personnes qui, en règle, n'ont ni travail ni rémunération, mais qui veulent et qui peuvent travailler. La législation relative au droit passerelle, pour sa part, repose sur une juxtaposition de situations de vie concrètes diverses — la faillite, le règlement collectif de dettes... — qu'elle ne cherche pas à subsumer sous une formule générique. Sans doute cela confirme-t-il que l'on a affaire à un secteur de la sécurité sociale qui n'est pas encore arrivé à maturité sur le plan de ses fondamentaux.

27. — Pour aller de l'avant, une priorité serait de mieux documenter les besoins et les attentes des travailleurs indépendants — par une enquête sérieuse, et non un énième sondage en ligne peu préoccupé de veiller à la représentativité des répondants. Peut-être l'hétérogénéité des situations fera-t-elle apparaître que la réponse doit être plurielle, et combiner par exemple l'inclusion dans l'assurance chômage des indépendants dont l'activité consiste simplement en la mise en location de leur force de travail et le maintien des autres indépendants dans un droit passerelle 2.0 adossé à une philosophie beaucoup plus « préventive » qu'actuellement (71). Le cas échéant, cette réponse mixte pourrait être encore complétée par une faculté d'*opt in*, c'est-à-dire une possibilité pour les indépendants de la seconde catégorie d'intégrer l'assurance chômage, moyennant alors le paiement d'une cotisation spécifique (72).

C. — L'incongruité du mode de calcul des cotisations sociales des indépendants

28. — Quelle que soit l'orientation finalement retenue, ce que seule une discussion réellement ouverte pourra faire émerger, on ne pourra en tout état de cause plus continuer à taire la délicate problématique du mode de financement du statut social des indépendants.

Dans le régime de sécurité sociale des travailleurs indépendants, les cotisations sociales présentent en effet la caractéristique très singulière — et jamais mise en discussion, voire presque obérée — d'être dégressives. Cela veut dire que plus le revenu profes-

sionnel est élevé, plus le taux marginal d'imposition... diminue. On sait en effet que trois taux distincts se succèdent : la cotisation est d'abord de 20,5 % sur la partie des revenus professionnels annuels qui s'élève jusqu'à un premier plafond, usuellement dénommé plafond intermédiaire, tandis que sur la tranche des revenus professionnels annuels situés entre celui-ci et un second plafond, le plafond supérieur, le taux diminue à 14,16 %, étant entendu, enfin, qu'au-delà du plafond supérieur, le taux tombe à 0 % (73) — ce qui signifie que plus un euro de cotisation n'est prélevé sur la partie du revenu professionnel annuel qui dépasse ledit plafond.

En clair, celui dont les affaires sont florissantes est, au regard de son revenu total, imposé par la sécurité sociale à concurrence d'un taux effectif bien moindre que le *freelance*, l'artisan ou l'entrepreneur de jardin au revenu modeste voire précaire. Cet élément crucial, on n'entend jamais personne s'en offusquer (74). Il signifie, concrètement, que la solidarité entre « petits » et « gros » indépendants est faible. Par hypothèse, il y a moins d'argent dans le pot commun à redistribuer que si les cotisations étaient proportionnelles au revenu, c'est-à-dire exprimées, comme dans le régime de sécurité sociale des travailleurs salariés, sous la forme d'un pourcentage constant et appliqué à l'intégralité du revenu professionnel, sans plafond.

Beaucoup de petits indépendants ont le sentiment de devoir assumer des « charges » très significatives tout en bénéficiant d'une couverture sociale (encore) assez incomplète. Cette couverture n'est pas plus étendue pour les indépendants à hauts revenus, mais son coût est proportionnellement bien moindre pour eux, ce qui leur laisse toute latitude pour souscrire à d'éventuelles assurances privées complémentaires. Il est frappant de constater que ce hiatus est totalement absent de l'agenda politique, et même des cahiers de revendication des organisations représentatives des travailleurs indépendants (75) : sauf erreur, personne ne propose de financer une amélioration de la couverture — et éventuellement une réduction du premier taux des cotisations — par un relèvement voire une suppression des plafonds.

29. — Comment alors ont été financées les extensions continues des assurances sociales des indépendants depuis le début des années 2000 ? Ces améliorations, qui ont eu pour effet d'accroître significativement les dépenses, ont globalement été

(71) À cet égard, une possibilité consisterait à s'inspirer des mesures temporaires qui avaient été prises dans le contexte de la précédente perturbation majeure à avoir secoué la Belgique, à savoir la grave crise économique causée à partir de 2008 par l'instabilité du système bancaire et financier. Pendant un peu plus d'un an et demi, les indépendants en difficulté ont pu faire appel à l'assurance sociale en cas de faillite sans attendre la déconfiture, afin, précisément, de prévenir celle-ci. Par le biais d'une loi portant des dispositions diverses en matière d'emploi, l'assurance avait été ouverte aux indépendants confrontés à une baisse très significative de leurs chiffres d'affaires ou de leurs revenus — baisse qui devait répondre à des critères précisés par arrêté royal. Sur ces mesures anti-crise, prorogées à plusieurs reprises avant d'être éteintes en janvier 2011, V. Franquet, *Le statut social des travailleurs indépendants*, op. cit., pp. 42-63. Pour des données chiffrées, dont il y a des leçons à tirer, sur leurs (faibles) utilisations et coût, Cour des comptes, *Cahier 2011 relatif à la sécurité sociale*, op. cit., pp. 139-142.

(72) Qu'il nous soit encore permis de souligner que, à tort ou à raison, nous avons privilégié ici la voie d'un « reparamétrage » — mais (très) significatif ! — du système déjà en place, susceptible de persister au-delà des tourments que nous connaissons pour l'instant, à la différence d'une formule tel que l'octroi temporaire à toute la population d'un revenu de base, c'est-à-dire d'un socle de ressources identique et totalement inconditionnel, le temps que la crise passe. Sur cette formule, voy. V. Lucchese, « Covid-19 : face à la crise, l'idée du revenu universel refait surface », *Usbek & Rika*, 24 mars 2020, <https://usbeketrica.com/article/face-crise-idee-revenu-universel-refait-surface>, pour un tour d'horizon dans divers pays, et S. Leroy, « Le revenu universel pour amortir le choc du Covid-19 ? », *L'Écho*, 27 mars 2020, pour le contexte belge (Georges-Louis Bouchez, l'actuel président du Mouvement réformateur, y confirme son adhésion à l'idée, qu'il avait auparavant défendue dans un petit ouvrage : G.-L. Bouchez, *L'aurore d'un monde nouveau*, coll. « Épreuves », Marcinelle, Éditions du CEP, 2017, pp. 99-136). Pour une discussion de la voie du revenu de base spécifiquement inscrite dans le contexte du système belge de sécurité sociale, D. Dumont, *Le revenu de base universel, avenir de la sécurité sociale ? Une introduction critique au débat*, préface de O. De Schutter et postface de P. Defeyt et D. Zamora, coll. « Droit et criminologie », Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2020, à paraître, et, plus brièvement, Id., « Repenser la sécurité sociale avec le revenu de base contre le revenu de base », *Politique. Revue belge d'analyse et de débat*, n° 107, 2019, pp. 98-112. Sur le cas français, qui s'apprête à connaître des changements importants, *Droit social*, 2020, n° 7, M. Badel (dir.), « Le revenu universel d'activité », à paraître. Ce choix est adossé au pressentiment que le remède du revenu de base, surtout s'il était appelé à se maintenir, risquerait d'accélérer l'« ubérisation » de l'économie, c'est-à-dire de lui donner les conditions sociales de son plein déploiement : à partir du moment où toute la population dispose d'un socle incompressible de ressources financé par la collectivité, qu'est-ce qui retiendrait encore les employeurs et les donneurs d'ordre les moins scrupuleux d'exacerber la course au moins-disant, en termes de rémunération et de conditions de travail, sur le marché de l'emploi ? Mais c'est là bien sûr un pressentiment qui peut être contesté, par exemple en soulignant le caractère en réalité complémentaire d'un revenu de base et de la sécurité sociale. Voir, parmi bien d'autres, le débat entre F. Perl, « Épidémie et revenu de base : une mauvaise réponse pour de vrais enjeux », *La Libre Belgique*, 6 avril 2020, et P. Defeyt, « Pour un revenu de base après l'épidémie », *La Libre Belgique*, 9 avril 2020, ainsi que Id., « Ni caricatures ni images d'Épinal à l'égard des indépendants », *L'Écho*, 19 mai 2020.

(73) Arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, article 12, § 1^{er} (indépendants à titre principal) et § 2 (indépendants complémentaires), pour nous en tenir aux deux principales hypothèses, des dispositions similaires réglant les autres cas de figure. Depuis la dernière indexation en date, le plafond intermédiaire s'élève à 60.427,75 EUR, tandis que le plafond supérieur est fixé à 89.051,37 EUR.

(74) Une exception toute récente — et percutante —, la seule à notre connaissance, est le billet inhabituellement corrosif de la professeure Ria Janvier : R. Janvier, « Zelfstandigen krijen (te) veel waar voor hun geld », *Samenleving & Politiek*, vol. 26, n° 5, 2019, pp. 58-62.

(75) Pour une note critique sur le positionnement de celles-ci en rapport avec la question du financement, G. Van Limberghen, « Blinde vlekken in het sociaal statuut der zelfstandigen », *Sociale zekerheden in vraagvorm*. *Liber amicorum Jef Van Langendonck*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2005, p. 536.

prises en charge par l'intervention de l'État, c'est-à-dire par la solidarité nationale, et non par un renforcement de la solidarité entre les travailleurs indépendants (76). Aujourd'hui, la part du financement public dans le budget du statut social des travailleurs indépendants est devenue nettement plus importante que dans celui du régime général, au point d'approcher la barre des 40 % (77). Depuis l'intégration pleine et entière des indépendants dans l'assurance soins de santé, en 2008, leurs cotisations n'ont plus augmenté d'un point. Au contraire, le premier des trois taux applicables a été réduit de 22 à 20,5 % entre 2016 et 2018, dans le cadre de la politique de *tax shift* promue par le gouvernement Michel (78). Dans le même temps, la pension de retraite minimum des indépendants continuait à être augmentée ; le délai de carence applicable en matière d'incapacité de travail était très fort réduit ; les allocations de maternité, allongées ; le droit passerelle, encore étendu ; et l'arsenal des prestations visant à favoriser la conciliation entre la vie professionnelle et la vie privée, enrichi par une allocation de paternité. Toutes ces avancées, c'est donc la fiscalité générale qui les a financées, et non les cotisations sociales de leurs bénéficiaires.

Ce qu'il convient de faire exactement, nous ne le savons pas, et n'avons de toute façon ni légitimité ni expertise suffisantes pour le dire. En revanche, il ne paraît pas déraisonnable d'indiquer, au vu des éléments qui viennent d'être rapportés, que le financement du statut social des indépendants constitue un chantier auquel il est capital de réfléchir sérieusement dans la perspective de l'après-crise : on ne pourra pas continuer indéfiniment à améliorer la protection sociale des indépendants — et notre conviction personnelle est qu'il faut le faire — dans un cadre en vertu duquel mieux on se porte financièrement, moins on est mis à contribution en termes relatifs. Socialiser davantage les pertes tout en continuant à individualiser les profits est une option franchement douteuse sur le plan de la justice redistributive (79).

Conclusion

30. — Le présent texte a visé à questionner la protection sociale face au risque de chômage de ceux qui font souvent un peu fi-

gure d'oubliés en droit social : les travailleurs indépendants. Rédigé dans le contexte de la grave crise qui sévit depuis mars 2020, mais inspiré surtout par la situation préexistante et motivé plus encore par la nécessité de construire l'« après », il a présenté les contours puis risqué une forme d'évaluation du dispositif spécifique institué en 1997 dans le statut social des indépendants : l'assurance sociale en cas de faillite, entretemps devenue le droit passerelle. S'agissant de tirer les leçons de l'expérience du droit passerelle, il nous a paru difficile de ne pas constater une forme d'échec, en dépit des améliorations successives du cadre législatif. Ne serait-ce qu'au vu du nombre de bénéficiaires particulièrement faible de la formule — à peine quelques centaines par an —, la couverture proposée paraît bien déficiente. Nous avons tâché de relever les différentes failles susceptibles de l'expliquer.

31. — Les chiffres sont connus des gestionnaires du statut social des travailleurs indépendants, et ils sont constants depuis longtemps, voire diminuent, malgré les révisions répétées des textes. Parallèlement, les indépendants dont l'activité professionnelle est en péril ou connaît l'échec paraissent nombreux. Pourquoi ces réalités n'ont-elles pas suscité davantage de préoccupation ? N'est-il pas grand temps de s'emparer du problème, en particulier en manifestant une attention plus grande pour le sort des « petits » indépendants, ces milliers de femmes et d'hommes que l'on entend fort peu et qui, de fait, ne sont guère représentés par les organisations syndicales et patronales (80) ? Nous avons risqué quelques propositions en ce sens. Un jour, la pandémie sera derrière nous. Puisse cette crise comme aucune autre contribuer à faire émerger non pas seulement des roues de secours, comme le sont les mesures temporaires — fort utiles — qui ont été prises, mais aussi de nouveaux logiciels. S'agissant du droit passerelle, on est arrivé au bout d'un chemin, celui des « rafistolages » à la marge, aussi bien intentionnés ceux-ci aient-ils généralement été.

En 1973, J.-M. Berger indiquait, dans son livre évoqué en ouverture du présent texte, que « l'autonomie dans l'activité économique s'avère de moins en moins incompatible avec une couverture contre les risques sociaux » (81). Près de cinq décennies plus tard, on aurait envie d'écrire que l'autonomie dans l'activité économique, pour n'être pas seulement formelle, *nécessite* de

(76) Ce point est relevé rapidement par K. Vleminckx, « De (r)evolutie van de sociale zekerheid : 1944 tot nu », in M. Somers (coord.), *Fundamente. Sociale zekerheid in onzekere tijden*, Bruxelles, Denktank Minerva, 2019, p. 46. Techniquement, l'intervention de l'État est, comme dans le régime des travailleurs salariés, composée de deux volets : d'une part, la subvention annuelle, qui prend la forme d'un montant fixe inscrit au budget du SPF Sécurité sociale (loi du 18 avril 2017 portant réforme du financement de la sécurité sociale, 28 avril 2017, article 22) ; de l'autre, le financement alternatif, soit cet amalgame de différentes recettes fiscales frappant principalement la consommation (loi du 18 avril 2017 portant réforme du financement de la sécurité sociale, articles 9-15), auquel s'ajoute une « cotisation » annuelle forfaitaire à charge des sociétés (loi du 30 décembre 1992 portant des dispositions sociales et diverses, M.B., 9 janvier 1993, articles 88-106 ; arrêté royal du 15 mars 1993 pris en exécution du chapitre II du titre III de la loi du 30 décembre 1992 portant des dispositions sociales et diverses, relatif à l'instauration d'une cotisation annuelle à charge des sociétés, destinée au statut social des travailleurs indépendants, M.B., 3 avril 1994).

(77) INASTI, *Rapport annuel 2018*, Bruxelles, INASTI, 2019, <https://inastirapportannuel.be/2018/gestion-financiere-globale>.

(78) Loi du 26 décembre 2015 relative aux mesures concernant le renforcement de la création d'emplois et du pouvoir d'achat, M.B., 30 décembre 2015, articles 2-13, venus modifier principalement l'article 12 de l'arrêté royal n° 38 cité à la note n° 73.

(79) Sans vouloir susciter ici de mauvaise polémique, on doit bien dire être frappé de constater que la problématique évoquée dans les lignes qui précèdent est totalement absente des nombreux avis et rapports régulièrement adoptés par le comité général de gestion (CGG) pour le statut social des travailleurs indépendants. Composé pour moitié de représentants des organisations de travailleurs indépendants elles-mêmes et pour l'autre de représentants des ministres et des administrations, et hébergé par l'INASTI, le comité général de gestion a une compétence générale d'avis et de propositions en matière de statut social des indépendants, tout en étant en charge de la gestion financière de celui-ci (loi du 30 décembre 1992 portant des dispositions sociales et diverses, M.B., 9 janvier 1993, articles 107-117). Le comité plaide très régulièrement pour de nouvelles améliorations de la sécurité sociale des indépendants, et veille parfois à en faire estimer le coût, mais il ne se préoccupe en revanche guère de leur financement. Pour ne prendre qu'un seul exemple, le comité, après s'y être longtemps opposé, s'est soudainement déclaré favorable en 2019, dans un avis d'initiative, à la constitution de droits en matière de pension en cas de bénéfice du droit passerelle : comité général de gestion pour le statut social des travailleurs indépendants, « Constitution de droits à pension en cas de droit passerelle et de dispense de cotisations », avis n° 2019/09, Bruxelles, INASTI, 2019, 7 p. Si l'avis expose l'intérêt de la mesure pour les indépendants et demande qu'elle soit mise en œuvre, pas un mot n'est dit au sujet des ressources à mobiliser pour la financer. Par contraste, on relèvera que la loi sur la gestion des (autres) institutions publiques de sécurité sociale, qui règle les attributions des comités de gestion paritaires, prévoit que « le comité de gestion est tenu de donner au ministre le plan de financement de toute modification qu'il propose à la législation en vigueur et qui entraîne des charges financières supplémentaires » (loi du 25 avril 1963 sur la gestion des organismes d'intérêt public de sécurité sociale et de prévoyance sociale, M.B., 25 juillet 1963, article 17).

(80) Voy. toutefois l'initiative pionnière lancée par la CSC en 2019 : par le biais de son nouveau service *United Freelancers* (www.unitedfreelancers.be), elle a désormais ouvert l'affiliation au syndicat aux indépendants qui n'ont pas de personnel, sur la base du constat que les organisations représentatives des classes moyennes se préoccupent en pratique assez peu du sort des indépendants en bas de l'échelle sociale. Sur le travail concret de représentation et de négociation déployé par *United Freelancers* vis-à-vis des coursiers de la plateforme Deliveroo, par exemple, F. Delchevalerie et M. Willems, « Le cas d'une plateforme de livraison : Deliveroo », in *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants. Cadres théoriques et études de cas*, op. cit.

(81) J.-M. Berger, *Le droit social du travail indépendant*, op. cit., p. 54. Voy. aussi p. 243.

plus en plus une couverture efficace contre les risques sociaux. Précisément, le Conseil de l'Union européenne a adopté en novembre 2019 une importante recommandation relative à l'accès des travailleurs, « salariés et non salariés », à la protection sociale, qui préconise aux États membres de garantir à tous les travailleurs une protection sociale qui soit effective et adéquate, notamment en matière de chômage (82). Le législateur belge, « dans sa lutte incessante pour mieux protéger et soutenir les

travailleurs indépendants et pour encourager l'entreprise indépendante », pour reprendre ses propres mots (83), saura-t-il s'en saisir ?

Daniel DUMONT

Professeur de droit de la sécurité sociale à l'ULB

Centre de droit public de l'ULB

(82) Recommandation 2019/C 387 du Conseil du 8 novembre 2019 relative à l'accès des travailleurs salariés et non salariés à la protection sociale, *J.O.* C 387 du 15 novembre 2019, p. 1. Portée par la Commission, cette recommandation vise à « concrétiser » le principe n° 12 proclamé par le Socle européen des droits sociaux : « Les travailleurs salariés et, dans des conditions comparables, les travailleurs non salariés ont droit à une protection sociale adéquate, quels que soient le type et la durée de la relation de travail ». Le Socle européen des droits sociaux a été adopté par la voie d'une proclamation interinstitutionnelle commune au Parlement, à la Commission et au Conseil lors du sommet de Göteborg en novembre 2017 : Socle européen des droits sociaux, *J.O.* C 428 du 13 décembre 2017, p. 10. Sur la genèse de la recommandation de 2019 et le contexte de son adoption, S. Spasova et M. Wilkens, « La situation sociale des travailleurs indépendants en Europe : questions liées au marché du travail et protection sociale », in B. Vanhercke, D. Ghailani et S. Sabato (dir.), *Bilan social de l'Union européenne 2018*, Bruxelles, OSE/ETUI, 2019, pp. 103-124.

(83) Projet de loi instaurant un droit passerelle en faveur des travailleurs indépendants, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54 2167/001, p. 5.

Le Covid-19 et les maladies professionnelles

Ou quand la pandémie illustre les failles structurelles d'un régime

Introduction

1. — Ailleurs dans ce double numéro spécial, nous avons rappelé que le virus SARS-CoV-2 causant la maladie dite Covid-19 génère une série de risques professionnels, que les employeurs sont tenus de combattre sur pied de leurs obligations de prévention de la santé au travail (1). La présente contribution porte sur le bout de la chaîne du risque professionnel, celui de la réparation. Celle-ci est organisée par une branche de la sécurité sociale des travailleurs salariés et de celle des agents du secteur public, qui est subdivisée en deux sous-branches, ou régimes : les accidents du travail et les maladies professionnelles. C'est ce dernier qui fait l'objet de notre attention. C'est lui qui logiquement devrait assurer la réparation d'une maladie générée par l'exposition sur le lieu de travail à un agent biologique, telle que l'est le Covid-19.

En tant que branche de la sécurité sociale, offrant des prestations de prévention (écartement préventif, notamment) et d'indemnisation (indemnités pour incapacité temporaire de travail, notamment) (2), le régime des maladies professionnelles est incontestablement amené à jouer un rôle important dans la protection sociale des travailleurs face au Covid-19 (3).

La problématique est essentielle à bien des égards. D'une part, la réparation organisée par le régime des maladies professionnelles répond à une nécessité de justice sociale. Si l'activité professionnelle subordonnée organisée par l'employeur génère des dommages, le système prive les travailleurs de la possibilité d'obtenir une réparation intégrale du dommage en échange d'une indemnisation forfaitaire. L'objectif poursuivi, inscrit également dans les conventions internationales de l'OIT, est de mettre les travailleurs victimes de la maladie à l'abri des injustices, spécialement sur le plan de la preuve, qui découleraient de l'application des mécanismes de la responsabilité civile. Il garantit aussi un taux élevé de revenu de remplacement (4). D'autre part, la reconnaissance des maladies professionnelles contribue aussi, plus en amont et c'est crucial, à la prévention

desdites maladies. Elle rend en effet visible les dommages professionnels. Elle doit tenir compte des déclarations imposées aux conseillers en prévention-médecins du travail, qui est un outil de premier plan pour la prévention (5). En outre, la reconnaissance du Covid-19 comme maladie professionnelle conditionne l'application du mécanisme de l'écartement préventif (6). Celui-ci peut jouer un rôle essentiel, sur le plan de la santé publique en général et celui de la protection des travailleurs relevant des « groupes à risques » en particulier (7).

2. — S'agissant de panser le présent, les carences normatives et la politique administrative restrictive qui dominent le régime des maladies professionnelles nous poussent à poser le constat qu'il n'est pas, en l'état, apte à couvrir le Covid-19. L'institution publique de sécurité sociale à la manœuvre — l'Agence fédérale des risques professionnels (Fedris, anciennement Fonds des maladies professionnelles) — peine à l'évidence à se détacher des conceptions étroites du risque qui prévalaient à l'origine du régime, né il y a près de 100 ans, et qui ont conduit la Belgique à être un des derniers pays du monde à reconnaître la silicose comme maladie professionnelle (8). Ces conceptions prédominent dans l'interprétation administrative et percolent jusque dans la législation... laquelle est en grande majorité issue de la plume de l'autorité chargée de l'appliquer. Le cumul des fonctions (rédaction du droit, mise en œuvre administrative et règlement financier) entraîne une vision mono-centrée sur l'enjeu budgétaire, qui conduit concrètement à une réduction des personnes et des pathologies couvertes par le régime, sans débat démocratique et dans un désintérêt généralisé.

Pour penser l'après, la ministre des Affaires sociales avait pris l'initiative de créer une commission de réforme des maladies professionnelles au XXI^e siècle. Après deux années de travail, entre 2016 et 2018, son rapport final souligne la nécessité d'une refonte complète de la législation dans ses fondements conceptuels (9). Ce rapport propose des options juridiques et des orientations pratiques, en ce compris des dispositifs d'aménagement

(1) Voy. la contribution d'Elise Dermine, Sophie Remouchamps et Laurent Vogel.

(2) Le régime assure également un revenu de complément en cas d'incapacité permanente (rente), un meilleur remboursement des frais médicaux (que celui, de base, assuré par l'assurance obligatoire soins de santé) et des prestations en faveur des proches en cas de décès (rente pour les conjoints et les enfants notamment).

(3) Ce régime est organisé par des lois du 3 juin 1970 relatives à la prévention des maladies professionnelles et à la réparation des dommages résultant de celles-ci, ci-après « lois coordonnées » (secteur privé) et par la loi du 3 juillet 1967 sur la prévention et la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public, ci-après « la loi du 3 juillet 1967 » (secteur public).

(4) Pour l'incapacité temporaire (et l'écartement temporaire) les indemnités servies assurent un revenu de remplacement de 90 % de la rémunération annuelle plafonnée à 44.817,89 EUR (au 1^{er} janvier 2020). Pour certains agents de la fonction publique, le traitement normal est même maintenu à 100 %.

(5) Tant le Code du bien-être au travail (article I.4-98) que les lois coordonnées (article 61) leur imposent de déclarer les cas de maladies professionnelles, d'autres maladies dont l'origine professionnelle est établie ou suspectée ainsi que les cas de prédispositions à une des maladies professionnelles ou en cas de manifestation des premiers symptômes de celles-ci. Cette fonction d'alerte est peu investie (ce qui est un problème en soi, que nous ne pourrions pas aborder ici). La reconnaissance explicite de Covid-19 comme maladie professionnelle est de nature à favoriser des déclarations plus massives, faisant ainsi remonter des données concrètes sur les expositions professionnelles et les secteurs ou professions les plus exposées.

(6) Ce mécanisme, qui organise une cessation temporaire ou définitive de l'activité à risque avec versement d'indemnités (au taux de remplacement précité), s'adresse aux personnes menacées par une maladie professionnelle, à savoir les travailleurs qui présentent une prédisposition à la maladie ou les premiers symptômes de celle-ci (article 37 des lois coordonnées).

(7) Le non-recours à l'écartement préventif accroît le danger du « second choc » tant redouté dans le contexte de la reprise progressive du travail. En effet, à ce jour, c'est l'assurance chômage qui assure un revenu de remplacement aux personnes qui doivent être écartées du travail. Or, l'indemnisation assurée par cette branche de la sécurité sociale implique une perte de revenus significativement supérieure à ce qui serait assuré par un écartement préventif dans le cadre du régime des maladies professionnelles. Pour toutes les catégories à basses rémunérations, qui correspondent souvent aux métiers les plus exposés professionnellement au Covid-19, la solution bricolée (via l'assurance chômage) risque de retarder l'écartement préventif et, dès lors, pourrait contribuer à une contagion accrue dans la population générale. L'écartement préventif est donc un instrument de premier plan pour convaincre les travailleurs présentant les premiers signes de la maladie d'arrêter le travail. Il agit ainsi, à rebours, sur la prévention de la maladie, dans l'entreprise et dans la population en général. En outre, il permet de protéger les personnes dites à risque.

(8) Voy. a ce sujet, E. Geerkens, « Quand la silicose n'était pas une maladie professionnelle. Genèse de la réparation des pathologies respiratoires des mineurs (1927-1940) », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, vol. 56, n° 1, 2009, pp. 127-141 ; Id., « La pneumoconiose des ouvriers mineurs en Belgique (c. 1937-c. 1970) », in J. Rainhorn (dir.), *Santé et travail à la mine. XIX^e-XXI^e siècles* (dir.), Lille, Presses universitaires du Septentrion, 2014, pp. 59-79.

(9) Voy. son rapport final dans la *Revue belge de sécurité sociale*, vol. 60, n° 3, 2018, pp. 301-355. La Commission, organe consultatif composé d'experts, a été mise sur pied par l'arrêté royal du 21 avril 2016 portant création d'une « Commission de réforme des maladies professionnelles XXI^e siècle » (*M.B.*, 26 avril 2016). Les deux auteurs du présent texte en sont membres.

de la preuve. À ce jour, ses recommandations sont restées lettre morte. Dans l'attente de réformes d'envergure, l'urgence est, dans l'immédiat, à une application effective des prestations existantes qui sont assurées par le régime aux travailleurs victimes ou menacés par le Covid-19. Pour ce faire, le moyen le plus efficace est l'intervention réglementaire, par le biais, concrètement, de l'adoption d'arrêtés royaux intégrant le Covid-19 dans la liste des maladies professionnelles et le dotant d'un régime de preuve adapté à la réalité et aux possibilités concrètes d'administration de la preuve.

3. — Pour étayer cette nécessité et notre propos, s'agissant tant de la refonte systématique à opérer que de la « gestion » de l'urgence la plus immédiate, nous allons procéder en quatre étapes. Tout d'abord, nous allons donner quelques explications sur la notion de risque professionnel et sur l'appartenance du virus et sa maladie à cette catégorie. Cette analyse est opérée au départ de la notion courante du risque (I). Cela nous permettra d'illustrer par la suite le fossé entre cette notion et l'interprétation qui lui est donnée dans le régime des maladies professionnelles. Nous examinerons ensuite les conditions d'indemnisation de ce régime à travers son histoire. L'examen ne sera évidemment pas exhaustif : sa vocation est surtout d'illustrer les failles normatives et administratives du régime au moment de l'émergence de la pandémie (II). Nous démontrerons également l'incidence concrète de ces failles par une analyse centrée sur le Covid-19. Celle-ci sera, pragmatiquement, faite via le prisme administratif. S'il est certain qu'une bonne part des postulats interprétatifs de l'administration compétente peuvent être discutés (ce que nous n'aurons pas la possibilité de faire), il est surtout évident que ces discussions, qui doivent être menées sur le terrain judiciaire, ne pourront pas lever rapidement et d'une manière générale les obstacles pratiques auxquels devront faire face les demandes de réparation adressées à Fedris par les travailleurs (III). Ce constat, enfin, est la base de la proposition de modifications de la législation qui clôture notre exposé. Son objectif est d'assurer une sécurité et une prévisibilité juridiques, fondée sur des choix politiques clairs, en l'occurrence celui de permettre l'indemnisation et l'écartement des travailleurs impactés. Cette proposition est centrée sur les conditions de reconnaissance du Covid-19 comme maladie professionnelle (10) (IV).

Nous en appelons donc à une intervention politique, à très court terme pour les travailleurs atteints du — ou menacés par le — Covid-19, et à moyen terme pour l'ensemble des travailleurs, en ce compris ceux non encore couverts par le régime (les travailleurs indépendants, mais aussi les prestataires de l'économie collaborative exemptés de tout assujettissement).

I. — Le Covid-19 est un risque professionnel

4. — Le risque professionnel est appréhendé, en droit social, en termes de prévention et de réparation. Il est au cœur, c'est le premier volet, du droit de la santé au travail (11), qui impose à l'employeur d'analyser les risques d'atteinte à la santé des travailleurs issus de l'activité professionnelle et de développer une politique de prévention visant à les éliminer. La notion de risque professionnel constitue également — c'est le second volet — le fondement de la réparation organisée par les régimes des accidents du travail et des maladies professionnelles. Leur objet est l'octroi de prestations indemnifiant, dans une logique forfaitaire, les atteintes à la santé causées par le travail subordonné. Ces régimes de sécurité sociale interviennent donc au bout de la chaîne du risque professionnel : ils « réparent » des dommages qui n'ont pas été — ou qui n'ont pas pu être — évités par les dispositifs de prévention des risques professionnels mis en place par le droit de la santé au travail.

Le droit de la santé au travail définit les notions de danger et de risque. Le risque est « la probabilité qu'un dommage ou une atteinte au bien-être des travailleurs se présente dans certaines conditions d'utilisation ou d'exposition à un danger et l'ampleur éventuelle de ce dommage ou de cette atteinte » (12). Le danger, pour sa part, est « la propriété ou la capacité intrinsèque notamment d'un objet, d'une substance, d'un processus ou d'une situation, de pouvoir causer un dommage ou de pouvoir menacer le bien-être des travailleurs » (13). Ces définitions sont courantes. Nous allons donc les utiliser pour qualifier le Covid-19 en tant que risque professionnel, illustrant ainsi les rapports entre « danger » et « risque ».

5. — L'évaluation en termes de risque d'un agent biologique, tel que le virus SARS-CoV-2, suppose deux opérations intellectuelles successives.

Tout d'abord, il faut vérifier s'il constitue un danger. La dangerosité d'un virus s'apprécie en fonction de la gravité de la maladie qu'il induit et la facilité avec laquelle il se transmet d'une personne à l'autre (14). Le SARS-CoV-2 est donc un danger grave puisque la maladie qu'il génère peut être mortelle et qu'il est très contagieux. Sur l'échelle des groupes de danger consacrée en droit européen pour hiérarchiser la dangerosité des agents biologiques, le SARS-CoV-2 relève d'ailleurs, selon nous, du groupe de danger 4, soit le plus élevé (15).

La seconde opération de qualification porte sur le risque. Il s'agit de déterminer en quoi le danger est un risque. Pour ce faire, il faut tout d'abord examiner le contexte donné — le travail, pour

(10) Nous n'aborderons pas les aspects périphériques qui entravent l'indemnisation et qui sont particulièrement mal adaptés au Covid-19. Il s'agit notamment des dispositions des lois coordonnées touchant aux délais d'introduction des demandes, de la prise de cours des droits et de leur rétroactivité, dont certains aspects ont été censurés par la Cour constitutionnelle mais restent appliqués par l'administration (!). Sur ces questions, voy. à Yernaux, « Prescription et autres délais en matière de maladies professionnelles (secteur privé et public) », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2016, pp. 153-242.

(11) Il s'agit du droit du bien-être au travail dont les normes de base sont la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et le Code du bien-être au travail (ci-après CBE).

(12) Article I.1-4, 2^o, CBE.

(13) Article I.1-4, 1^o, CBE.

(14) *European Agency for Safety and Health at Work*, « Covid-19 : back to the workplace. Adapting workplaces and protecting workers », Bilbao, EU-OSHA, <http://osha.europa.eu>, 2020, p. 8.

(15) Le droit du bien-être au travail classe les agents biologiques en classes de danger selon l'importance de celui-ci (directive 2000/54/CE et article VII.1-3 du CBE). La classe de danger de laquelle relève le SARS-CoV-2 est très discutée. D'aucuns le classifient dans le groupe de danger 3 (ce qui sera, semble-t-il, la position adoptée par la Commission européenne, où la question est actuellement débattue). Cela nous semble en contradiction totale avec les mesures de prévention, sans précédent dans l'histoire, mises en place pour la population. Les critères propres aux groupes 3 et 4 sont les suivants : groupe 3 : agent qui *peut* provoquer une maladie grave chez l'homme et constituer un danger sérieux pour les travailleurs ; il peut présenter un risque de propagation dans la collectivité ; il existe généralement une prophylaxie ou un traitement efficace ; groupe 4 : agent qui provoque des maladies graves chez l'homme et constitue un danger sérieux pour les travailleurs ; il peut présenter un risque élevé de propagation dans la collectivité ; il n'existe généralement pas de prophylaxie ni de traitement efficace. Au vu des critères précités et de l'article 18.3 de la directive (« Si l'agent biologique à évaluer ne peut être classé nettement dans l'un des groupes [de danger], il doit être classé dans le groupe de risque le plus élevé parmi les groupes envisageables »), on ne voit pas comment, en l'état des connaissances scientifiques, ne pas conclure que le Covid-19 relève du groupe 4.

ce qui nous intéresse — et vérifier s'il comprend des situations où le danger existe, c'est-à-dire qui rendent possible une infection. Dans le cas du SARS-CoV-2, nous devons donc nous intéresser à ses voies de transmission. Si l'on s'en tient à ce qui fait consensus en Belgique, les voies actuellement reconnues sont les contacts entre personnes, directs (proximité physique (16)) ou indirects (via les surfaces (17) ou éventuellement les systèmes de ventilation) (18). Ce sont ainsi (à tout le moins) les contacts physiques avec d'autres personnes qui génèrent le danger, puisqu'ils exposent à la possibilité d'être contaminé. En outre, toujours sur le plan de la qualification en risque, il faut examiner en quoi l'activité concrète de travail est susceptible d'être un vecteur de la contagion. Concernant le SARS-CoV-2, un contact avec une personne infectée suffit, que cette personne présente ou non des symptômes clairs de la maladie. On doit donc poser le constat que chaque contact avec autrui peut être infectieux. C'est ce constat qui sous-tend les mesures de santé publique. La population a été invitée à rester chez elle, parce que chaque contact extérieur peut entraîner la contamination, et donc la maladie. Sur les lieux du travail, les interactions sociales sont, en grande majorité, la règle. L'exposition au danger y est donc réelle à l'exception d'activités qui ne se dérouleraient que sous la forme de télétravail. Le niveau concret du risque dépend de plusieurs facteurs, dont l'activité du travailleur, son organisation par l'employeur, le niveau de précarité qui lui permet de mettre en place une stratégie de défense de la santé et la politique de prévention. Chacun peut influencer sur le risque, généré par les contacts entre personnes. Les contacts « physiques » doivent être examinés, sous l'angle de leur diversité (nombre de personnes rencontrées au travail), de leur intensité (durée pendant laquelle ils sont maintenus et proximité entre les personnes), de la configuration des lieux où interviennent ces contacts (lieux confinés ou plein air, avec ou sans présence de mécanisme d'extraction de l'air), de l'intensité du travail (efforts physiques), etc. Les contacts avec les surfaces contaminées jouent également sur le risque, plus particulièrement en cas de succession ou partage des mêmes équipements, outils et véhicules de travail. Enfin, l'efficacité du plan de prévention du risque de contamination adopté par l'employeur peut agir sur le risque, l'éliminant ou le réduisant selon les cas (19).

6. — Le Covid-19 est donc un risque professionnel, dont l'intensité est fonction des conditions concrètes de travail. En période de confinement, le risque de contracter le virus au travail est indiscutablement beaucoup plus élevé que dans la sphère privée. Dans celle-ci, les contacts interpersonnels sont en effet réduits au strict minimum. Le Gouvernement s'est engagé, à l'heure de la rédaction de ces lignes, vers le déconfinement par étapes progressives. L'assouplissement du confinement ne signifie cependant ni la disparition ni la réduction du risque de contracter le

Covid-19 au travail. Jusqu'à une vaccination efficace et généralisée, le risque de contamination au travail persistera pendant et après le confinement, tandis que les facteurs professionnels continueront à générer une exposition plus intensive que celle subie dans la sphère privée (au sein de laquelle les personnes conservent la maîtrise et le libre choix des contacts).

II. — Les conditions d'indemnisation des maladies professionnelles telles qu'interprétées par l'administration : une évolution vers la tautologie

7. — Les régimes de sécurité sociale des accidents du travail et des maladies professionnelles ont été confrontés à la même difficulté conceptuelle, qu'ils ont dû, chacun, résoudre : arrêter des conditions d'octroi qui permettent d'attribuer une origine professionnelle (au moins partielle) au dommage indemnisé, ainsi que le cadre de preuve adéquat à la démonstration de cette imputabilité. Les deux considérations qui suivent ont, du coup, nécessairement retenu l'attention.

D'une part, les conditions d'application d'un régime d'indemnisation de sécurité sociale relèvent de la science juridique. Ces conditions reposent sur des choix normatifs et des jugements de valeur. Elles doivent pouvoir être contrôlées dans leur application par les juridictions du travail, sur la base d'approches propres à la science juridique et sans délégation du jugement final à des experts (20). D'autre part, l'origine des atteintes à la santé est une question très épineuse, puisqu'elle touche à la causalité médicale. Or, « la causalité ne peut jamais être établie avec certitude dans un cas particulier » (21). Il fallait donc se garder d'exiger une preuve impossible, ou trop exigeante. En outre, une autre difficulté surgit, liée aux approches spécifiques de la causalité par chaque discipline. En médecine par exemple, la causalité est abordée dans une perspective scientifique (à visée thérapeutique, c'est-à-dire dans l'objectif de guérir). Cette discipline cherche donc le vrai et son référent est la certitude. Ce vrai s'approche par le biais d'expérimentations et le jugement de causalité émis repose sur le degré de la probabilité, qui doit être très élevé (95 % - 99 %) pour être admis (22). L'approche méthodologique de la causalité (le rapport de cause à effet entre un facteur et une pathologie) par les disciplines de la santé procède principalement d'abstractions et de généralités. Elle ne se fonde pas sur la réalité concrète du travail (exposant aux dangers et générant les risques, lesquels se déclinent différemment selon les milieux de travail et les individus). Le recours à ces disciplines sur le plan de la preuve peut ainsi aboutir à un paradoxe : l'adminis-

(16) La proximité physique expose les muqueuses (bouche, nez, yeux) aux gouttelettes et aérosols produits par une personne infectée. Ce sont plus précisément les contacts avec les gouttelettes (ou les aérosols) qui génèrent l'infection.

(17) Les surfaces peuvent être contaminées par les gouttelettes d'une personne contaminée (on parle de « fomites »). La transmission peut intervenir via un contact des mains avec les fomites qui sont portés au visage.

(18) D'autres voies de transmission pourraient encore à l'avenir faire consensus, tels que la voie aérienne. Certaines études vont déjà dans ce sens. Notons que le préambule de l'arrêté ministériel du 30 avril 2020 modifiant l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 (*M.B.*, 30 avril 2020) mentionne que : « (...) le coronavirus Covid-19 semble se transmettre d'un individu à un autre, par voie aérienne ; que la transmission de la maladie semble s'opérer par tous les modes possibles d'émission par la bouche et le nez ».

(19) Ce plan de prévention « Covid-19 » doit avoir été arrêté en respectant les principes et règles du droit de la santé au travail, et donc avec la participation des travailleurs. Les mesures de prévention ainsi fixées doivent figurer dans les plans de prévention adaptés du fait de l'émergence du Covid-19. Les instruments de la prévention, s'ils ont été correctement établis, devraient donc permettre d'apprécier plus concrètement l'existence et l'influence des mesures de prévention sur le risque.

(20) Article 11, alinéa 1^{er}, Code judiciaire.

(21) F.M.P., « Fonds des maladies professionnelles : le système ouvert — plaintes dorsales et travail astreignant pour le dos », *R.B.S.S.*, vol. 40, n° 2, 1998, p. 443, également disponible sur le site www.fedris.be.

(22) Voy., sur cette question, K. Lippel, « L'incertitude des probabilités en droit et en médecine », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 22, 1991-1992, pp. 445-472, et spécialement p. 450.

tration de la preuve peut être rendue plus difficile dans les régimes du risque professionnel que dans celui de la responsabilité civile, où la causalité est approchée par le biais de la théorie juridique de l'équivalence des conditions.

8. — Le régime des accidents du travail, que nous n'abordons pas ici, a su, à la faveur d'un dialogue fructueux entre la doctrine, le législateur et la jurisprudence, en particulier celle de la Cour de cassation, arrêter un cadre normatif adapté à ces questions et enjeux. Par le recours aux présomptions légales notamment, le législateur a mis à charge de l'assureur les aspects les plus complexes de la preuve, à savoir ceux touchant à la cause médicale des pathologies et à l'influence des conditions de travail sur leur apparition ou développement. La victime ne doit ainsi établir que des éléments matériels d'ordre factuel. En outre, la causalité d'ordre médical (qui est présumée) est appréhendée par le biais du concept juridique de la causalité (celle de l'équivalence des conditions) (22bis).

Aucune de ces qualités ne se rencontre dans le régime des maladies professionnelles, et c'est ce qui explique son inaptitude à se saisir des risques nouveaux, dont celui qui nous occupe. La matière étant peu connue, il nous faut passer, pour étayer ce constat, par un examen des conditions d'indemnisation. Nous allons d'abord présenter succinctement ces conditions telles qu'elles sont actuellement arrêtées par la réglementation (A). Ensuite, nous en expliciterons le contenu et la portée par le biais d'une approche historique (23). Cet examen sera l'occasion de mettre le doigt sur les principales difficultés et incohérences du régime en l'état de la réglementation (B).

A. — Présentation succincte des conditions et du régime de preuve (*de lege lata*)

9. — À l'heure actuelle, les trois conditions posées à l'indemnisation, qui doivent être lues conjointement au système de preuve qui les régit (présenté au n° 10), sont les suivantes.

Premièrement, on doit être en présence d'une affection qui répond à la notion de « maladie professionnelle ». Le régime reconnaît deux types de maladies professionnelles. D'une part, les maladies dont l'origine professionnelle est admise *a priori*. Les maladies ainsi visées sont celles dites « de la liste » (24). D'autre part, les maladies qui trouvent leur « cause déterminante et directe » dans l'exercice de la profession (maladies dites « hors liste ») (25). Ces notions, inscrites dans les lois coordonnées applicables au secteur privé, sont aussi celles en vigueur dans le secteur public (26).

Deuxièmement, doit être démontrée une exposition du travailleur au « risque professionnel de la maladie professionnelle ». Cette condition est apparue dans le secteur privé en 1963. Elle est libellée, dans ce secteur, par l'article 32 des lois coordonnées, qui, depuis 1994, la définit également — nous verrons plus loin comment (*infra*, n° 15). Dans le secteur public, la condition est libellée par les arrêtés royaux d'exécution de la loi du 3 juillet 1967. Mais ni cette loi, ni ses arrêtés d'exécution ne la définissent. Ils n'opèrent pas davantage le moindre renvoi à la définition contenue à l'article 32 des lois coordonnées (27), laquelle ne peut donc être appliquée par analogie (28).

Troisièmement, il faut établir l'existence d'un lien de causalité entre la maladie professionnelle et l'exposition au risque professionnel de celle-ci. Cette condition est remplie si l'exposition au risque professionnel est à l'origine de la maladie professionnelle (et non d'autres expositions, dans la sphère privée ou dans le cadre d'un travail non assujéti). Cette troisième condition n'existe que pour les maladies hors liste. Cela signifie que, pour celles de la liste, l'origine professionnelle est irréfablement présumée.

10. — Sur le plan du partage de la preuve, la situation peut être résumée comme suit :

Conditions	Sur qui repose la preuve et mécanisme de présomption éventuel	
(1) Une maladie professionnelle (de la liste ou hors liste)	Le travailleur	
(2) L'exposition au risque professionnel de la maladie	Secteur privé	Secteur public
	Le travailleur sauf pour certaines maladies de la liste où existe une présomption réfrangible (29)	Présomption générale (pour toutes les maladies) réfrangible (30)
(3) Le lien de causalité entre l'exposition au risque professionnel et la maladie professionnelle	Maladies de la liste	Maladies hors liste
	Présomption irréfable	Le travailleur

(22bis) Voy. sur l'évolution des concepts et du régime de preuve, illustrant les interactions précitées entre le législateur, la jurisprudence et la doctrine, M. Jourdan et S. Remouchamps, *La notion d'accident (sur le chemin) du travail : état des lieux*, coll. Études pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2011, et spécialement sur l'évolution historique, pp. 23-37.

(23) Voy., pour une présentation plus complète, L. Vogel, « De la silicose des mineurs aux lombalgies des infirmières : réflexions critiques sur le droit des maladies professionnelles », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2015, pp. 472-534.

(24) L'article 30 des lois coordonnées dispose que le Roi dresse la liste des maladies professionnelles. La liste est contenue dans l'arrêté royal du 28 mars 1969 dressant la liste des maladies professionnelles donnant lieu à réparation et fixant les critères auxquels doit répondre l'exposition au risque professionnel pour certaines d'entre elles.

(25) Ces maladies sont visées à l'article 30bis des lois coordonnées.

(26) La loi du 3 juillet 1967 ainsi que ses divers arrêtés royaux d'exécution définissent en effet la maladie professionnelle par renvoi direct aux articles 30 et 30bis des lois coordonnées (article 2, alinéa 6).

(27) Cass., 4 avril 2016, RG n° S.14.0039.F, *Pas.*, 2016, p. 757, *Chr. D.S.*, 2019/9, p. 314, et note J.J., et www.terralaboris.be (avec le commentaire de B. Graulich et S. Remouchamps, « Condition d'exposition au risque dans le secteur public : la référence (traditionnelle) à l'article 32 des lois coordonnées n'a pas lieu d'être », publié le 30 mai 2016) ; Cass., 10 septembre 2018, RG n° S.18.0001.F, *Juridat*.

(28) Cfr les conclusions de l'avocat général avant Cass., 4 avril 2016, RG n° S.14.0039.F, *Juridat*, qui relève l'existence d'un régime propre et distinct d'exposition au risque pour le secteur public, excluant l'application formelle de la définition en vigueur dans le secteur privé.

(29) L'article 32, alinéa 4, des lois coordonnées autorise le Roi à instaurer une présomption pour les « industries, professions ou catégories d'entreprises » de son choix. Cette habilitation est exécutée par l'arrêté royal du 6 février 2007 fixant la liste des industries, professions ou catégories d'entreprises dans lesquelles la victime d'une maladie professionnelle est présumée avoir été exposée au risque de cette maladie. L'énumération ne vise que certaines maladies de la liste.

(30) Les arrêtés royaux d'exécution de la loi du 3 juillet 1967, qui contiennent la condition d'exposition au risque, arrêtent également une présomption générale d'exposition. Elle joue quelle que soit l'activité du travailleur ou de son employeur et vaut pour toutes les maladies, c'est-à-dire tant pour les maladies de la liste que pour les autres (Cass., 10 septembre

11. — Comme on le constate, le régime s'articule sur la division entre les maladies de la liste et les autres (« hors liste »). Jusqu'en 1991, seul le système de la liste existait. Le système belge était alors un « système fermé », qui n'autorisait l'indemnisation que des maladies énumérées dans la liste. Les insuffisances d'un tel système étaient pourtant bien connues et soulignées de longue date (31). Avec la loi du 29 décembre 1990, la Belgique a introduit un « système ouvert ». Depuis lors, le système est dit « mixte », combinant les systèmes fermé et ouvert.

Le régime reste cependant encore profondément marqué par la philosophie sous-tendant le système de la liste. Pour bien le comprendre, il nous faut remonter dans le temps, à l'origine du régime, ce que nous allons faire dans les lignes qui suivent.

B. — Analyse historique et critique des conditions d'indemnisation

12. — À l'origine du régime des maladies professionnelles, né en 1927, les conditions et le régime de preuve que nous venons d'exposer (n^{os} 9 et 10) n'existaient pas encore. À ce moment, c'est le concept de « maladie professionnelle » qui est appelé à circonscrire le dommage admis à réparation, à savoir le dommage d'origine professionnelle. Le concept est ainsi censé résoudre les questions de causalité professionnelle, c'est-à-dire le lien entre une maladie déterminée (par nature multifactorielle) et le travail subordonné.

Suivant le modèle arrêté au niveau de l'OIT (32), la maladie professionnelle va être définie comme celle dont la cause probable réside dans des facteurs professionnels nocifs. Le dommage réparé est donc celui que l'application de l'actuel droit du bien-être au travail est censé éviter. Dans le régime mis en place en 1927, la préoccupation est de réserver l'indemnisation aux pathologies dont l'origine professionnelle avérée est, sinon exclusive, du moins très prépondérante (33). Dans cette approche, deux aspects sont donc essentiels : d'une part, l'existence de certaines substances ou situations suffisamment étudiées connues pour causer une pathologie déterminée ; d'autre part, le constat que l'exposition à ces substances ne se trouve (quasi-) que dans certains milieux professionnels. Ces deux éléments réunis dégagent l'origine professionnelle de la maladie et la qualifient de « maladie professionnelle ». Ils constituent alors les seules conditions posées à l'indemnisation (actuellement subordonnées aux trois conditions expliquées *supra*, n^o 9). Dans cette logique, l'origine professionnelle ne s'appréhende pas sur

un plan individuel. Elle se déduit de l'exposition à un facteur de risque de la maladie reconnu comme prévalant dans le milieu professionnel. Ou, en d'autres termes, l'origine professionnelle de la maladie se déduit de l'exposition au « risque professionnel » de celle-ci, par opposition à un risque « vulgaire », c'est-à-dire qui concerne la population en général.

Au départ d'une probabilité (assise sur les deux prémisses très restrictives que l'on vient de mentionner), le système de la liste présuppose la causalité professionnelle. Il emporte donc une présomption irréfragable : juridiquement, c'est nécessairement l'exposition au risque professionnel qui est la cause de la maladie. Les expositions qui y sont étrangères n'ont plus à être examinées ni discutées. En d'autres termes, la présomption attachée au système de la liste neutralise l'impact des autres causes éventuelles de la maladie.

Dans cette logique, les maladies admises à réparation sont arrêtées en fixant, d'une part, le risque et, d'autre part, les industries ou professions où le risque est présent (quasi exclusivement). C'est la technique de la « double liste », qui a existé de 1927 à 1963 : le Roi arrêtrait alors deux listes, la première listant les risques (les agents) et la seconde les industries, professions ou catégories d'entreprises où le risque existe. La maladie n'était ainsi réparée que si elle figurait sur la première liste et que l'occupation professionnelle était reprise sur la seconde.

13. — La logique de 1927 — qui limite la réparation à une portion congrue de maladie — repose et ne peut fonctionner que sur le principe de la double liste. Or, en 1963, le législateur supprime la seconde liste (celles des industries et professions) (34). Il ouvre le droit à la réparation à l'ensemble des travailleurs — en même temps qu'il opère une modification de l'organisation administrative et du financement du régime (35). Il introduit alors une nouvelle condition de réparation des maladies professionnelles, celle de l'exposition au risque professionnel de la maladie (la deuxième condition citée ci-avant, n^o 9). Le législateur a expliqué que cette condition additionnelle vise à éviter l'indemnisation d'une maladie contractée « fortuitement » au travail (36). Le Conseil d'État note, de son côté, que la nouvelle condition « tend à régler la question, extrêmement délicate en l'espèce, de la charge de la preuve » (37). Il suffirait de prouver être atteint d'une des maladies de la liste et que « c'est la profession exercée (...) qui a entraîné le risque de la maladie professionnelle contractée » (38). Cependant, la liste des maladies, qui s'est étoffée dans l'intervalle, est restée, dans son libellé, construite autour du risque professionnel (39). Le législateur de 1963 fait ainsi

2018, RG n^o S.18.0001.F, *Juridat*, arrêt commenté par A. Yernaux, « La présomption d'exposition au risque professionnel dans le régime d'indemnisation des maladies professionnelles du secteur public. Commentaire de Cass., 10 décembre 2018, RG n^o S.18.0001.F. », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2019, pp. 353-372).

(31) Voy. la recommandation du 23 juillet 1962 de la Commission aux États membres concernant l'adoption d'une liste européenne des maladies professionnelles (*J.O.C.E.*, 31 août 1962, n^o 2188/62), qui pointe l'insuffisance d'un système de reconnaissance et d'indemnisation sur la seule base d'une liste et invite les États membres à prévoir, à côté de l'introduction des maladies de la liste européenne dans les listes nationales, un droit à la réparation « lorsque la preuve sera suffisamment établie par le travailleur intéressé qu'il a contracté en raison de son travail une maladie qui ne figure pas sur la liste nationale ». Ajoutons encore que le système de la liste génère, compte tenu des maladies qui y figurent et n'y figurent pas, des discriminations indirectes systématiques à l'encontre des femmes (voy. l'avis n^o 45 du 26 juin 2001 du Conseil de l'égalité des chances entre hommes et femmes sur l'impact des conditions de travail en matière de « genre et santé et l'avis n^o 134 du 16 avril 2013 du Bureau dudit Conseil sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de maladies professionnelles).

(32) Convention n^o 18 concernant la réparation des maladies professionnelles, adoptée le 10 juin 1925. La Belgique a déposé auprès de l'OIT les instruments de ratification en date du 3 octobre 1927.

(33) Si les considérations budgétaires ne sont pas explicitement mises en avant au titre de la justification de ce choix, le cas de la silicose — non retenue comme maladie professionnelle alors que son origine professionnelle est évidente — démontre qu'elles prédominent néanmoins (voy. les travaux de E. Geerkens, cités en note n^o 8).

(34) Loi du 24 décembre 1963 relative à la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles et à la prévention de celles-ci (*M.B.*, 31 décembre 1963).

(35) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1962-1963, n^o 237, p. 9. L'organisation et le financement passent de l'assurance privée (assurant les employeurs visés par la deuxième liste, soit ceux qui génèrent le risque, tenus au paiement d'une prime — comme c'est encore le cas aujourd'hui en matière d'accidents du travail) à la sécurité sociale (cotisation uniforme). Voy., pour plus de détail, A. Deroux et J. Vlaene, « Essai de phénoménologie en matière d'assurance maladies professionnelles (suite et fin) », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1963, pp. 249-262 et J. Ugeux, « L'assurance contre les maladies professionnelles », *50 ans de sécurité sociale ... et après ?*, vol. 5, *Quand le travail nuit à la santé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 28-31.

(36) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1962-1963, n^o 237, p. 8.

(37) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1962-1963, n^o 237, p. 50.

(38) *Ibidem*.

(39) Aucune impulsion nouvelle réorientant la rédaction de la liste des maladies n'a en effet été donnée par le législateur. Au contraire même, puisque les travaux préparatoires mentionnent que « la liste de ces maladies devra, comme par le passé, être établie en fonction du risque qui y donne lieu » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 1962-1963, n^o 237, p. 9). Le Conseil d'état souligne que ce libellé se justifie « à peine de rendre impossible l'application de certains autres articles [celui énonçant la condition d'exposition au risque et celui concernant l'écar-

émerger, en droit, deux conditions *distinctes* mais fondées toutes deux sur le risque professionnel. Concrètement, les deux conditions se mélangent (40).

L'interprétation de la notion de risque professionnel est ainsi centrale. C'est elle qui va fixer le curseur quant à la nature et l'intensité de la relation causale. Pourtant, le législateur de 1963 ne s'est pas préoccupé d'encadrer cet aspect essentiel d'explications détaillées (41). L'administration a donc le champ libre. Pour celle-ci, le lien de causalité « doit s'appuyer sur le calcul de probabilités à partir de données scientifiques et épidémiologiques » (42). La preuve est ainsi fonction d'études qui ne peuvent appréhender les expositions professionnelles concrètes et réelles. Or, ces dernières sont tributaires des choix d'organisation de chaque employeur, la réalité étant celle de l'extrême diversité des risques selon les entreprises (issus de leurs processus propres et de la politique de prévention effectivement mise en œuvre), réalité que des études abstraites ne peuvent pas saisir. En outre, les résultats de ce type d'études sont souvent orientés par leur financement (43), tandis que leur coût est très prohibitif, à telle enseigne que Fedris lui-même n'en effectue aucune (44). Dans le même temps, les considérations budgétaires restent dominantes. D'une part, elles retardent l'inscription de pathologies pour lesquelles existent des évidences statistiques (45). D'autre part, elles influent sur le choix des critères d'exposition dégagés par l'administration pour admettre, par maladie, le risque professionnel de celle-ci (c'est-à-dire concrètement le lien causal). Ces critères expriment, bien souvent, des exigences renforcées en termes de causalité par rapport aux données scientifiques disponibles.

Ces exigences d'exposition sont, depuis le départ, questionnées par la jurisprudence, qui a très tôt affirmé le caractère indicatif et non contraignant de ces critères administratifs d'exposition et mis en avant l'importance d'apprécier le risque professionnel en fonction des facteurs individuels de réceptivité (46). Cet apport interprétatif émanant du pouvoir judiciaire, chargé du contrôle de la légalité des décisions de l'institution de sécurité sociale et de l'interprétation des conditions légales d'indemnisation, aurait dû inciter l'administration à revoir sa conception de la cau-

salité. Tel n'est cependant, en pratique, pas le cas. La jurisprudence n'est ainsi pas prise en compte.

14. — On pourrait penser que l'introduction du système ouvert, en 1990, allait changer la donne. Par hypothèse, l'indemnisation des maladies « hors liste » suppose en effet de sortir de la logique en œuvre, qui fait reposer le rapport de causalité sur les seules évidences statistiques. C'est en effet l'inexistence de ces dernières, ou leur écartement arbitraire, qui empêche l'entrée dans la liste. Pour ancrer le sens du système ouvert dans le régime, il aurait donc fallu en repenser la philosophie de base et notamment développer une nouvelle approche de la causalité, qui permette d'admettre pleinement des maladies non listées, et par la même occasion de mieux appréhender la nature multicausale de toutes les maladies. S'agissant de ce dernier aspect, pareille refonte aurait dû permettre de dégager une définition de la causalité souple (apte à s'appliquer à la configuration sans cesse nouvelle des risques issue de l'évolution du monde du travail) et pensée en termes d'accessibilité de la preuve. Le régime des maladies professionnelles aurait pu ainsi être doté d'un appareil normatif moderne, reposant sur des choix et une vision arrêtés et assumés politiquement par les pouvoirs législatif et exécutif quant à l'étendue de la couverture, conditionnée par la notion de causalité mise en œuvre et le régime de preuve.

Mais le politique, comme la science juridique, s'intéressent très peu au régime. Les évolutions sont ainsi restées celles préconisées par l'administration. La vision dégagée par celle-ci en matière de causalité a donc pu continuer à prospérer.

Le législateur, en 1990, définit les maladies hors liste comme celles trouvant leur cause « déterminante et directe » dans l'exercice de la profession, sans encadrer cette nouvelle notion de précisions détaillées. En mars 1994, le comité de gestion de Fedris, sur recommandation de l'administration, livre son interprétation de la notion dans une importante note (47). Les critères d'interprétation retenus ont pour objet de soumettre la maladie hors liste à la probabilité épidémiologique (48), c'est-à-dire la logique qui domine la liste. Concrètement et en vue de satisfaire à cette conception, l'administration exige la preuve d'un lien causal « pour ainsi dire sûr », de sorte que l'éventualité que

tement préventif (...) où il est question des risques de la maladie professionnelle » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 1962-1963, n° 237, p. 49). En conséquence, les entrées (codes) de l'actuelle liste des maladies restent articulées, de manière plus ou moins cohérente, sur les facteurs de risque, classés d'ailleurs selon une typologie que l'on retrouve dans la réglementation en matière de prévention (agents chimiques, biologiques et physiques). La grande majorité des maladies de la liste sont identifiées uniquement par l'agent causal, c'est-à-dire par le facteur de risque admis à réparation (chrome, benzène, suie, par exemple). Lorsque ce n'est pas le cas, d'autres méthodes sont utilisées, veillant à lier la maladie au facteur de risque. Ainsi, certaines maladies sont désignées par un nom qui évoque directement l'agent causal (farineuse, silicose, asbestose par exemple).

(40) Au point tel d'ailleurs que l'intitulé de l'arrêté royal fixant la liste des maladies sera ensuite modifié, pour préciser qu'il fixe non seulement la liste des maladies professionnelles, mais également « les critères auxquels doit répondre l'exposition au risque professionnel pour certaines d'entre elles » (arrêté royal du 26 mai 2002 portant modification de l'arrêté royal du 28 mars 1969 dressant la liste des maladies professionnelles donnant lieu à réparation, *M.B.*, 26 juin 2002). Pour certaines maladies, des critères d'exposition sont fixés en annexe de la liste. Pour d'autres, et sous l'écriture de l'administration, le libellé du code arrête une pathologie (au libellé plus ou moins large) mais en restreint le champ d'application à certains travailleurs, dont on accepte de reconnaître que leur travail les expose davantage au risque. Cette méthode, sur laquelle nous reviendrons (n° 18), fait ressurgir le principe de la double liste.

(41) Les travaux préparatoires indiquent seulement que « cette condition se justifie par le fait que certaines maladies peuvent trouver leur origine aussi bien dans un risque professionnel que dans les conditions extra-professionnelles » et que « le risque professionnel comprend le risque de contracter la maladie professionnelle par la seule présence sur les lieux du travail alors même que le travail effectué dans l'entreprise en cause n'est pas susceptible de provoquer cette maladie » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 1962-1963, n° 237, pp. 8-9).

(42) F.M.P., « Fonds des maladies professionnelles : le système ouvert — plaintes dorsales et travail astreignant pour le dos », cité. Voy. sur la conception de la causalité arrêtée par l'administration, les écrits de Marc Vandeweerd, dont « La causalité dans l'assurance contre les maladies professionnelles », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1995, pp. 419-448. Il y expose notamment qu'il faut prouver, « en s'inscrivant dans la conception probabiliste de la causalité au sens de SUPPER [lire Susser], que l'exposition a provoqué une augmentation importante du nombre de cas de maladie, par rapport à la population non exposée, sans que cette augmentation puisse s'expliquer par d'autres facteurs » (p. 430). Cette approche ne retient des sciences médicales que les données quantitatives de l'épidémiologie. Il s'agit d'une discipline scientifique dont l'objet ne porte pas sur l'activité réelle du travail mais sur des regroupements destinés à établir des probabilités statistiques.

(43) Rappelons que certaines études épidémiologiques ont ainsi pu infirmer, pendant longtemps, le lien causal entre le cancer du poumon et la cigarette. Voy. D. Michaels, *Doubt is their product : how industry's assault on science threatens your health*, New York, Oxford University Press, 2008.

(44) On notera au passage que la documentation scientifique mise à disposition du public par Fedris sur son site internet est des plus indigentes.

(45) Outre le cas emblématique de la silicose, on peut citer celui des troubles musculo-squelettiques (TMS — il s'agit des tendinites par exemple). Dans la liste, le code visant les TMS des membres supérieurs était initialement réservé aux artistes de spectacle. Or, il était flagrant que cette maladie touchait bien davantage de travailleurs, notamment tous ceux contraints à des gestes répétés ou impliquant des postures contraignantes pour les muscles et les tendons. Fedris ne recommandera l'élargissement du code qu'en 2012.

(46) Voy. notamment C.T. Liège, 26 juin 1989, RG n° 15.023/88, www.terralaboris.be. Les juridictions y resteront attachées, voy. ainsi par exemple, C.T. Mons, 25 février 2008, *Chr. D.S.*, 2009, p. 465 et C.T. Bruxelles, 19 mars 2014, RG n° 2012/AB/692, www.terralaboris.be. Soulignons que ces facteurs individuels peuvent influencer considérablement le risque concret de la maladie, raison pour laquelle la jurisprudence refuse de les exclure de l'analyse et souligne, au contraire, leur importance.

(47) Voy. J. Ugeux, « L'assurance contre les maladies professionnelles », *op. cit.*, p. 25, qui cite un large extrait du texte arrêté le 3 mars 1994 par le conseil technique (actuellement le conseil scientifique) et le comité de gestion. Les critères d'interprétation y exprimés sont repris la brochure de Fedris « L'exigence de la causalité dans le système ouvert + Plaintes dorsales - novembre 1997 », déjà citée.

(48) Comme l'explique en détail la note de 1997 que nous venons de citer (*cf.* la note précédente).

la pathologie ait pu également se manifester en dehors de la profession soit « vraiment négligeable ». L'exercice de celle-ci doit être « la cause réellement déterminante, prédominante, prépondérante ou décisive ». Ainsi, la victime doit prouver que l'incidence des autres causes de la maladie (par essence pluri-factorielle) est très faible. La Cour de cassation a clairement censuré cette approche par un des rares arrêts de principe rendus en la matière, en 1998. Elle se prononce sur la nature du lien causal énoncé par l'article 30*bis*, en considérant que l'exercice de la profession doit constituer l'un des facteurs causals de la maladie, et non la cause exclusive ou principale de celle-ci. En conséquence, la maladie peut avoir plusieurs causes et la victime n'a pas à démontrer l'influence propre de chaque cause (49). Nonobstant l'importance de cet apport interprétatif, Fedris continue néanmoins toujours à appliquer son interprétation, laquelle a pu continuer à prospérer face au faible nombre de recours et en dépit de nouvelles condamnations par les juridictions du travail.

15. — La brochure de 1997 explique en outre que l'interprétation administrative de la causalité des maladies hors liste (le lien « déterminant et direct » selon l'article 30*bis*) a été reprise, textuellement, dans les lois coordonnées. Tel n'est pas le cas. Fedris fait en effet, en réalité, référence à la définition de notion d'exposition professionnelle au risque de la maladie professionnelle. Il s'agit de la deuxième condition d'indemnisation (citée *supra*, n° 9), insérée en 1963 et qui s'ajoute à la condition fondée sur l'existence de la maladie professionnelle (première condition citée au n° 9). Cette notion d'exposition au risque professionnel s'est en effet vue dotée d'une définition légale par l'effet de la loi du 21 décembre 1994 (50). Selon cette définition, « Il y a risque professionnel (...) lorsque l'exposition à l'influence nocive est inhérente à l'exercice de la profession et est nettement plus grande que celle subie par la population en général et dans la mesure où cette exposition est, selon les connaissances médicales généralement admises, de nature à provoquer la maladie ». La doctrine et la jurisprudence, s'arrêtant, en l'absence de toute indication dans les travaux préparatoires, sur les termes légaux et la notion même de risque (qui vise une virtualité, une possibilité), y voient une définition générale, qui « ne contient aucune clause, ni de durée minimum, ni d'intensité minimum, pas plus qu'elle ne contient de critères de diagnostics médicaux, d'évaluation ou de prévention », et donc une « formule souple », mettant les travailleurs à l'abri de critères et conditions rigides et non individualisés et assurant un débat scientifique « ouvert et multidisciplinaire » (51). Ce n'est pas (du tout) l'op-

tion de Fedris, qui persiste à axer la notion et sa preuve dans la technique médicale probabiliste.

La définition du risque professionnel déposée à l'article 32 des lois coordonnées est ensuite modifiée en 2006 (52). Sous le couvert de l'introduction dans la législation d'un nouveau dispositif de prévention (la « maladie en relation avec le travail ») (53), la modification porte sur le dernier élément de la définition. Le facteur de danger ne doit plus seulement être susceptible de causer la maladie ; il doit constituer, « dans les groupes de personnes exposées », « la cause prépondérante de la maladie ». À suivre l'interprétation que Fedris en donne, pour satisfaire à la condition d'exposition au risque professionnel, l'exposition au facteur de danger doit être la cause significative de la maladie, ce qui signifie que l'impact des autres causes doit avoir été précisé et évalué, puis jugé non important. En outre, cet examen devrait intervenir *in abstracto*, sans considération pour les facteurs de réceptivité au danger, qui caractérisent pourtant la probabilité de développer la maladie suite à l'exposition au danger. Cette interprétation signifie que le législateur aurait entendu supprimer la notion même de risque (c'est-à-dire passer d'un lien possible entre l'exposition et la maladie à un lien certain), et imposer un examen purement abstrait, sans considération pour les facteurs individuels. Les travaux préparatoires n'affirment cependant, ni de près, ni de loin, une telle volonté, ni d'ailleurs celle de privilégier l'approche de l'administration sur celle de la jurisprudence (54). Il n'empêche que cette modification, dont la portée est toujours discutée en jurisprudence (55), permet à Fedris de réaffirmer son option de causalité restrictive : l'appréciation de l'exposition au risque professionnel « doit être effectuée exclusivement de manière collective et abstraite sur la base d'études épidémiologiques ayant mis en évidence une corrélation statistique entre une exposition suffisante à une influence nocive spécifique et la prévalence d'une maladie spécifique » (56).

16. — Dans une telle perspective, quelles sont encore les possibilités de voir indemniser une maladie qui, dans la logique du système mixte, n'est pas sur la liste puisque, précisément, les données statistico-épidémiologiques manquent pour affirmer une causalité de ce type ? La définition du risque professionnel apparaît ainsi « taillée » pour contrer l'élargissement de la réparation aux maladies non listées, ce que confirme le taux exceptionnel de rejet des maladies hors liste (57). L'interprétation administrative fait du système hors liste uniquement un marche-pied vers la liste pour certaines maladies, celles dont l'administration finit par admettre la causalité professionnelle, et ce bien souvent avec un recul temporel conséquent par rap-

(49) Cass., 2 février 1998, *Chr. D.S.*, 1998, p. 527 ; *R.B.S.S.*, 1999, p. 573 et note D. De Brucq, « Maladie professionnelle hors liste, condition de causalité, arrêt de la Cour de cassation, 2 février 1998, *FMP c. V* ».

(50) Loi du 21 décembre 1994 portant des dispositions sociales et diverses, *M.B.*, 23 décembre 1994. Les seules précisions fournies par les travaux préparatoires sont qu'il serait « urgent » d'introduire une définition de la notion de risque professionnel, vu l'évolution dans le domaine de la réparation des maladies, le développement des maladies « aspécifiques » (caractère multifactoriel des maladies) et l'introduction du système ouvert (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1994-1995, n° 1218/1, p. 16).

(51) D. De Brucq, « La notion de maladie professionnelle », *Guide social permanent. Sécurité sociale : commentaires*, P. I, L. V, T. II, chapitre II, section 2, n° 120 ; C.T. Mons, 25 février 2008, précité ; C.T. Bruxelles, 19 mars 2014, précité.

(52) Loi du 13 juillet 2006 portant des dispositions diverses en matière de maladies professionnelles et d'accidents du travail et en matière de réinsertion professionnelle (*M.B.*, 1^{er} septembre 2006).

(53) Précisions que ce concept désigne un nouveau dispositif de prévention, distinct de celui de l'écartement préventif, censé permettre à Fedris d'agir en amont de la survenance de la maladie, par le biais de prestations concrètes visant à éviter l'apparition des maladies professionnelles. Ce dispositif n'est, à l'heure actuelle, mis en œuvre que pour les pathologies dorsales et pourrait éventuellement l'être à l'avenir pour le *burn-out*.

(54) Voy. pour un examen des travaux préparatoires, S. Remouchamps, « L'indemnisation des dommages générés par les incidents psychosociaux dans les régimes de réparation des risques professionnels », in D. Dumont et P.-P. Van Gehuchten (coord.), *Actualités en matière de bien-être au travail*, Bruxelles, Bruylant, coll. UB³, 2015, pp. 173-286 ; L. Vogel, « De la silicose des mineurs aux lombalgies des infirmières », *op. cit.*, pp. 505-510.

(55) L'antagonisme peut être illustré par l'arrêt de la cour du travail de Liège du 1^{er} décembre 2017, soumis par Fedris à la censure de la Cour de cassation (dont l'arrêt n'a toujours pas été rendu) : C.T. Liège, div. Liège, 1^{er} décembre 2017, RG n° 2016/AL/758. En doctrine, voy. S. Remouchamps, « L'indemnisation des dommages générés par les incidents psychosociaux dans les régimes de réparation des risques professionnels », *op. cit.*, pp. 262-274.

(56) C.T. Liège, div. Liège, 28 juin 2019, RG n° 16/811/A, www.terralaboris.be, le passage cité exposant la position défendue par Fedris devant la cour.

(57) En 2018, dans le secteur privé, 5 décisions positives ont été adoptées dans le cadre du système hors liste, tandis que 909 travailleurs, et surtout travailleuses, se voyaient opposer un rejet : 37 hommes et 872 femmes (Fedris, *Rapport statistique. Maladies professionnelles*, Bruxelles, 2019). Notons que la ministre des Affaires sociales n'a jamais fourni d'explication sur l'inégalité entre hommes et femmes, évidente à la seule lecture des tableaux statistiques que lui remet son administration.

port aux données scientifiques. Ces maladies se voient ainsi reconnues dans le système hors liste, jusqu'à leur insertion dans la liste (58).

Par ailleurs, le dévoiement de la notion même de risque professionnel opérée par l'interprétation précitée affaiblit également la portée de la présomption issue de l'inscription de la maladie sur la liste. Même à l'endroit des maladies de la liste, le lien entre l'exposition à l'agent nocif et la maladie doit en effet être établi de manière certaine.

Il nous faut donc conclure que l'interprétation de la causalité prônée par Fedris rend concrètement, sinon impossible, du moins excessivement lourde l'administration de la preuve, tant pour les maladies de la liste que pour les autres. Le travailleur doit établir lui-même les aspects les plus complexes, touchant à la causalité (le lien de cause à effet entre les facteurs professionnels et la maladie) et à la nocivité des expositions (la capacité à générer la maladie). L'interprétation administrative des textes par l'institution de sécurité sociale multiplie les exigences scolastiques en surinvestissant la preuve épidémiologique et statistique. Ces biais écartent les raisonnements *juridiques* de causalité, pour renvoyer vers d'autres disciplines. Ils imposent l'usage d'éléments de preuve inaccessibles au commun des mortels, et laissent sans solution les nombreux cas où ces instruments sont tout simplement inexistantes. Il n'est pas exagéré d'affirmer que, dans bien des cas, l'administration de la preuve qui repose sur le travailleur relève de l'impossible.

Les victimes qui en appellent à la protection des juridictions du travail sont peu nombreuses (59), et leur recours se heurte aux incohérences conceptuelles du régime. En pratique d'ailleurs, les recours se concentrent, à près de 80 %, dans le ressort de la cour du travail de Liège, où l'expertise médicale et juridique de la matière y est significativement développée (59bis). Enfin, les victimes vivent, en pratique, un parcours judiciaire éprouvant (sur le plan humain et financier), tant Fedris multiplie les contestations de tout ordre.

III. — Le Covid-19 et le régime des maladies professionnelles : les faiblesses de la situation de *lega lata*

17. — Nous poursuivons maintenant notre analyse en examinant le sort que le régime des maladies professionnelles, tel qu'il est interprété par l'administration qui en a la charge, réserverait à un travailleur atteint du Covid-19 (ou à ses proches qui sollicite-

raient les prestations de la branche en cas de décès). Il s'agit d'exposer la situation de manière pragmatique, en tenant compte donc des exigences administratives. L'objectif n'est plus, ici, de discuter ces dernières, mais de montrer les conséquences concrètes sur lesquelles leur application débouche dans le cas des travailleurs qui nous occupent.

Nous présenterons la question en deux temps. Premièrement, nous ferons l'analyse dans le système de la liste, sur la base du seul code applicable (A). Nous verrons que ce code est limité à certains travailleurs. Nous exposerons aussi brièvement les exigences de l'administration relativement à ce code sur le plan de l'exposition au risque professionnel. Nous étendrons ensuite l'analyse au système hors liste, qui est le seul système possible pour tous les travailleurs non admissibles au code existant (B). Comme on s'en doute, les difficultés de reconnaissance sont, pour eux, encore bien plus importantes.

Cette double analyse renforce nos constats et critiques. En l'état, il y a fort à parier que seul un nombre réduit de travailleurs exposés professionnellement au risque du Covid-19 pourront bénéficier de la réparation. Alors que, dans le même temps, le Covid-19 présente des caractéristiques qui devraient faciliter son appréhension par le régime (latence très courte et force statistique de l'association entre certaines activités professionnelles et la maladie).

A. — Le Covid-19 et le système de la liste : examen du code 1.403.03 et des exigences d'exposition au risque

18. — Le seul code susceptible de concerner le Covid-19 est la dernière entrée du point 1.4 de la liste des maladies professionnelles (qui regroupe des « maladies professionnelles infectieuses et parasitaires »). Il s'agit du code 1.404.03, dont le libellé est le suivant :

« Autres maladies infectieuses du personnel s'occupant de prévention, soins, assistance à domicile ou travaux de laboratoire et autres activités professionnelles dans des institutions de soins où un risque accru d'infection existe » (60).

La technique d'identification du risque (au sens explicité *supra*, à la note n° 39) mise en œuvre pour ce code associe un libellé large de la maladie (maladie infectieuse) à une restriction de son champ d'application. Ressuscitant le système de 1927 fondé sur la « double liste », cette méthode n'autorise l'indemnisation du travailleur atteint par la maladie listée que s'il exerce l'une des activités énumérées. Cette limitation ne peut trouver sa base légale dans l'article 30 des lois coordonnées (61). Elle pourrait trouver assise dans l'article 48 de celles-ci (62). Elle nous semble

(58) L'exemple des troubles musculo-squelettiques déjà cité est éclairant. L'élargissement du code les concernant (1.606.22), autrefois réservés aux seuls artistes de spectacle, est intervenu après l'acceptation des cas dans le système hors liste. Depuis la modification du code en 2012, le système hors liste a, en pratique, cessé de fonctionner, si ce n'est à la marge (*ibidem*). Précision encore que l'indemnisation de ces pathologies dans le système de la liste demeure néanmoins tributaire de la politique interprétative de Fedris en rapport avec les critères d'exposition, qui restreint l'efficacité de l'inscription sur la liste des maladies professionnelles.

(59) Si l'on compare le nombre (total, et quel que soit l'objet) des décisions prises par Fedris en 2018 avec le nombre de recours en justice introduits en 2019 (étant entendu que le délai de recours est d'un an), on arrive à moins de 7 % de décisions contestées. Il semble que plus de 60 % de ces recours concernent les conditions d'indemnisation exposées ci-avant. Les pratiques administratives régissent donc l'écrasante majorité des demandes.

(59bis) Cette expertise, particulièrement sur le plan médical, apparaît indispensable pour mener et instruire les litiges au vu de la complexité et de la spécialité des débats générés par l'interprétation administrative exposée ci-avant. Le très faible nombre de recours dans les autres ressorts semble ainsi s'expliquer avant tout par l'absence de l'expertise nécessaire pour affronter les positions administratives.

(60) Ce libellé est celui issu de l'arrêté royal du 12 juillet 1991 (*M.B.*, 21 août 1991), qui a étendu le code initial. Le code était au départ libellé comme suit : « Autres maladies infectieuses du personnel s'occupant de prévention, soins, assistance à domicile ou travaux de laboratoire ».

(61) Le législateur de 1963 a précisé explicitement que l'habilitation conférée par l'actuel article 30 rompt avec la logique de la loi de 1927. Cette dernière donnait pour mission au pouvoir exécutif de dresser la liste « avec mention, pour chacune d'elles, des industries ou professions où elles donnent lieu à réparation » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 1962-1963, n° 237, p. 49). Ces mots ayant été supprimés à dessein, l'habilitation de l'article 30 porte uniquement sur la liste des maladies et non sur les restrictions du champ d'application.

(62) Voy. en ce sens P. Delooy et D. Kreit, *Les maladies professionnelles*, 3^e éd., coll. Droit social, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 70. Il est exact que l'exposé des motifs de la loi de 1963 signale que, si des restrictions ne sont pas autorisées sur pied de l'actuel article 30, elles sont cependant possibles sur pied de l'actuel article 48 des lois coordonnées. Le préambule de l'arrêté royal de 1969 arrêtant la liste vise d'ailleurs les (actuels) articles 30 et 48. Ce dernier article autorise le Roi à limiter le droit à la réparation, pour « des raisons d'ordre médical », « aux travailleurs de certaines industries, professions ou catégories d'entreprises ». On ne trouve cependant pas d'habilitation similaire dans la loi du 3 juillet 1967 (secteur public). Il

plutôt fondée sur l'article 32, alinéa 3, desdites lois, qui autorise le Roi à fixer des critères d'exposition (63). Ceci signifie que le code exprime, en visant les activités, des critères d'exposition.

19. — En tant que maladie, le Covid-19 entre incontestablement dans le code. La pathologie est en effet définie d'une manière générique et large (toutes « autres maladies infectieuses » (64)). Il n'est pas contesté que le Covid-19 constitue une maladie infectieuse.

Par contre, ce code ne joue, à tout le moins pour le secteur privé, que pour certaines personnes. Comme on vient de le dire, cette limitation correspond à des critères d'exposition. Comme les autres codes de la liste relatifs aux agents infectieux qui présentent les mêmes limitations (tuberculose du code 1.404.1 et hépatite virale du code 1.404.02), ils circonscrivent des activités qui, habituellement, peuvent générer un contact infectieux. Le libellé du code 1.404.03 distingue deux groupes. D'une part, les travailleurs « s'occupant de prévention, soins, assistance à domicile ou travaux de laboratoire ». D'autre part, ceux exerçant une autre activité professionnelle « dans des institutions de soins où un risque accru d'infection existe ». Pour le premier groupe, seule la tâche professionnelle compte. Pour le second, le critère est l'endroit où les activités professionnelles (quelles qu'elles soient) sont fournies. Il doit s'agir d'une institution de soins (65), où, de plus, existe un « risque accru d'infection ». Il a été jugé, sur cette notion, que « Le risque est accru par rapport à des activités qui ne font courir aucun risque : si l'activité se déroule dans un milieu à risque, celui-ci est d'office accru » (66).

20. — Formellement, les critères d'exposition qui seraient inclus dans la liste, comme c'est le cas ici, ne dispensent pas le travailleur de prouver qu'il a été exposé au risque professionnel de la maladie. Seule la présomption peut le faire. On rappelle que celle-ci s'applique à toutes les situations dans le secteur public et, dans le secteur privé, uniquement si la maladie de la liste est visée par l'arrêté royal du 6 février 2007 (*supra*, n° 10). Le code 1.404.03 n'y figure pas. Pour les travailleurs relevant du secteur privé, répondre aux exigences du code ne suffit donc pas. Ils doivent en outre démontrer que le travail les a exposés au risque professionnel de la maladie.

Fedris a arrêté, via des FAQ (disponibles sur son site internet) (67), ses exigences pour admettre les travailleurs malades du Covid-19 à la réparation légale dans le système de la liste. Son approche ne se décline pas au travers des éléments de la définition de l'exposition au risque professionnel (article 32). Curieuse-

ment, elle ne cadre pas non plus avec les deux groupes visés par le code lui-même. Fedris opère un autre découpage, visant les deux groupes de travailleurs suivants, pour lesquels les exigences diffèrent.

Le *premier groupe* est constitué d'une partie des travailleurs du « secteur des soins de santé » (le personnel médical et paramédical qui traite ou soigne des patients et le personnel de logistique et de nettoyage qui entretient et nettoie les équipements ou locaux contaminés). Deux conditions sont posées. Tout d'abord, ils doivent avoir été exposés à un « risque *nettement* accru ». Des « cas » y répondant sont listés par type d'activité professionnelle. À chaque fois, des contacts avec des patients infectés ou suspectés d'être infectés sont exigés. En l'absence de dépistage systématique, l'insécurité juridique est immense. Ensuite, il faut prouver que « l'infection peut être médicalement liée à l'activité professionnelle à risque », exigence qui n'est pas explicitée.

Le *second groupe* est le personnel qui « traite ou soigne des patients » mais qui n'exerce pas une activité où le risque « nettement accru » est admis par Fedris (via les « cas » listés pour le premier groupe). Pour eux, l'indemnisation est conditionnée à la preuve que « la maladie peut être liée à un contact professionnel documenté avec un ou plusieurs patients atteint du Covid-19 ».

Nous n'entrerons pas dans la discussion de cette approche, qui ne respecte pas le découpage du code, pour en privilégier un autre. Il suffit, pour les besoins du présent exposé, de constater que la maladie listée ne permet pas d'assurer une indemnisation de l'ensemble des travailleurs exposés professionnellement au risque de contracter celle-ci, loin s'en faut, vu qu'ici aussi le dogme causal multiplie les obstacles, même à l'endroit des travailleurs potentiellement couverts. Nous allons donc directement poursuivre en examinant le système ouvert, destiné *de facto* à la majorité des travailleurs.

B. — Le Covid-19 et le système hors liste

21. — Pour tous ceux qui ne sont pas couverts par le code, la seule voie d'indemnisation est le « système ouvert ». Le travailleur doit, pour établir le caractère professionnel de la maladie (Covid-19), démontrer que celle-ci trouve sa « cause déterminante et directe dans l'exercice de la profession ». De plus, dans le secteur privé, le travailleur devra prouver l'exposition au risque professionnel de la maladie (68). Enfin, il devra établir la troisième condition citée *supra* (n° 9), sur laquelle nous ne nous

serait donc pour le moins curieux qu'une restriction au champ d'application de la réparation ait été intégrée dans l'arrêté royal fixant la liste des maladies, qui s'applique aux deux secteurs. Le champ d'application de la législation du secteur public est exclusivement régi par celle-ci. Le Roi, sur la base d'une habilitation conférée uniquement pour le secteur privé (article 48 des lois coordonnées), ne pourrait évidemment pas modifier le champ d'application de la réparation du secteur public.

- (63) L'article 32, alinéa 3, autorise le Roi à fixer des « critères d'exposition ». Cette habilitation provient de la loi du 21 décembre 1994 qui a instauré le système ouvert. Elle répond à la volonté de « donner force de loi » aux critères administratifs d'exposition que la jurisprudence refusait d'appliquer aveuglément (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 1994-1995, n° 1218/1, p. 16). Cette norme (article 32, alinéa 3) est explicitement visée par le préambule de l'arrêté royal du 22 janvier 2013 (*M.B.*, 11 février 2013), qui modifie le code 1.404.1. Celui-ci procède de la même méthode que le code 1.404.03 (limitation par l'énonciation des activités des travailleurs admises). Le préambule de l'arrêté royal de 2013 (qui élargit le cercle des bénéficiaires du code) vise les articles 30, alinéa 1^{er} et 32, alinéa 3 des lois coordonnées. Telle est d'ailleurs l'analyse de Jean Jacquain opérée sur le code 1.404.01 avant sa modification (« Le lieu d'exposition au risque », obs. sous C.T. Bruxelles, 19 septembre 2005, *Chr. D.S.*, 2007, p. 222). Il y souligne la contrariété de cette limitation avec la présomption générale d'exposition au risque professionnel du secteur public. Relevons enfin que le préambule de l'arrêté royal déjà cité du 26 mai 2002, qui a inséré l'article 1^{er} bis au sein de l'arrêté royal du 28 mars 1969, cite également l'article 32, alinéa 3.
- (64) Le terme « autre » doit être lu par référence aux maladies listées sous les codes précédents 1.4. Aucune ne vise le Covid-19.
- (65) Comme on l'a vu, Fedris n'est pas avare de contestations sur le terrain judiciaire. Il a ainsi contesté à de multiples reprises qu'une maison de repos et de soins constitue une « institution de soins ». La jurisprudence a confirmé le contraire : C.T. Mons, 14 mars 2006, *Chr. D.S.*, 2007, p. 213 ; C.T. Mons, 11 mars 2008, RG n° 20.338, *www.terralaboris.be*. Voy. également T.T. Nivelles, 3 mai 2002, RG n° 727/N/2001, *www.terralaboris.be*, qui relève que les termes du code ne doivent pas être interprétés dans un sens purement littéral.
- (66) C.T. Liège, 25 juin 2009, RG n° 33.578/2005, *www.terralaboris.be*. Voy. également C.T. Mons, 22 mai 2007, RG n° 19.797, *www.terralaboris.be*, qui retient le risque accru en constatant que le travailleur (une institutrice maternelle) est en contact, de par son activité, avec les agents de transmission de l'agent biologique (sécrétions corporelles pour le cas du cytomégalovirus). Voy. encore T.T. Nivelles, 4 octobre 2002, RG n° 1254/N/2000, *www.terralaboris.be*, qui examine aussi si l'activité professionnelle concrète expose le travailleur à des contacts potentiellement infectieux et le retient vu les contacts avec des animaux résidant chez les personnes précarisées accompagnées. Ces décisions exigent la preuve de contacts avec les agents de transmission de la maladie, mais non que ces agents étaient eux-mêmes infectés.
- (67) *www.fedris.be*, consulté pour la dernière fois le 28 avril 2020. Les FAQ prises en compte sont celles actualisées le 25 avril 2020.
- (68) On rappelle à nouveau que, pour le secteur public, cette condition est présumée. L'exposition est donc légalement tenue pour réelle. L'employeur peut renverser la présomption. Pour ce, il doit démontrer l'inexistence de l'exposition.

sommes pas étendus, c'est-à-dire que c'est l'exposition au risque professionnel qui est la cause de la maladie.

22. — Tant la nature professionnelle de la maladie (soit l'élément « cause déterminante et directe ») que la causalité entre l'exposition au risque et cette maladie posent un problème de taille. Sommairement, pour satisfaire à ces deux conditions — qu'on peine à distinguer — le travailleur doit prouver qu'il a été contaminé par le virus pendant son travail, et non dans sa sphère privée. Or, même dans l'hypothèse d'une surexposition professionnelle manifeste — par exemple d'une caissière de supermarché ou d'un chauffeur d'autobus pour lesquels il existerait des associations statistiques significatives concernant le Covid-19 — le travailleur ne trouvera nul médecin qui pourra affirmer avec certitude que la contamination est issue de contacts générés par l'activité professionnelle, et non de contacts extraprofessionnels, tels l'usage des transports en commun pour se rendre au travail. Le doute excluant la preuve, la reconnaissance d'une maladie professionnelle sera particulièrement difficile à obtenir.

23. — De surcroît, que la maladie soit sur la liste ou non, la condition d'exposition au risque professionnel de la maladie — soit la deuxième condition — doit être remplie. Vu le cadre limité du présent exposé, nous ne pouvons nous atteler à l'examen appliqué au Covid-19 de chaque élément de définition (*supra*, n° 15). Pour rappel, il s'agit d'examiner tout d'abord si les facteurs de contamination au Covid-19 (l'influence nocive) sont inhérents à l'exercice de la profession et nettement plus importants que ceux existant dans le milieu extraprofessionnel. Ensuite, il faut vérifier s'ils constituent, dans le groupe des personnes exposées, la cause prépondérante de la maladie. Nous allons nous limiter à pointer les quelques éléments de tension.

Tout d'abord, l'approche administrative classique fondée sur la profession *in abstracto* apparaît, face au Covid-19 plus encore qu'à l'accoutumée, totalement inappropriée. Pour faire sens, l'analyse en termes de risque professionnel doit partir des voies de transmission du Covid-19 (*supra*, n° 5) et se concentrer sur les conditions réelles dans lesquelles les activités et services sont exécutés par les travailleurs. Dans bien des cas, ce n'est pas la fonction en elle-même qui génère le risque de contracter le Covid-19 mais bien l'environnement professionnel concret dans lequel la fonction est exercée. Ensuite, l'influence nocive ne peut être réduite aux contacts avec des personnes infectées (69). Il faut en revenir à la notion de danger au sens expliqué plus haut (*supra*, n° 5), et donc aux contacts avec autrui. En outre, il faut évidemment tenir compte de la réalité sur le plan du (non-)testing des populations exposées professionnellement (70) et de l'absence des données statistiques faisant émerger la réalité (et donc l'importance) de ces expositions professionnelles par rapport à celle de la population en général (71). Rappelons aussi qu'aucune des statistiques de Sciensano diffusées auprès du public ne porte sur l'activité professionnelle des personnes hospitalisées et décédées, contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays européens. Cette donnée (activité professionnelle exercée) n'est même pas collectée.

24. — Dans le cadre actuel, c'est-à-dire au regard de l'appareil normatif en vigueur et de son interprétation administrative, on doit donc poser le constat que le système ouvert est impuissant à assurer la réparation organisée par le régime. Ce constat ne surprendra pas les observateurs de celui-ci, puisque tous les risques « nouveaux », de manière générale, font les frais du système. Les risques psychosociaux en constituent un des exemples frappants.

IV. — En guise de conclusion : face aux défaillances du régime, des solutions politiques sont indispensables

25. — En l'état, les carences affectant le régime des maladies professionnelles l'empêchent de jouer le rôle qui lui revient dans la crise actuelle. Pour la majorité des travailleurs, l'écartement préventif et l'indemnisation ne peuvent être concrètement mis en œuvre (hors intervention de la justice). Des solutions doivent être dégagées d'urgence, afin d'assurer une couverture générale du risque professionnel généré par le Covid-19, c'est-à-dire pouvant être mobilisée pour tous les travailleurs concernés, quels que soient leur « profession » ou le secteur dont ils relèvent (privé/public, activités essentielles/non essentielles).

Il s'agit, en réalité, non de s'écarter de la raison d'être du régime mais au contraire de lui redonner son sens. Ce qui passe, nécessairement, par une intervention politique guidant l'action de l'administration et réduisant sa marge d'interprétation, via des balises suffisamment claires. Les pouvoirs législatif et exécutif doivent assumer la responsabilité politique des choix posés en termes de couverture face au Covid-19. Le passé et le présent montrent l'inefficacité de la délégation *de facto* de l'écriture des normes à l'administration chargée de les appliquer ainsi que sa réticence obstinée à s'éloigner de son dogme. Nous préconisons donc, en l'état du fonctionnement du régime — et sans préjudice de la nécessité de refondre complètement celui-ci à terme –, une réponse normative d'urgence, couvrant immédiatement les travailleurs déjà atteints de la maladie, ceux qui contracteront le Covid-19 dans le cadre la reprise des activités et ceux qui présentent des facteurs de risque et que le travail pourrait tuer.

26. — À notre estime, la solution passe par deux étapes essentielles : introduire un nouveau code dans la liste des maladies professionnelles et arrêter le cadre de l'exposition au risque professionnel.

Premièrement, la solution doit s'inscrire dans le cadre du système de la liste. Il est en effet indispensable de présumer l'origine professionnelle de la maladie, puisque, dans le cas individuel, il est matériellement impossible d'établir que la contamination a eu lieu au travail (et non ailleurs). C'est la vocation première du système de la liste.

(69) On constate pourtant que telle est l'approche des FAQ de Fedris, qui exigent toujours un contact professionnel avec une personne ou des surfaces infectées (ou suspectées de l'être).
(70) Le testing est très limité, comme le confirme la note Sciensano, *Élargissement des critères d'identification de test moléculaire pour Covid-19*, version du 24 avril 2020, <https://Covid-19.sciensano.be>, consulté le 28 avril 2020.
(71) Il est donc impossible de savoir, si dans le groupe des exposés professionnellement, le nombre de cas serait plus important que ceux dans la population en général, également non testée.

Concrètement, il faut donc une nouvelle entrée dans la liste des maladies professionnelles, dédiée au Covid-19. Cette entrée doit être la plus large possible. Elle ne doit donc pas être limitée à certaines activités de l'employeur (entreprises essentielles par exemple) ou du travailleur (les soins, par exemple). Il nous paraît incohérent d'établir à l'avance une limite dans le temps. Sur le plan légistique, il serait plus efficace de supprimer le nouveau code « Covid-19 » à créer lorsqu'il pourra être constaté que l'épidémie ne justifie plus l'entrée dans la liste, plutôt que d'anticiper maintenant un avenir que nul ne peut prédire, en niant par la même occasion la spécificité des expositions professionnelles (pendant et après le déconfinement).

Deuxièmement, il faut arrêter les conditions dans lesquelles l'exposition professionnelle peut être reconnue, ce qui caractérisera l'origine professionnelle de la maladie admise à la réparation. Il faut donc arrêter les éléments qui caractérisent le risque. Deux méthodes peuvent être employées en l'état de la législation. La fixation par arrêté royal des critères d'exposition, d'une part, et, d'autre part l'instauration par arrêté royal d'une présomption d'exposition. Cette dernière nous paraît la plus indiquée, vu la présomption existant dans le secteur public et dès lors que la présomption est la réponse juridique à l'incertitude.

Les critères d'exposition ou d'activation de la présomption doivent être pensés pour être appliqués à tous les travailleurs. Ils

doivent se fonder sur des éléments matériels, dont la preuve concrète pourra être rapportée. La base du raisonnement nous semble devoir reposer sur les conditions et circonstances matérielles dans lesquelles le danger existe. L'accent doit ainsi être mis sur les contacts interpersonnels (et avec les surfaces) et leur « intensité » (voy. *supra*, n° 5). Les facteurs de réceptivité individuels, qui concernent les personnes dites à risque, devraient aussi être pris en compte, puisqu'ils influent sur l'intensité du risque lié aux contacts. Enfin, concernant la politique de prévention concrète menée par l'employeur, le temps manquera certainement pour en dégager un critère d'application générale et excluant les appréciations subjectives (en termes d'efficacité des mesures de prévention). Par contre, l'absence d'un plan de prévention adapté au Covid-19, dans le respect du droit de la santé au travail et des spécificités du risque biologique, constitue un indicateur général et pertinent. Et qui a de plus le mérite de jouer, à rebours, sur la qualité de la prévention et ainsi réaffirmer son caractère essentiel et prioritaire.

Sophie REMOUCHAMPS

Avocate et maître de conférences à l'ULB

Laurent VOGEL

Chercheur à l'Institut syndical européen et chargé de cours à l'ULB

Centre de droit public de l'ULB()*

(*) Les auteurs remercient le professeur Daniel Dumont pour les précieux commentaires qu'il a formulés sur les différentes versions du présent texte.



Invest in yourself !

NOUVEAU
Découvrez nos webinaires



Retrouvez toute notre offre sur
www.larcier.com

LARCIER

Sources de confiance

**Rédacteur en chef****Hoofdredeur :**

Pierre JOASSART

Comité de rédaction**Redactiecomité :**

Fabienne BOUQUELLE

Guy ROMMEL

Kristof SALOMEZ

Anja VAREMAN

Didier VOTQUENNE

Claude WANTIEZ

Thierry WERQUIN.

Comité scientifique**Wetenschappelijk comité :**

Robert BOES

Philippe GOSSERIES

Jean-François LECLERCQ

Koen MESTDAGH

Christian STORCK

Willy VAN EECKHOUTTE

Bart VANSCHOEBEKE.

Directeurs :

Jean DAL (1970-1981)

Louis DUCHATELET (1981-1999)

Anciens rédacteurs en chef

Voormalige hoofdredeurs :

Louis DUCHATELET (1970-1981)

Claude WANTIEZ (1981-2017)

Abonnements -abonnementen

Abonnement 2020 : 430 €

Prix par numéro - Prijs per nummer :

50 €

Lefebvre Sarrut Belgium -

Éditions Larcier

Rue Haute - Hoogstraat, 139/6

1000 Bruxelles - Brussel

Tél. : 0800/39.067 (+32 2 548.07.13)

Fax : 0800/39.068 (+32 2 548.07.14)

E-mail : orders@larcier.com

www.larcier.com

Editeur responsable**Verantwoordelijke uitgever :**

Paul-Etienne PIMONT

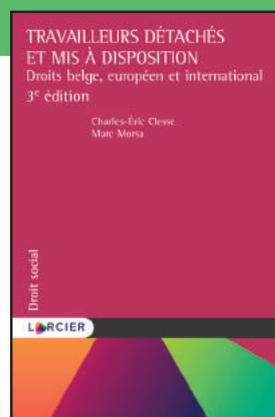
Lefebvre Sarrut Belgium

Rue Haute - Hoogstraat 139/6

1000 Bruxelles - Brussel

**DOCTRINE - RECHTSLEER**

Notre droit social à l'heure de la pandémie : présentation du numéro spécial, par D. Dumont et E. Dermine	153
Un renforcement du chômage temporaire pour tous les travailleurs ? - Certains travailleurs atypiques privés à la fois de travail et du chômage temporaire, par A. Mechelynck et J.-F. Neven	157
Quelle couverture sociale pour les indépendants au « chômage » ? - Tirer les leçons de l'échec du droit passerelle, par D. Dumont	168
Le Covid-19 et les maladies professionnelles - Ou quand la pandémie illustre les failles structurelles d'un régime, par S. Remouchamps et L. Vogel	180



TRAVAILLEURS DÉTACHÉS ET MIS À DISPOSITION

Droits belge, européen et international

Charles-Éric Clesse, Marc Morsa

La mondialisation et l'internationalisation du marché du travail multiplient les cas de détachement et de mise à disposition de travailleurs auprès d'entreprises implantées à l'étranger. Une vision nationale, européenne et internationale de la situation.

> Droit social

572 p. • 115,00 € • 3^e édition 2020

www.larcier.com

orders@larcier.com

Lefebvre Sarrut Belgium SA

Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 - B-1348 Louvain-la-Neuve

Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

