

Flexi-job : l'équilibre entre flexibilité et sécurité juridique ? Aspects de droit comparé

Auteur : Paquet, Margot

Promoteur(s) : Kefer, Fabienne

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit social (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2019-2020

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/9246>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

**Flexi-job : l'équilibre entre flexibilité et sécurité
juridique ?
Aspects de droit comparé**

Margot PAQUET

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit social (aspects belges, européens
et internationaux)

Année académique 2019-2020

Recherche menée sous la direction de
Madame Fabienne KEFER
Professeur ordinaire

RÉSUMÉ DU TRAVAIL

Le présent travail va tenter de répondre à la question suivante : le régime belge du flexi-job permet-il d'atteindre la flexicurité ? Après une introduction qui a vocation à rappeler l'importance de ce concept, les éléments de flexibilité seront confrontés aux éléments en faveur de la sécurité juridique, afin de déterminer si la flexicurité est rencontrée.

Avant cet exposé, un rappel des principes est nécessaire, et sera opéré dans le premier chapitre, intitulé « Généralités ». Celui-ci reprendra les définitions à avoir à l'esprit pour une meilleure compréhension du flexi-job, mais également le régime général de celui-ci, les conditions dans lequel un flexi-job peut être exercé, tant sur le fond que sur la forme, et enfin l'origine historique et l'évolution du système. Nous verrons ainsi que le flexi-job est un type particulier de contrat de travail, qui nécessite la conclusion d'un contrat-cadre préalable, et qui n'est accessible qu'aux travailleurs qui sont déjà assujettis à la sécurité sociale de manière quasi-complète (que ce soit parce qu'ils exercent un autre emploi auprès d'un autre employeur à un 4/5^e temps au moins au trimestre de référence T-3 ou parce qu'ils sont pensionnés depuis le trimestre T-2). Sa forme sera analysée en détail, de même que les exclusions prévues par la loi.

Le flexi-job apparaît en 2015 dans le secteur le plus demandeur : le secteur Horeca, où le travail au noir est très répandu. Au vu de son succès et de la validation du système par la Cour constitutionnelle, celui-ci sera étendu en 2017 à tous les commerces de détail qui présentent les mêmes caractéristiques que le secteur Horeca.

Le chapitre deux mettra en exergue les éléments du flexi-job qui promeuvent la flexibilité. Trois éléments sont analysés à cette occasion: l'absence d'exigence de qualification professionnelle, les dérogations au droit commun qui sont admises, et enfin le régime fiscal et parafiscal avantageux qui s'y rattache (pas de précompte professionnel dû et une cotisation sociale patronale forfaitaire de 25%) tout en maintenant au bénéficiaire du travailleur flexi-job les mêmes droits sociaux qu'un travailleur salarié « normal ».

Les dérogations ou nuances apportées au droit commun qui sont visées sont l'autorisation de conclure des contrats à durée déterminée successifs sans requalification, la possibilité de conclure le contrat de travail flexi-job oralement, l'absence d'obligation relative à la communication des horaires de travail, le statut particulier réservé au contrat-cadre et l'absence de mention quant à la durée minimale de la prestation flexi-job.

Le chapitre trois, enfin, analysera les éléments du flexi-job qui protègent le travailleur, partie faible par nature. Ainsi, en comparaison avec le droit anglais où cette condition n'existe pas, l'obligation d'avoir un autre emploi auprès d'un autre employeur peut être considérée comme une protection du travailleur ou du pensionné qui exerce un flexi-job.

La rémunération minimale prévue par la loi est également un élément de protection, et une nouvelle comparaison avec le droit anglais le démontre.

Enfin, le dernier élément en faveur de la sécurité juridique a trait au contrôle, entendu dans un double sens. En effet, le terme « contrôle » désignera tant le contrôle de l'individu sur sa

relation de travail (qui est présent en Belgique mais ne trouve pas d'équivalent en droit anglais) que le contrôle opéré par l'État, qui s'analyse plutôt comme une protection (et visée par le vocable « contrôle organisationnel »). Une fois de plus, le régime anglais sera comparé au régime belge.

En conclusion, la question de savoir si le système belge du flexi-job atteint la flexicurité semble appeler une réponse positive. Les éléments sont de nature à se contrebalancer, et permettent ainsi d'atteindre l'objectif visé.

TABLE DES MATIÈRES

Résumé	3
Introduction	9
Chapitre 1. Généralités	10
Section 1. Description du flexi-job.....	10
A. Définitions	10
B. Régime.....	10
C. Conditions.....	11
a) Sur le fond	11
b) Sur la forme	13
Section 2. Contexte de l'apparition du flexi-job.....	15
Section 3. Extension du flexi-job	17
Chapitre 2. Les aspects du flexi-job qui tendent vers une plus grande flexibilité.....	18
Section 1. Qualification du personnel.....	19
Section 2. Flexibilité et droit commun	19
A. Contrats de travail à durée déterminée successifs	20
B. Contrat de travail à temps partiel oral	20
C. Communication de l'horaire de travail	20
D. Le contrat-cadre	21
E. La durée de la prestation.....	23
F. Aspects de droit comparé	23
Section 3. Régime avantageux du point de vue fiscal et de la sécurité sociale	25
A. Précompte professionnel.....	25
B. Cotisation sociale.....	25
C. Droits sociaux	27
Chapitre 3. Les aspects du flexi-job qui tendent vers la sécurité juridique	28
Section 1. Obligation d'avoir un autre emploi auprès d'un autre employeur.....	28
A. « Autre emploi » : le cas particulier des pensionnés	29

B. « Autre(s) employeur(s) » : comparaison avec le droit anglais	30
Section 2. Rémunération minimale	30
A. Flexi-salaire	31
B. Flexi-pécule	31
C. Droit anglais	32
Section 3. Le contrôle	33
Conclusion : flexicurité ?	36
Bibliographie	39

INTRODUCTION

Le régime belge du flexi-job permet-il d'atteindre la flexicurité ? Cette question, d'apparence simple, est en réalité bien plus complexe qu'il n'y paraît. En effet, un contrat peut être qualifié de « précaire » en raison de nombreuses circonstances. Celles-ci peuvent être inhérentes à une personne, ou d'origine légale¹. Dans le cadre du présent travail, seules les caractéristiques légales sont prises en compte : ce peuvent par exemple être un salaire indéterminé, un manque de contrôle,...

Quand un contrat présente un élément de précarité, il importe que des éléments de sécurité, comme une obligation d'enregistrement, ou une convention collective fixant un salaire minimum, viennent l'encadrer. En effet, le principal risque – qui survient d'ailleurs souvent – est que la flexibilisation s'accompagne d'une diminution de la sécurité. De cette manière, un système à l'origine nettement circonscrit – tel que le flexi-job – peut s'avérer n'être en fait qu'un tremplin vers la flexibilisation et la déconstruction du droit du travail tel que nous le connaissons².

L'objet de ce travail est de répondre à la question suivante : le système belge du flexi-job offre-t-il la flexibilité recherchée, et surtout, encadre-t-il cette souplesse de manière suffisante pour éviter que flexibilité ne rime avec précarité ? Pour le savoir, une confrontation entre les éléments en faveur de la sécurité juridique et les éléments en faveur de la flexibilité est nécessaire.

La question étant posée, le travail qui suit va tenter de mettre en lumière des éléments de réponse. Cet exposé est divisé en trois parties. Dans la première, le régime belge du flexi-job est défini, décortiqué, et replacé dans son contexte.

Dans la deuxième partie, les éléments du flexi-job qui tendent vers la flexibilité seront mis en exergue : d'abord la question de la qualification du travailleur flexi-job, ensuite les dérogations au droit commun qui sont introduites ou sous-entendues par ce nouveau système, et enfin le système fiscal et parafiscal avantageux qui en découle.

Dans la troisième et dernière partie, ce sont les éléments en faveur de la sécurité juridique qui seront analysés : l'obligation d'avoir un autre emploi auprès d'un autre employeur – avec un examen de la question de l'extension du flexi-job aux pensionnés –, la rémunération et les minimums légaux imposés, et enfin la question du contrôle, qui permettra un examen approfondi du système anglais du *zero hour contract*.

Pour clôturer ce travail, la conclusion tentera de répondre à la question posée : le flexi-job permet-il d'atteindre la flexicurité ?

¹ N. KOUNTOURIS, « The legal determinants of precariousness in personal work relations: a European perspective », *Comparative labour law and policy journal*, Illinois, 2012, vol. 34, p.24.

² M. WOUTERS et P. PECINOVSKY, « Marginal part-time in Europe : 2018's expansion of flexi-job in Belgium », *Comparative labour law and policy journal*, 2018, p.1.

CHAPITRE 1 : GÉNÉRALITÉS

Dans ce chapitre, le régime du flexi-job va être décortiqué en trois sections. Dans la première section, les définitions les plus importantes de la loi seront mises en évidence pour permettre une meilleure compréhension de la suite du travail. Ensuite, le régime du flexi-job, qui se veut à la fois flexible et protecteur, sera analysé. Enfin, pour terminer cette première section, les conditions de fond et de formes nécessaires à la conclusion d'un contrat de travail flexi-job seront listées.

La deuxième section sera consacrée à l'apparition du flexi-job, dans le secteur de l'Horeca en premier lieu, tandis que la section 3 visera son extension en 2018 aux commerces de détail et aux pensionnés.

Section 1. Description du flexi-job

A. Définitions

Le flexi-job est défini à l'article 3, 1° de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale : il s'agit de « *l'occupation dans les liens d'un contrat-cadre, visé à l'article 6 ou un contrat visé à l'article 7* »³.

Le travailleur exerçant un flexi-job est dès lors « *le travailleur salarié occupé avec un contrat de travail flexi-job dans les liens d'un contrat-cadre visé à l'article 6 ou un contrat visé à l'article 7* »⁴.

Le contrat-cadre dont il est fait mention est une convention écrite préalablement au début de la première occupation entre l'employeur et le travailleur exerçant le flexi-job ; ses formes sont exposées au point C de la présente section. L'article 7 prévoit le cas particulier où le travailleur exerçant le flexi-job est un travailleur intérimaire, auquel cas le contrat-cadre susmentionné n'est pas requis par la loi. Cette exception fait l'objet d'un exposé détaillé au chapitre deux.

B. Régime

Le régime prévu par la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale se veut à la fois flexible et protecteur.

Le régime se veut en premier lieu flexible, en ce qu'il permet l'occupation temporaire de travailleurs en-dehors de leurs heures de travail habituelles, pour répondre aux pics d'activité constatés dans certains secteurs. Ce besoin de « travailleurs extras » s'est d'abord fait sentir dans le secteur Horeca. En effet, ce secteur est caractérisé par une concurrence prononcée, ce qui empêche les employeurs de réduire le prix des marchandises pour contrebalancer l'augmentation du coût salarial. En d'autres termes, pour réduire ses coûts, l'employeur n'a

³ Article 3 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale, *M. B.*, 26 nov. 2015.

⁴ Article 3, 3° de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

aucune alternative : d'un côté, le secteur est si concurrentiel que s'il augmente ses prix, il est destiné à perdre des clients ; il ne peut pas non plus réduire son coût salarial, celui-ci ne relevant pas de sa compétence.

Pour cette raison, les employeurs du secteur Horeca ont souvent fait appel à des travailleurs « au noir », pour lesquels aucune cotisation ni aucun impôt n'est dû, et qui leur permettent ainsi de réduire leurs coûts tout en restant concurrentiels. Conscient de cette réalité, le gouvernement a proposé d'introduire un nouveau type de contrat, qui permettrait à un employeur de faire appel au travailleur uniquement lorsque des pics d'activité surviennent, et pour un moindre coût. Afin de diminuer ce coût, le législateur a prévu un régime fiscal et parafiscal plus souple, qui sera analysé à la section trois du chapitre deux. Il est intéressant de constater que souvent, les systèmes flexibles de droit social – comme le flexi-job, mais aussi, pour ne citer que lui, le *zero hour contract* – sont organisés dans un premier temps avec le seul but de dissuader les employeurs de recourir au travail au noir⁵.

Mais le régime du flexi-job se veut également protecteur. Puisque la relation de travail est par essence inégalitaire, le législateur a imposé certains « garde-fous » pour encadrer la flexibilité, et permettre la protection de la partie faible qu'est le travailleur. C'est pour cette raison que le flexi-travailleur jouit d'une rémunération minimale, d'une occupation minimale auprès d'un autre employeur, etc.

C'est justement la question de la confrontation entre ces deux pans du flexi-job qui fait l'objet du présent travail, comme précisé dans l'introduction.

C. Conditions

a) Sur le fond

Les conditions de fond de l'occupation d'un travailleur dans le cadre d'un contrat de travail flexi-job sont reprises par l'article 4 de la loi du 16 novembre 2015⁶.

Ainsi, une occupation dans le cadre d'un flexi-job est envisageable pour le travailleur salarié qui a déjà une occupation qui est au minimum égale à 4/5^e d'un emploi à temps plein d'une personne de référence du secteur dans lequel les prestations à 4/5^e sont exécutées, auprès d'un ou plusieurs autres employeurs. On voit dans cette première condition apparaître en réalité deux éléments : tout d'abord, le travailleur doit être occupé déjà (quasiment) à temps plein. Sont prises en compte les journées effectivement prestées, mais aussi les journées « assimilées » rémunérées par l'employeur, et les journées de suspension du contrat au sens de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail⁷. Depuis le 1^{er} janvier 2018, sont également assimilés les jours « *couverts par les départements de l'enseignement [...] ou, pour ceux qui ne peuvent pas en bénéficier, par les allocations de chômage payées par l'ONEm avec dispense de recherche d'emploi pendant les vacances d'été* »⁸. Cette disposition vise les

⁵ M. WOUTERS et P. PECINOVSKY, « Marginal part-time in Europe : 2018's expansion of flexi-job in Belgium », *op.cit.*, 2018, p.1.

⁶ Article 4 de la loi du 16 novembre 2015 portant dispositions diverses en matière sociale.

⁷ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-jobs" », *Orientations*, 2018, p.5.

⁸ Article 36,§4 de la loi-programme du 25 décembre 2017, *M. B.*, 30 déc. 2017.

enseignants temporaires, et tout particulièrement les jeunes enseignants, qui peuvent dès lors être engagés dans le cadre d'un contrat flexi-job dès 2019.

La seconde exigence déduite de l'article 4 impose que le travailleur flexi-job soit un salarié. Cette exclusion des travailleurs indépendants se justifie par le fait que le travailleur doit avoir déjà droit à l'intégralité de la sécurité sociale des travailleurs salariés⁹. Or, un travailleur indépendant n'est pas assujéti à celle-ci¹⁰ et ne peut donc être concerné.

L'occupation dont il est question est appréciée durant un trimestre de référence T-3, c'est-à-dire le troisième trimestre précédent l'exercice du flexi-job, à moins qu'il ne soit question d'un pensionné, auquel cas le trimestre de référence pertinent est le T-2. Un examen plus approfondi de l'exercice d'un flexi-job par un pensionné sera opéré dans le chapitre trois du présent travail.

Après avoir énoncé ces conditions de fond, l'article 4 prévoit également trois limitations. Selon la première, le travailleur salarié ne peut, pendant le trimestre T, être occupé au même moment sous un autre contrat par l'employeur auprès duquel il exerce le flexi-job. Autrement dit, le contrat de travail « classique » et le contrat flexi-job ne peuvent pas être conclus auprès d'un seul et même employeur. Toutefois, il convient d'apporter une précision à cette limite : si le travailleur qui exerce le flexi-job est un travailleur intérimaire occupé par l'employeur qui, par après, l'engage dans le cadre du flexi-job, alors il n'y a pas lieu de considérer qu'il s'agit du « même employeur » au sens de la loi. En effet, l'employeur d'un travailleur intérimaire n'est pas la personne qui l'occupe, mais bien l'agence intérimaire¹¹. Dès lors, l'employeur peut très bien conclure un contrat de travail flexi-job avec un intérimaire qu'il occupe à au moins 4/5^e temps¹².

La seconde limite posée par le législateur empêche l'occupation d'un travailleur qui a été licencié avec indemnité compensatoire de préavis pendant la période couverte par ladite indemnité, lorsque le licenciement est imputable à l'employeur auprès duquel il souhaite exercer le flexi-job. Cette limite interdit ainsi à un employeur de licencier un travailleur sans préavis, en lui versant l'indemnité qui en tient lieu, pour le réengager immédiatement dans le cadre d'un flexi-job.

La troisième et dernière limite recoupe la seconde, en ce qu'elle ne permet pas d'occuper un travailleur qui se trouve dans un délai de préavis. Bien que la loi n'en dise pas plus, l'O.N.S.S. considère qu'un même employeur ne peut pas avoir mis en préavis avec un de ses travailleurs, et, en même temps, l'occuper dans le cadre d'un flexi-job¹³.

Lorsqu'un employeur enregistre la présence d'un travailleur en tant que travailleur exerçant un flexi-job, alors que celui-ci ne remplit pas les conditions mentionnées ci-dessus,

⁹ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2014-2015, n°1297/1, p.10.

¹⁰ Arrêté royal n°38 du 27 juillet 1967, *M.B.*, 29 juillet 1967.

¹¹ Article 7 de la 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.

¹² P. NISOL, « Statut sociaux particuliers, le point sur les modifications récentes : artistes, apprentis, flexi-jobs et médecins en formation », *Orientations*, Kluwer, 2017, p.13.

¹³ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-jobs" », *op.cit.*, p.6.

l'occupation sera considérée être une occupation classique jusqu'à preuve du contraire pouvant être apportée tant par l'employeur que par le travailleur¹⁴. Ceci implique que l'employeur devra octroyer un complément de salaire jusqu'au barème ordinaire.

De plus, les cotisations sociales dues seront les cotisations ordinaires, et non la cotisation spéciale de 25% prévue par l'article 16 (pour plus d'informations à ce sujet, voir chapitre deux, section trois). Ces cotisations ordinaires seront en plus calculées sur le flexi-salaire majoré de 125%¹⁵.

b) Sur la forme

Pour avoir une prestation flexi-job valable sur la forme, la réunion de trois conditions est nécessaire : la conclusion d'un contrat-cadre, la conclusion d'un contrat de travail flexi-job, et l'enregistrement de chaque prestation.

En premier lieu, le travailleur qui souhaite exercer un flexi-job doit conclure avec son employeur un contrat-cadre prévoyant les modalités d'occupation. Par ce contrat, le travailleur accepte d'être occupé comme flexi-travailleur, et de bénéficier des revenus complémentaires qui découlent de ce statut.

Il s'agit d'une sorte de contrat intermittent, c'est-à-dire un contrat qui ne court que sur une certaine période de l'année, et dont la validité est subordonnée à la conclusion d'une convention prévoyant des alternances de périodes de travail et de périodes de repos¹⁶. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'un contrat de travail, comme nous le développerons dans le chapitre deux. Conséquemment, ni l'employeur ni le travailleur ne s'engage à proprement parler : chacun est libre de proposer ou d'accepter les occupations à sa guise¹⁷.

Le contrat-cadre, pour être valable sur la forme, doit mentionner l'identité des parties, la manière et le délai suivant lequel le contrat de travail flexi-job doit être proposé par l'employeur au travailleur, une description sommaire de la (des) fonction(s) à exercer, le flexi-salaire, et la reproduction du texte de l'article 4, §1 (soit les conditions à réunir au trimestre T-3 et au trimestre T)¹⁸.

En principe, l'absence de contrat-cadre ou d'une mention obligatoire conduit à la requalification du contrat de travail flexi-job établi en exécution du contrat-cadre en contrat de travail de droit commun.

Toutefois, l'article 7 de la loi dispense les travailleurs intérimaires de conclure un contrat-cadre : il suffit que les mentions de l'article 6 soient insérées dans le contrat de travail

¹⁴ Article 25 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹⁵ Article 26 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale, combiné à l'article 3 de l'arrêté royal du 13 décembre 2015 portant exécution de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale en ce qui concerne les flexi-jobs et portant adaptation de certains arrêtés royaux concernant les réductions des cotisations de sécurité sociale, *M.B.*, 10 janv. 2017.

¹⁶ J.-L. PUTZ, *Le travail flexible et atypique*, Windhof, Larcier Luxembourg, 2016, p. 157-159, et article L.3123-31 du Code du travail français.

¹⁷ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, *cons.* B.8.2.

¹⁸ Article 6 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

intérimaire pour que les prestations accomplies en exécution de celui-ci soient qualifiées de prestations flexi-job. À défaut pour le contrat de travail intérimaire de reprendre ces mentions, les prestations accomplies seront requalifiées.

La deuxième condition de forme à relever est la conclusion, à chaque fois que l'employeur fait appel au travailleur flexi-job, du contrat de travail flexi-job à proprement parler.

Le contrat de travail flexi-job est conclu pour une durée déterminée ou un travail nettement défini¹⁹. Si l'employeur opte pour la forme du contrat à durée déterminée, il est conseillé que celui-ci ait une durée inférieure à trois mois. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue qu'il est possible de déroger au droit commun, et de conclure une succession de contrats flexi-jobs à durée déterminée ; cette question sera analysée avec les autres dérogations au droit commun qu'instaure le régime du flexi-job dans le chapitre deux.

Le contrat de travail flexi-job peut être conclu par écrit ou oralement²⁰, et doit être enregistré. Dans l'hypothèse où le contrat est conclu oralement, l'employeur est tenu à une déclaration Dimona quotidienne, qui vaudra enregistrement²¹. S'il opte, par contre, pour la forme du contrat écrit, alors l'employeur sera tenu d'enregistrer et de tenir à jour, pour chaque travailleur, le début et la fin de la prestation²². L'employeur peut recourir à trois méthodes d'enregistrement : la caisse enregistreuse (SCE) dans le secteur Horeca, un système interne analogue s'il apporte la preuve que les données sont fiables (par exemple, une pointeuse), ou encore un système alternatif disponible sur le site de l'Office National de la Sécurité Sociale.

La Cour constitutionnelle avait été saisie, en 2017, de la question de savoir si ce système ne créait pas une discrimination entre les travailleurs sous contrat de travail flexi-job au service d'un employeur équipé d'une caisse enregistreuse et ceux au service d'un employeur non équipé d'une telle caisse. La Cour a répondu par la négative : l'utilisation de la caisse n'étant pas le seul moyen d'enregistrer la prestation de travail, sa présence n'est pas nécessaire et son absence n'est donc pas discriminatoire²³.

Si l'employeur manque à son obligation d'enregistrement, le travailleur flexi-job sera présumé avoir fourni des prestations de travail en exécution d'un contrat de travail ordinaire, en qualité de salarié à temps plein, et ce jusqu'à preuve du contraire²⁴. L'employeur sera en outre puni d'une sanction pénale de niveau 3²⁵.

¹⁹ Article 8 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

²⁰ Article 10 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

²¹ Article 24 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale et article 28/10 §2 de l'arrêté royal du 16 mai 2003 pris en exécution du chapitre 7 du Titre IV de la loi-programme du 24 décembre 2002 visant à harmoniser et à simplifier les régimes de réductions de cotisations de sécurité sociale, *M. B.*, 6 juin 2003.

²² Article 24 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

²³ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, *cons.* B.14.2.

²⁴ Article 25 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

²⁵ Article 28 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale et article 152/1 du Code pénal social.

Le contrat-cadre et le contrat de travail flexi-job, s'il est écrit, seront conservés par l'employeur sur le lieu du travail, conformément au prescrit de l'article 12²⁶.

Section 2. Contexte de l'apparition du flexi-job

La première motivation du législateur, lorsqu'il décide de créer le flexi-job, est un besoin de flexibilité qui se fait sentir principalement chez les employeurs. Or, le besoin de flexibilité n'est pas nouveau ; du point de vue européen, il apparaît que l'Union tente de régler la question des contrats atypiques depuis 1970, avec la résolution du conseil du 21 janvier 1974²⁷. Dans cette optique, on peut également citer la directive de 1997 sur le travail à temps partiel²⁸, la directive de 1999 sur le travail à durée déterminée²⁹ (sur laquelle nous reviendrons plus tard, lorsque nous aborderons la question des *zero-hour contracts* anglais), ou encore la directive de 2008 sur les agences de travail intérimaire³⁰.

En Belgique, cette question est traitée depuis 1987³¹, et ne cesse, depuis, de se poser de nouveau, comme récemment encore avec la « Loi Peeters » sur le travail faisable et maniable³².

D'un point de vue plus factuel, lorsque le législateur belge a introduit le flexi-job pour les entreprises ressortissant à la commission paritaire de l'Horeca (soit la CP 302), les syndicats ont protesté. Ceux-ci ont introduit un recours en annulation contre la loi du 16 novembre 2015 au motif que les travailleurs flexi-job étaient discriminés par rapport aux autres travailleurs de l'Horeca, que les conditions de travail n'étaient pas forcément justes et raisonnables, que la concertation sociale était court-circuitée, et que le législateur légalisait ainsi le travail au noir. En face, le gouvernement argumentait que la flexibilité allait servir de la même manière l'intérêt des travailleurs et celui des employeurs.

C'est dans ce contexte de tensions et de manifestations que la Cour constitutionnelle se prononce, le 28 septembre 2017, en rejetant tous les arguments des syndicats et en validant ainsi le nouveau contrat de travail flexi-job³³.

La Cour, dans cet arrêt primordial, va considérer que le législateur a les pleins pouvoirs pour prendre des mesures améliorant le taux d'emploi ; que, ce faisant, il opère un choix politique qui ne relève de la compétence de la Cour que s'il est dépourvu de justification raisonnable ou s'il porte une atteinte disproportionnée aux droits des travailleurs et des employeurs

²⁶ Article 12 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

²⁷ Résolution du Conseil de l'Europe du 21 janvier 1974 concernant un programme d'action sociale.

²⁸ Directive 97/81/CE concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel, telle que modifiée par la directive 98/23/CE du 7 avril 1998, *J.O.*, L.131, p.10.

²⁹ Directive 1999/70/CE concernant l'accord cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, *J.O.*, *liv.* 175, 10 juillet 1999, pp. 43-48.

³⁰ Directive 2008/104/CE relative au travail intérimaire, *J.O.*, *liv.* 327, 5 décembre 2008, pp. 280-285.

³¹ 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 juillet 1987.

³² Loi du 5 mars 2017 sur le travail faisable et maniable, *M.B.*, 15 mars 2017.

³³ C. Const., 28 septembre 2017, n°107/2017.

concernés³⁴. Une par une, elle va démontrer en quoi les critiques formulées par les syndicats sont, selon elle, non fondées.

Il peut être intéressant de constater que la réaction des syndicats belges est diamétralement opposée à celle qu'ont adoptée les syndicats suisses en ce qui concerne le contrat à l'appel. En effet, le syndicat Unia³⁵ propose des alternatives aux différents types de contrats sur appel, que nous analyserons plus loin, comme avec la Convention collective de travail de la vente à Genève pour le commerce non-alimentaire³⁶ (imposant un temps de travail hebdomadaire convenu, un salaire fixe, des jours de congés fixes) et la Convention cadre pour le commerce de détail de Genève³⁷ (selon laquelle tous les contrats de travail doivent être écrits, et les heures supplémentaires payées de manière plus avantageuse), qui permettent à l'employeur d'engager du personnel de manière plus souple, mais qui offrent tout de même une certaine protection aux travailleurs. Il faut toutefois noter que ces conventions ne sont actuellement plus en vigueur.

Et la Belgique et la Suisse ne sont pas les seuls pays européens dans lesquels les partenaires sociaux ont joué un rôle prédominant dans l'apparition de nouvelles formes de contrats de travail. Ainsi, en France, la loi Travail³⁸ adoptée sous l'impulsion de Myriam El Khomri, a conduit à l'opération « Nuit debout »³⁹. Cette loi tend à moderniser le dialogue social pour faciliter la négociation collective⁴⁰, mais a été mal accueillie par les syndicats, qui y ont vu la création d'un lourd déséquilibre dans le rapport de force employeur / employé. Ces similitudes factuelles ne sont pas sans justification : ces restructurations découlent d'une harmonisation du droit du travail en Europe.

D'un point de vue juridique, le législateur belge a fait le choix d'introduire le flexi-job uniquement dans le secteur Horeca dans un premier temps, dans l'attente d'une validation du système et de preuves concernant son efficacité à atteindre les objectifs de souplesse recherchés. En effet, au moment d'étendre les flexi-jobs aux secteurs commerciaux, le législateur a fait valoir que le gouvernement avait, dès le départ, opté pour « *la mise en œuvre progressive [du système des flexi-jobs]* »⁴¹.

³⁴ S. GILSON, « Les flexi-jobs demeurent... », *B.J.S.*, 2017, p.596.

³⁵ UNIA, *Je suis payé-e à l'heure... Mes droits ! Contrats à l'heure, d'auxiliaires, à temps partiel avec des horaires variables, ...*, disponible sur unia.ch.

³⁶ CCT du commerce de détail non alimentaire Genève, version 2.3939, vom 18.09.2012 12 :48, disponible sur <http://www.service-cct.ch/>, consulté le 7 avril 2020.

³⁷ CCT cadre dans le commerce de détail dans le Canton de Genève, version 5.7934, vom 23.11.2017 16 :22, disponible sur <http://www.service-cct.ch/>, consulté le 7 avril 2020.

³⁸ Loi française n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite « loi Travail » ou « loi El Khomri », publiée au JO du 9 août 2016.

³⁹ S. BEROD, *French trade unions and the mobilisation against the El Khormi law reconfiguration of strategies and alliances*, Sage journal, 2018, vol.24, pp. 179-193.

⁴⁰ V. MARISCAL, *La négociation collective « sans peine »*. *La loi El Khomri et l'avenir de la démocratie d'entreprise en Europe*, Septième congrès triennal de l'Association belge francophone de science politique (ABSP), Université catholique de Louvain, disponible sur <https://hdl.handle.net/2078.1/180053>, consulté le 26 février 2020.

⁴¹ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2017-2018, n°2746/1, p.8.

Mais ceci ne répond pas à la question de savoir pourquoi le secteur Horeca est celui qui est choisi. À l'occasion d'une question posée à la Chambre en 2015 par le député Philippe GOFFIN, le Ministre des classes moyennes de l'époque, Monsieur Didier REYNDERS, a l'occasion d'apporter des éléments de réponse à cette interrogation⁴².

En premier lieu, le secteur Horeca est défini dans les travaux préparatoires comme un facteur important de cohésion sociale : il a pour effet de rendre une ville plus attractive. Pour cette raison, il mérite une attention particulière⁴³.

Ensuite, ce secteur est également celui qui présente le plus grand besoin de flexibilité, en raison de l'intensité de l'activité, les pics et creux d'activité, le turn-over important, et d'autres caractéristiques propres (travail tard le soir, horaires coupés, jours fériés,...).

Enfin, le secteur Horeca connaît une forte densité de main d'œuvre, avec près de 148.000 travailleurs recensés en 2013⁴⁴. Pour ces raisons, la création d'un régime spécifique s'est trouvée justifiée.

Section 3. Extension du flexi-job

La loi programme du 25 décembre 2017⁴⁵ étend le régime du flexi-job tant en ce qui concerne les secteurs où il est permis, à savoir les commerces de détail et grands magasins⁴⁶, que les personnes qui peuvent y accéder, à savoir les pensionnés⁴⁷. Cette extension est entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018.

Comme précisé ci-dessus, le régime des flexi-jobs a fait l'objet d'une mise en œuvre progressive. Pour parer aux éventuelles évolutions négatives et dans l'attente d'un arrêt favorable de la Cour constitutionnelle, le régime n'a été introduit que dans le secteur le plus demandeur à l'époque, le secteur Horeca. Suite à l'arrêt susmentionné de la Cour, le 28 septembre 2018, le système s'est vu validé, et donc étendu aux secteurs présentant les mêmes caractéristiques que le secteur Horeca, à savoir des pics fluctuants, des besoins de main d'œuvre flexible et des coûts de travail élevés par rapport à la rentabilité de l'activité⁴⁸.

En ce qui concerne l'extension aux pensionnés, la justification est autre, mais sera développée dans le chapitre deux du présent travail. En effet, l'application de la loi du 16 novembre 2015 aux pensionnés questionne la condition d'occupation auprès d'un autre employeur qu'impose en principe la loi. Il convient donc d'examiner si les pensionnés jouissent de la même sécurité juridique que les autres travailleurs visés par la loi.

⁴² La Chambre des Représentants, *QRVA*, 2014-2015, législature 54, n°031, question n°91, disponible sur www.lachambre.be, consulté le 30 octobre 2019.

⁴³ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2014-2015, n°1297/1, p.6.

⁴⁴ Selon les chiffres de l'ancien Institut National des Statistiques.

⁴⁵ Loi programme du 25 décembre 2017, *M.B.*, 29 décembre 2017.

⁴⁶ Article 33 de la loi programme du 25 décembre 2017.

⁴⁷ Loi du 16 novembre 2015 telle que modifiée par la loi programme du 25 décembre 2017, art. 3, 7°.

⁴⁸ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2014-2015, n°1297/1, p.9.

CHAPITRE 2 : LES ASPECTS DU FLEXI-JOB QUI TENDENT VERS UNE PLUS GRANDE FLEXIBILITÉ

Il ressort des développements qui précèdent que le régime du flexi-job est créé dans un souci de flexibilité, et que cet enjeu n'est pas nouveau. Outre le fait que la flexibilité favorise des emplois « sur mesure », un de ses effets est également de favoriser la concurrence. Cette concurrence se manifeste tant dans les relations entre entreprises – qui peuvent recourir à de la main d'œuvre moins imposée et ainsi réduire leur coût salarial – et entre travailleurs, en ce qu'un travailleur flexi-job n'a pas besoin de diplôme particulier, ce qui sera approfondi dans la première section du présent chapitre.

À ce titre, il convient de mentionner que la Belgique se trouve dans le « top 10 » des États admettant les formes de travail les plus flexibles, de même que les Pays-Bas. Dans cet État, les contrats « min-max » prévoient une rémunération minimale des travailleurs, égale à au moins trois heures de travail, et ce peu importe la durée réelle de la prestation⁴⁹. La flexibilité a même été invoquée pour permettre à certaines conventions collectives de déroger à l'obligation de payer les salaires. Récemment néanmoins, ces conventions collectives ont été interdites dans certains secteurs à la demande de la Fondation du travail⁵⁰. Ce mouvement de protection croissante des travailleurs se matérialise également par l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2020, de la *Wet arbeidsmarkt in balans*⁵¹. Le but poursuivi serait le suivant : « *Het kabinet hoopt dit te bereiken door vaste arbeid (personeel met een contract voor onbepaalde tijd) minder vast te maken. Anderzijds wordt flexibele arbeid (personeel met een tijdelijk of oproepcontract) minder flexibel en dus minder aantrekkelijk te maken.* »⁵².

Dans l'exposé qui suit, les éléments qui favorisent la flexibilité vont être énumérés. D'abord, la question de la qualification du personnel sera abordée, et conduira à la conclusion que le système du flexi-job crée une certaine concurrence entre d'une part les travailleurs diplômés – entraînant un coût salarial plus élevé – et d'autre part les travailleurs flexi-jobs, qui jouissent d'un régime fiscal et parafiscal plus avantageux, mais qui sont également généralement moins compétents.

La deuxième section mettra en exergue les éléments du flexi-job qui mettent à mal la vision classique du contrat de travail. Ainsi, bien qu'un contrat de travail flexi-job soit nécessairement un contrat à durée déterminée ou conclu pour un travail nettement défini, il est permis que plusieurs d'entre eux se succèdent sans interruption, et sans limite. Ensuite, le contrat de travail flexi-job peut être conclu oralement, et la communication des horaires n'est pas soumise à la loi-programme du 22 décembre 1989.

La question de la conclusion préalable obligatoire d'un contrat-cadre sera ensuite approfondie, de même que la question de la durée de la prestation.

⁴⁹ Rapport du BIT : *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, Genève, 2018, pp. 288 – 291.

⁵⁰ Articles 7 : 628 et 7 : 628a du Code civil des Pays-Bas.

⁵¹ *Wet arbeidsmarkt in balans* du 7 novembre 2018, modifiant le Titre 7 du Code civil néerlandais, disponible sur <https://www.rijksoverheid.nl/>.

⁵² www.juridischplachplatform.nl, consulté le 7 avril 2020.

Pour terminer la deuxième section, les dérogations au droit commun permises dans le régime belge du flexi-job seront confrontées aux solutions apportées par les droits anglais, suisse et français pour atteindre la flexibilité.

Enfin, la troisième et dernière section abordera le régime fiscal, parafiscal et social avantageux du flexi-job. Ce régime sera décomposé en trois sous-parties, concernant respectivement le précompte professionnel, les cotisations sociales, et les droits sociaux.

Section 1. Qualification du personnel

Le régime du flexi-job est créé, comme précisé ci-dessus, pour permettre la flexibilité. Or, exiger des travailleurs flexi-jobs que ceux-ci disposent d'un diplôme particulier reviendrait à restreindre les possibilités offertes à l'employeur. Pour cette raison, le législateur a, dès 2015, destiné cette forme d'emploi au personnel « *peu qualifié [...], défavorisé [...] ou jeune* »⁵³. Le but de ce nouveau régime était « *d'offrir à des travailleurs peu qualifiés la possibilité d'acquérir des revenus additionnels à côté de leur rémunération de base qu'ils acquièrent de leur activité principale* »⁵⁴.

De ce fait, le flexi-job a connu un succès immédiat en Belgique, avec beaucoup de travailleurs engagés dans les liens de ce nouveau contrat. Notre actuelle Premier Ministre, Sophie WILMÈS, disait à l'époque, en sa qualité de ministre du Budget que « *Il y a des travailleurs qui demandent aussi plus de flexibilité. Quand on travaille plus à un moment, on travaille moins à un autre moment. Et cela peut aussi arranger les familles* »⁵⁵. Ainsi, en 2017 on comptait 23.000 flexi-jobs en Flandre, 479 à Bruxelles et environ 800 en Wallonie⁵⁶.

D'un autre côté, cette caractéristique a poussé certains employeurs à faire appel à des travailleurs moins qualifiés ou à des étudiants plutôt qu'à des travailleurs diplômés. À ce titre, Myriam DELMÉE, à l'époque vice-présidente du SETca, dénonçait une concurrence entre d'un côté « *une main d'œuvre hyper flexible qui va venir pour faire des prestations à la demande* » et d'un autre côté « *les travailleurs du commerce [...] qui ne travaillent pas quatre cinquième temps [et qui] donc n'auront même pas accès à ce type de job* »⁵⁷.

Cet élément de flexibilité n'entraînant pas de développement juridique plus approfondi, il est mentionné à titre indicatif.

Section 2. Flexibilité et droit commun

Toujours dans une optique de flexibilité, la loi du 16 novembre 2015 autorise un certain nombre de dérogations au droit commun, en sa section trois, justement dénommée « *Modifications en matière de droit du travail* ». Ces dernières sont supposées favoriser la conclusion de contrats flexi-job, et les rendre plus attractifs aux yeux tant des employeurs que des travailleurs.

⁵³ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2014-2015, n°1297/1, p.5.

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ <https://www.rtbf.be/info>, consulté le 11 novembre 2019.

⁵⁶ www.peoplesphere.be, consulté le 11 novembre 2019.

⁵⁷ *Ibidem.*

Dans cette optique, nous allons analyser certains articles de la loi sur le flexi-job et les confronter aux règles de droit commun en vigueur.

A. Les contrats de travail à durée déterminée successifs

Nous pouvons relever en premier lieu la question de savoir si le législateur, lorsqu'il a rédigé l'article 9 de la loi du 16 novembre 2015, a souhaité de manière tacite écarter l'application de l'article 10 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail⁵⁸.

En effet, on peut lire concernant le contrat de travail flexi-job que celui-ci sera soumis aux dispositions de la loi de 1978 « *sauf en ce qui concerne les dispositions spécifiques prévues dans la présente section* »⁵⁹. Or, nulle mention n'est faite dans cette loi du sort à réserver aux contrats à durée déterminée successifs. Faut-il dès lors conclure que la succession de contrats à durée déterminée est permise, et n'entraîne pas la requalification en contrat à durée indéterminée ? Ou faudrait-il plutôt considérer que les périodes où le travailleur flexi-job n'est pas appelé à travailler sont « *justifiées par la nature du travail ou par d'autres raisons légitimes* », et de ce fait exclure la requalification ? Il s'agit là d'une incertitude qu'il revient à la loi de dissiper⁶⁰.

B. Contrat de travail à temps partiel oral

L'article 10 de la loi du 16 novembre 2015 déroge expressément à un important principe de droit du travail : celui selon lequel tout contrat de travail à temps partiel doit être établi par un écrit⁶¹. De son côté, le contrat de travail flexi-job peut parfaitement être conclu oralement, pour peu que le contrat-cadre soit quant à lui conclu par écrit, préalablement à la première occupation, et qu'il contienne les mentions obligatoires reprises à l'article 6 et précisées dans le premier chapitre du présent travail.

C. Communication de l'horaire de travail

En ce qui concerne la communication de l'horaire de travail, en droit commun, l'employeur a l'obligation de prévenir cinq jours à l'avance son travailleur de l'horaire qu'il va devoir prester⁶².

La loi du 16 novembre exclut elle-même l'application de cette disposition, à l'article 11⁶³. La Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 28 septembre 2017, a validé l'exclusion de l'article 159 pour les horaires variables⁶⁴ au motif que ce système ferait obstacle à la flexibilité recherchée⁶⁵. Ce faisant, la Cour approuve le choix du législateur d'instaurer un « *autre*

⁵⁸ Article 10 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M. B.*, 22 août 1978.

⁵⁹ Article 9 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

⁶⁰ F. KEFER, Q. CORDIER et A. FARCY, « Quel statut juridique pour les travailleurs des plateformes numériques ? », *R.D.S.*, 2019/1, p.55.

⁶¹ Article 11bis de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

⁶² Article 159 de la loi-programme du 22 décembre 1989, *M. B.*, 30 déc. 1989.

⁶³ Article 11 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

⁶⁴ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, *cons.* B.9.1.

⁶⁵ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, *cons.* B.9.3.

système de contrôle, qu'il juge approprié », qui a été mentionné dans l'exposé ci-avant, et sera étudié plus en profondeur dans la partie réservée aux aspects de sécurité ci-après.

Le droit suisse, quant à lui, prévoit que les horaires de travail doivent être mis à la disposition du travailleur deux semaines à l'avance⁶⁶, et cette règle ne connaît de dérogation que dans les cas exceptionnels « d'urgence »⁶⁷. Celle-ci s'applique donc également aux contrats de travail flexibles qui seront analysés au point F.

D. Le contrat-cadre

Selon la Cour constitutionnelle, le contrat-cadre est une « *composante essentielle du système de travail souple qui est poursuivi* », d'un accord préalable qui « *tend à éviter de devoir renégocier le salaire pour chaque offre d'emploi concrète. [Il] n'implique pas que le travailleur sous contrat de travail flexi-job doive alors donner suite à chaque offre d'emploi concrète.* »⁶⁸.

C'est également ce sens que suit la doctrine, qui admet volontiers que la conclusion du contrat-cadre « *ne contraint pas l'employeur à conclure un ou plusieurs contrats de travail flexi-job avec le travailleur concerné (qui, lui-même, n'est pas contraint d'accepter toute proposition ultérieure d'occupation de type flexi-job émanant de l'employeur)* »⁶⁹.

Une question intéressante à se poser tient à la dispense, pour le travailleur intérimaire, de conclure pareil contrat⁷⁰. La loi admet-elle, ce faisant, que le contrat-cadre flexi-job peut valablement être remplacé par un contrat de travail intérimaire ? Précisons d'emblée que cette question appelle une réponse négative, comme développé ci-après.

Pour rappel, le contrat de travail intérimaire est « *le contrat par lequel un intérimaire s'engage vis-à-vis d'une entreprise de travail intérimaire, contre rémunération, à effectuer chez un utilisateur un travail temporaire autorisé par ou en vertu du chapitre Ier de la présente loi* »⁷¹. Il s'agit dès lors d'une relation triangulaire entre une entreprise intérimaire, un travailleur intérimaire et un utilisateur.

La première différence notable entre le contrat-cadre flexi-job et le contrat de travail intérimaire réside donc dans le fait que seul le travailleur intérimaire est engagé dans une relation triangulaire⁷². Le travailleur flexi-job, quant à lui, conclut tant le contrat-cadre que le contrat de travail flexi-job avec le même employeur. Et pourtant, tout deux concluent deux

⁶⁶ Article 69, alinéa 1 de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1).

⁶⁷ Unia, *Je suis payé-e à l'heure... Mes droits ! Contrats à l'heure, sur appel, d'auxiliaires, à temps partiel avec des horaires variables, ..., op.cit.*

⁶⁸ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, cons. B.8.2.

⁶⁹ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-job" », *op.cit.*, p.3.

⁷⁰ Article 7 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

⁷¹ Article 7, 2° de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs.

⁷² G. MASSART, G. JACQUEMART, « 11 - Travail intérimaire : quelques nouveautés », *Droit du travail tous azimuts*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 542.

contrats : le premier ayant vocation à fixer les conditions générales des prestations⁷³, et le second à chaque prestation effective⁷⁴.

La seconde différence a trait aux mentions obligatoires de ces deux types de contrats. D'un côté, le contrat de travail intermédiaire doit comprendre les mentions suivantes : « *le nom de l'utilisateur, le motif et, le cas échéant, la durée du contrat et le motif du remplacement, la qualification professionnelle de l'intérimaire, le lieu d'occupation et l'horaire de travail, la rémunération convenue et les indemnités auxquelles l'intermédiaire a droit* »⁷⁵.

Le contrat-cadre flexi-job mentionne, quant à lui, « *l'identité des parties, la manière et le délai suivant lequel le contrat de travail flexi-job doit être proposé par l'employeur au travailleur, une description sommaire de la (des) fonction(s) à exercer, le flexisalaire [...], le texte de l'article 4, §1^{er}* »⁷⁶. Le texte de l'article 4, §1^{er} a été analysé dans le premier chapitre, et concerne les conditions d'occupation d'un travailleur flexi-job.

Le contrat de travail intérimaire contient donc déjà la plupart des mentions du contrat cadre ; pour le surplus, l'article 7 de la loi du 16 novembre 2015 prévoit que les mentions de l'article 6 sont insérées dans le contrat de travail intérimaire.

La troisième et dernière différence relevée, qui est la plus importante, tient à la qualification juridique de ces contrats. Le contrat de travail intérimaire ne pose aucun problème de ce point de vue puisque l'article 8 de la loi précise explicitement qu'il est irréfragablement présumé être un contrat de travail⁷⁷. Ce faisant, l'article 8 établit le lien de subordination entre le travailleur intérimaire et l'entreprise de travail intérimaire⁷⁸.

La loi du 16 novembre, quant à elle, distingue d'une part contrat-cadre et d'autre part contrat de travail, ce qui indique qu'elle n'entend pas qualifier le contrat-cadre de contrat de travail. Les travaux préparatoires de la loi viennent corroborer ce postulat : le contrat-cadre n'est pas un contrat de travail, mais bien un accessoire de celui-ci⁷⁹. En conséquence, le contrat-cadre n'a aucune valeur s'il n'est pas concrétisé ensuite dans un contrat de travail flexi-job⁸⁰ ; la rupture de ce dernier n'impacte par ailleurs pas la continuité du contrat-cadre. Pour ces raisons, le contrat-cadre ne mentionne ni durée de validité, ni mode de rupture.

La question de savoir si un contrat de travail intérimaire peut valablement remplacer le contrat-cadre appelle donc une réponse négative : d'abord, parce que la relation de travail

⁷³ Article 7 de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs et article 6 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

⁷⁴ Article 17 de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs et article 8 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

⁷⁵ Article 9 de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs.

⁷⁶ Article 6 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

⁷⁷ W. VAN EECKHOUTTE, V. NEUPREZ, *Compendium social. Droit du travail contenant des annotations fiscales*, 2019-2020, Bruxelles, Kluwer, 2019, tome 1.

⁷⁸ *Doc. Parl.*, Chambre, session 1986-1987, n°762/1, p.5.

⁷⁹ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2014-2015, n°1297/001, p.10.

⁸⁰ *Ibidem*.

n'est pas la même pour un travailleur intérimaire que pour un travailleur flexi-job ; ensuite, parce que les mentions du contrat-cadre doivent être reprises dans le contrat de travail intérimaire pour que celui-ci entraîne l'exercice d'un flexi-job ; enfin, parce que le contrat de travail intérimaire est un contrat de travail, alors que le contrat-cadre est un accessoire au contrat de travail.

E. La durée de la prestation

Enfin, selon l'article 21 de la loi du 16 mars 1971, une prestation de travail ne peut être inférieure à trois heures⁸¹. Contrairement à la loi du 3 juillet 1978, à laquelle elle renvoie explicitement, la loi du 16 novembre est muette en ce qui concerne la loi du 16 mars 1971. La question se pose dès lors de savoir si, par son silence, la loi a souhaité intégrer cette règle, ou si, au contraire, elle a voulu la rendre obsolète en matière de flexi-job. Aux Pays-Bas, le problème est réglé autrement, puisque peu importe la durée de la prestation, le travailleur a droit à au moins trois heures de rémunération⁸².

F. Aspects de droit comparé

Bien que le contrat flexi-job déroge sans nul doute au droit commun belge, il est encore bien loin du *zero hour contract* anglais. Le principal problème de ce type de contrat est le manque d'encadrement juridique, comme nous le verrons dans la section trois du chapitre trois. La doctrine va jusqu'à affirmer que le « *zero hours worker personifies precarious work* »⁸³. A cet égard, le droit néerlandais est plus protecteur, puisqu'il suffit qu'un travailleur preste trois jours par semaine ou 26 heures par mois pour être qualifié « d'employé »⁸⁴.

Le système suisse, quant à lui, connaît plusieurs types de contrats de travail flexibles⁸⁵. Le premier type est le contrat pour auxiliaire. Il s'agit d'un contrat conclu pour une activité déterminée pendant une période maximale de trois mois⁸⁶. La succession de contrats pour auxiliaire est interdite – contrairement à la réglementation du flexi-job –, la continuation du paiement du salaire n'est pas imposée par le code des obligations suisse, pas plus que l'assurance pension ou l'assurance obligatoire⁸⁷.

Le second type de contrat flexible prévu par le droit suisse est le contrat pour personne rémunérée à l'heure. Les employés au salaire à l'heure ont droit aux vacances dans la proportion du temps de travail effectué, et, dans la mesure où la relation de travail dure plus de trois mois, ils ont droit à la continuation de versement du salaire⁸⁸.

⁸¹ Article 21 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail.

⁸² www.ondernemenmetpersoneel.nl, consulté le 7 avril 2020.

⁸³ P. LEIGHTON, « Problems continue for zero-hours workers », *Industrial Law journal*, 2002, p.77.

⁸⁴ Wet Flexibiliteit en Zekerheid, du 14 mai 1998, *Staatsblad*, n°300.

⁸⁵ Unia, *Je suis payé-e à l'heure... Mes droits ! Contrats à l'heure, sur appel, d'auxiliaires, à temps partiel avec des horaires variables, ...*, disponible sur unia.ch, consulté le 7 novembre 2019.

⁸⁶ www.weka.ch, consulté le 7 mai 2020.

⁸⁷ Article 1^{er} de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2), disponible sur admin.ch, consulté le 7 mai 2020.

⁸⁸ Articles 324a et 324b du code des obligations suisse, disponibles sur www.lausanne.ch, consulté le 7 mai 2020.

Le troisième type de contrat flexible est le contrat pour surnuméraire. Il s'agit d'un contrat de travail extrêmement bref, qui ne se concrétise qu'en cas de pic d'activité exceptionnel ou si une expertise extérieure ponctuelle est requise⁸⁹.

Ces trois premiers types de contrat sont flexibles à l'extrême, puisqu'ils ne mentionnent ni nombre d'heures minimales, ni horaire, ni salaire, ni même de mise à disposition du travail.

Mais il existe une quatrième forme de contrat de travail flexible : le contrat à temps partiel pour horaire variable qui, lui, mentionne une durée moyenne de travail. Cette durée moyenne peut être hebdomadaire, mensuelle, ou annuelle, si bien que ce contrat n'offre pas énormément de protections. En outre, aucun travail n'est garanti et rien n'interdit à l'employeur de dépasser la moyenne fixée. Ainsi, les travailleurs à horaire variable sont soumis aux seuls besoins des employeurs, sans vraiment pouvoir choisir le nombre d'heures qu'ils souhaitent prêter, ni les moments où ils souhaitent prendre congé.⁹⁰

En droit français, la loi El Khomri va « *dans le sens de l'allègement des contraintes pesant sur les employeurs* »⁹¹. Contrairement aux lois Auroux⁹², qui souhaitaient certes autonomiser les partenaires sociaux, mais aussi protéger les travailleurs, la loi Travail opère ce qui est qualifié d'une « inversion de la hiérarchie des normes ». Auparavant, tous les accords – quel que soit le niveau auquel ils étaient adoptés – devaient avant tout respecter le code social français. Désormais, l'employeur peut imposer au travailleur des conditions moins favorables que celles prévues par les normes supérieures.

Cette inversion de la hiérarchie des normes est mise en évidence par l'utilisation récurrente de termes comme « *à défaut* », ou encore par la possibilité de l'employeur de refuser certains types de congé pour « *le bon fonctionnement de l'entreprise* ». Cette inversion, bien qu'avalisée par le législateur français dans l'optique d'alléger le cadre juridique de la négociation, et ainsi de la favoriser en évitant la surcharge, est critiquée par certains praticiens. Ceux-ci formulent principalement deux critiques à l'égard de la loi Travail. D'abord, le fait qu'« *une relation entre employeur et salariés [est] inégalitaire par nature* »⁹³, et donc, qu'en l'absence de contraintes légales, elle rend impossible toute négociation équitable. Ensuite, le fait qu'en cherchant à favoriser les employeurs, cette loi s'oppose à l'ordre naturel du droit du travail, qui est avant tout la protection du travailleur⁹⁴.

⁸⁹ Organisation Internationale du Travail - 98e session, 2005, jugement n° 2415 du 18 novembre 2016, www.ilo.org, consulté le 7 mai 2020.

⁹⁰ Unia, *Je suis payé-e à l'heure... Mes droits ! Contrats à l'heure, sur appel, d'auxiliaires, à temps partiel avec des horaires variables, ...*, p.6, disponible sur unia.ch, consulté le 7 novembre 2019.

⁹¹ V. MARISCAL, *La négociation collective « sans peine »*. *La loi El Khomri et l'avenir de la démocratie d'entreprise en Europe*, *op.cit.*

⁹² A savoir la loi du 4 août 1982 sur les libertés des travailleurs dans l'entreprise, la loi du 28 octobre sur le développement des institutions représentatives du personnel, la loi du 13 novembre relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, et la loi du 23 décembre relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

⁹³ A. ZISSMANN, « Les atteintes au droit du travail devant la justice : l'exemple de la discrimination syndicale », *Contretemps* n°30, 2016, pp. 30-43.

⁹⁴ J. BIDET, *Marx et la loi travail*, Paris, Les Editions sociales, 2016.

Section 3. Régime avantageux point de vue fiscal et sécurité sociale

Cet aspect de flexibilité est sans doute celui qui motive le plus le recours au flexi-job, c'est pourquoi il est analysé en dernier lieu. C'est en effet parce qu'il prévoit un environnement fiscal et parafiscal favorable, tant du point de vue des cotisations de sécurité sociale que du salaire, que le flexi-job est si populaire⁹⁵. Et c'est également pour cette raison que son introduction dans le régime Horeca était si attendue. Les travaux préparatoires de la loi mentionnent à ce titre : « *En Belgique, le problème n'est pas tant le niveau trop élevé du salaire net des travailleurs, mais plutôt le niveau trop élevé de la pression fiscale et parafiscale sur les salaires. Cette dernière exerce un effet néfaste sur la création d'emplois et rend attractif le travail au noir.* »⁹⁶.

C'est dans ce contexte que le législateur a créé le flexi-job, en le rendant le plus attractif possible pour décourager le travail au noir. Nous allons analyser dans cette section trois éléments attractifs : premièrement, le flexi-salaire n'est pas soumis au précompte professionnel ; ensuite, les cotisations sociales connaissent un régime particulier ; enfin, le travailleur flexi-job acquiert ses droits sociaux comme un travailleur ordinaire.

A. Précompte professionnel

Alors que le droit fiscal prévoit qu'un travailleur recevra une rémunération nette d'impôt, c'est-à-dire après prélèvement à la source du précompte professionnel⁹⁷, le travailleur flexi-job perçoit un salaire brut qui est égal à son salaire net. Ceci s'explique par le fait que le flexi-salaire est exonéré d'impôt ; l'employeur ne retient, partant, aucun précompte à la source⁹⁸.

Bien qu'il s'agisse là d'une question très intéressante, le présent travail se borne à le mentionner pour se concentrer sur le régime favorable de sécurité sociale se trouvant à la section quatre de la loi du 16 novembre 2015, intitulée « *Modifications en matière de sécurité sociale* ».

B. Cotisations sociales

À titre préliminaire, précisons que la réglementation applicable au flexi-salaire et au flexi-pécule de vacances sera analysée dans le chapitre trois, section deux. Dans le cadre de la présente analyse, seul le régime des cotisations sensu stricto est analysé.

La cotisation O.N.S.S. applicable au flexi-job est une cotisation patronale forfaitaire de 25% calculée sur la somme du flexi-salaire et du flexi-pécule de vacances. Ces derniers étant exclus de la notion de rémunération au sens de la sécurité sociale⁹⁹, ils ne sont pas

⁹⁵ M. WOUTERS et P. PECINOVSKY, « Marginal part-time in Europe : 2018's expansion of flexi-job in Belgium », *op.cit.*, p.1.

⁹⁶ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2014-2015, n°1297/1, p.4.

⁹⁷ Article 249 du Code d'impôts sur les revenus, CIR/92, *M.B.*, 30 juil. 1992.

⁹⁸ Article 38, §1, al. 1, 29° CIR/92 et article 29 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

⁹⁹ Article 15 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

susceptibles d'ouvrir le droit à une quelconque réduction de cotisation (qu'il s'agisse d'un bonus à l'emploi, d'une réduction structurelle,...)¹⁰⁰, et un régime particulier leur est réservé.

Ce régime particulier a justement été critiqué devant la Cour constitutionnelle, dans l'arrêt du 28 septembre 2017 dont il a déjà été fait mention à plusieurs reprises. Selon la Cour, les critiques des requérants étaient toutefois sans fondement, dans la mesure où le travailleur flexi-job est déjà complètement assujéti à la sécurité sociale, de par son emploi principal à 4/5^e temps¹⁰¹. Pour ce qui est de l'extension aux pensionnés, la critique a été anticipée, et les travaux préparatoires mentionnent à ce titre que « *[u]n pensionné bénéficie aussi d'un statut complet, ayant déjà fortement contribué dans le passé au financement de la sécurité sociale.* »¹⁰².

Ce régime particulier connaît trois tempéraments : d'abord, les cotisations de droit commun sont dues sur l'indemnité de rupture du contrat de travail flexi-job. Bien qu'il n'en soit pas fait mention expresse dans la loi, telle est la position de l'O.N.S.S.¹⁰³.

Ensuite, les cotisations de droit commun seront également dues en cas de déclaration Dimona tardive pour les contrats de travail conclus oralement¹⁰⁴.

Enfin, si un travailleur a été déclaré comme travailleur flexi-job, alors qu'il s'avère qu'il n'en était rien, alors les cotisations sociales seront majorées afin de régulariser la situation. Ainsi, les cotisations de droit commun seront dues sur un salaire majoré de 125%, conformément à l'arrêté d'exécution de la loi du 16 novembre 2015¹⁰⁵.

Une remarque mise en évidence par l'Inspecteur en chef de l'O.N.S.S., Monsieur Thierry DRIESSE, concerne la possibilité pour les travailleurs à temps plein – ou à 4/5^e – en chômage économique de recourir au flexi-job. Il ressort de son analyse que le chômeur temporaire peut être engagé dans le cadre d'un emploi flexi-job à condition de le mentionner sur sa carte de chômage, et moyennant des allocations de chômage réduites¹⁰⁶.

Cette possibilité est-elle maintenue pendant l'actuelle crise sanitaire, dite du Covid-19 ? Selon l'ONem, la réponse est oui : « *Vous pouvez commencer ou exercer une occupation chez un autre employeur que celui qui vous a mis en chômage temporaire, par exemple en tant qu'intérimaire ou en tant que travailleur flexi-job. Les revenus tirés de cette occupation ne peuvent pas être cumulés avec les allocations de chômage. Vous devez déclarer cette occupation à votre organisme de paiement, et ce de manière à ce que des allocations ne vous*

¹⁰⁰ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-job" », *op. cit.*, p.11, et arrêté royal du 13 décembre 2016 portant exécution de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹⁰¹ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, *op. cit.*, cons. B.10.2.

¹⁰² *Doc. Parl.*, Chambre, session 2017-2018, n°2746/1, p.10.

¹⁰³ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-job" », *op. cit.*, p.10.

¹⁰⁴ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-job" », *op. cit.*, p.6.

¹⁰⁵ Article 3 de l'arrêté royal du 13 décembre 2016 portant exécution de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹⁰⁶ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-job" », *op. cit.*, p.10.

soient pas indûment versées. Si nécessaire, il sera procédé à un recouvrement des allocations versées en trop. »¹⁰⁷.

Au vu de ces circonstances exceptionnelles, et complètement inédites, l'ONEm a en outre offert la possibilité, pour les travailleurs, d'introduire leur demande d'allocation directement auprès de leur organisme de paiement et par le biais d'un formulaire simplifié. Le travailleur mis en chômage économique à cause du coronavirus aura droit à une allocation correspondant à 70% de son salaire moyen (avec un plafond fixé à 2.754,76€ par mois) majoré de 5,63€ par jour, à charge de l'ONEm. Un précompte professionnel de 26,75% sera retenu¹⁰⁸.

La présente section, relative aux cotisations sociales du flexi-job, recoupe en plusieurs points la section concernant la rémunération. Le lien évident entre les deux s'explique par la volonté du législateur de créer un régime « win-win »¹⁰⁹ : d'un côté, l'employeur subit une pression fiscale et parafiscale moins forte, et de l'autre, le travailleur bénéficie d'une rémunération avantageuse et protectrice.

C. Droits sociaux

Même si la loi du 16 novembre 2015 prévoit un régime de cotisations sociales spécifique, les travailleurs flexi-job bénéficient des mêmes droits sociaux que les autres travailleurs salariés. Les périodes d'activités professionnelles accomplies en qualité de travailleur flexi-job sont considérées comme des prestations de travail pour les régimes de chômage, d'assurance maladie-invalidité, des pensions, des vacances¹¹⁰,... On peut dire, à cet égard, que le travailleur flexi-job construit ses droits sociaux « *comme un travailleur ordinaire* »¹¹¹.

On peut toutefois relever deux nuances à ce constat, qui sont purement théoriques et n'ont pas de réel impact pratiquement parlant. Premièrement, il est tenu compte du flexi-salaire et du flexi-pécule, et non du salaire brut, pour l'ouverture des droits sociaux¹¹². La Cour constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer sur cette différence, critiquée par les partenaires sociaux en 2017. Elle a considéré la différence justifiée, dans la mesure où seuls les droits sociaux rattachés au flexi-job étaient calculés sur base du flexi-salaire majoré du flexi-pécule de vacances. Les droits sociaux découlant de leur activité principale restant, au demeurant, calculés sur base de la rémunération journalière moyenne, le législateur a valablement pu prévoir un régime dérogatoire pour le flexi-salaire et le flexi-pécule de vacance¹¹³. Ensuite, le travailleur flexi-job n'a pas le droit de réclamer un pécule de vacances de sortie à la fin de son occupation¹¹⁴.

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ Onem.be, consulté le 7 avril 2020.

¹⁰⁹ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2014-2015, n°1297/1, p.7.

¹¹⁰ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-job" », *op. cit.*, p.11.

¹¹¹ P. NISOL, « Statuts sociaux particuliers, le point sur des modifications récentes : artistes, apprentis, flexi-jobs et médecins en formation », *op. cit.*, p.14.

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, *cons.* B.12.2.

¹¹⁴ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-job" », *op. cit.*, p.11.

CHAPITRE 3 : LES ASPECTS DU FLEXI-JOB QUI TENDENT VERS LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

Bien que la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale n'ait pas poursuivi l'objectif de la sécurité juridique, il apparaît qu'elle a toutefois mis en place certains garde-fous. Ceux-ci ont vocation à contrebalancer la flexibilité entraînée par le nouveau régime des flexi-jobs. L'objectif qui sous-tend cette démarche est la conciliation entre d'une part davantage de souplesse, et la prise en compte des préoccupations des salariés d'autre part¹¹⁵.

Ces garde-fous sont au nombre de trois : d'abord, le travailleur qui souhaite exercer un flexi-job doit avoir travaillé, au trimestre T-3, à au moins 4/5^e temps auprès d'un autre employeur, ou être pensionné depuis deux mois ou plus. Ainsi, le législateur souhaite éviter qu'un travailleur n'ait qu'un flexi-job, qui n'offre pas toutes les protections du contrat de travail classique, comme nous l'avons vu au long du chapitre deux.

Le second garde-fou prévu par le législateur est la rémunération minimale. Le travailleur flexi-job touche au minimum 10,08€ par heure, le cas échéant majorés des suppléments auxquels il a droit.

Le troisième et dernier garde-fou étudié est le contrôle. Est visé par ce terme non seulement le contrôle de l'individu sur les modalités de sa relation de travail (peut-il négocier librement ? Peut-il prendre des congés quand il le souhaite ?), mais aussi le contrôle opéré par l'État sur la relation de travail.

A chaque section, le régime belge du flexi-job sera comparé au régime anglais du *zero-hour contract*, dont il a été fait mention à quelques occasions ci-avant. Cette comparaison est intéressante en ce qu'elle met en évidence l'importance de prévoir, outre la flexibilité, des dispositions protectrices, en faveur de la sécurité juridique.

Section 1. Obligation d'avoir un autre emploi auprès d'un autre employeur

Pour rappel, aux termes de l'article 4 de la loi du 16 novembre 2015, « *Une occupation dans le cadre d'un flexi-job est possible lorsque le travailleur salarié concerné a déjà chez un ou plusieurs autre(s) employeur(s) une occupation qui est au minimum égale à 4/5^e d'un emploi à temps plein d'une personne de référence du secteur [...] »*¹¹⁶.

Comme cela a déjà été mentionné, cette condition fut critiquée à l'occasion du recours en annulation contre la loi du 16 novembre devant la Cour constitutionnelle en 2017. Les syndicats craignaient à cet égard qu'un employeur convertisse des emplois temps plein en 4/5^e avec conclusion d'un contrat de travail flexi-job pour le surplus¹¹⁷.

¹¹⁵ J.-M. SERVAIS, « Chapitre 1 – Les relations individuelles de travail », *Droit social de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p.204.

¹¹⁶ Article 4 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹¹⁷ Actualité « Recours en annulation des flexijobs : la Cour constitutionnelle se prononcera jeudi », rtbf.be, consulté le 11 novembre 2019.

La Cour, loin de suivre l'avis des syndicats, a considéré que « *La condition d'une activité principale auprès d'un autre employeur n'est pas sans justification raisonnable. Elle vise en effet à éviter que des contrats de travail ordinaires soient convertis en contrats de travail flexi-job. Le choix du législateur de [...] fixer cette condition [...] à 4/5^e d'une occupation à plein temps est également raisonnablement justifié. Il tient compte de la progression socio-économique de l'occupation quasiment à temps plein [...].* »¹¹⁸.

A. « Autre emploi » : le cas particulier des pensionnés

Comme déjà mentionné à maintes reprises, le travailleur flexi-job doit avoir une occupation principale qui lui permet d'avoir déjà la quasi-totalité de ses droits sociaux, assurant ainsi au travailleur qu'il disposera toujours d'un emploi dans l'éventualité où le flexi-job prendrait fin.

Mais depuis le 1^{er} janvier 2018, une nouvelle catégorie de personnes peuvent être engagées dans le cadre d'un flexi-job : les pensionnés.

En premier lieu, il convient de définir le pensionné au sens de la loi du 16 novembre 2015 telle que modifiée par la loi-programme du 25 décembre 2017 : il s'agit de « *la personne qui bénéficie d'une pension telle que définie à l'article 68, § 1er, alinéa 1er, a) et b), de la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales, à l'exclusion de l'allocation de transition.* »¹¹⁹. En d'autres mots, sont visés les pensionnés qui bénéficient d'ores et déjà d'un premier pilier de pension, que celui-ci soit à charge d'un système de pension belge, étranger, ou d'une organisation internationale. Le « premier pilier de pension » regroupe la pension légale, la pension réglementaire ou statutaire de vieillesse, de retraite, d'ancienneté et de survie¹²⁰. Les allocations de transition sont exclues afin d'encourager leur bénéficiaire à retrouver prioritairement une activité professionnelle classique suffisante¹²¹.

L'extension du flexi-job aux pensionnés n'a pas fait l'unanimité, et a été critiquée par le Conseil d'État, dans son avis n°62.219/1-3-4 du 11 octobre 2017¹²². Celui-ci déplorait le caractère vague de la notion de pensionné, et craignait des applications non désirées. Il encourageait donc les motifs à se préciser, et à justifier le choix d'étendre le flexi-job aux pensionnés. L'exposé des motifs contient donc désormais cette justification, qui tient en ce que « *Een gepensioneerde heeft ook reeds een volwaardig statuut en heeft in het verleden ook reeds ruimschoots aan de financiering van de sociale zekerheid bijgedragen. Daarom wordt het ook voor hem mogelijk om via flexi-job op een flexibele en fiscaal vriendelijke manier te gaan bijverdienen.* »¹²³.

Évidemment, l'extension du régime flexi-job aux pensionnés n'a pas pu se faire sans quelques aménagements des conditions décrites dans le premier chapitre du présent travail. Ainsi, la condition d'occupation au T-3 n'est pas d'application, et il convient de contrôler la condition

¹¹⁸ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, cons. B.6.2.

¹¹⁹ Article 34, 2° de la loi-programme du 25 décembre 2017 et article 3, 7° de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹²⁰ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-job" », *op. cit.*, p.5.

¹²¹ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2017-2018, n°2746/1, p.11.

¹²² Avis du Conseil d'État, *Doc. Parl.*, Chambre, session 2017-2018, n°2746/1, p.170.

¹²³ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2017-2018, n°2746/1, p.170.

de carrière sur base du trimestre de référence T-2. Il découle de ce principe qu'un pensionné ne peut exercer un flexi-job que s'il est pensionné depuis au moins deux mois. Une pratique de l'O.N.S.S. considère toutefois que si le pensionné à plus de 65 ans, alors il peut exercer un flexi-job même s'il est pensionné depuis moins de deux mois¹²⁴.

Il peut être intéressant de noter que cette extension ne s'est pas vue qu'en Belgique : ainsi, en Angleterre, le *zero hour contract* peut être conclu avec un pensionné. Il s'agit toutefois d'une application critiquée même au sein du Royaume-Uni, au vu du manque de protections qu'offrent les *zero hour contracts*¹²⁵.

B. « Autre(s) employeur(s) » : comparaison avec le droit anglais

L'obligation d'une occupation auprès d'un autre employeur a pour but d'éviter la conversion de temps plein en 4/5^e par certains employeurs, qui souhaiteraient pour le surplus conclure un contrat de travail flexi-job et bénéficier du régime fiscal et social avantageux décrit plus haut.

Tous les autres employeurs sont pris en compte, pour autant qu'ils aient occupé le travailleur au trimestre T-3. Sont visés tant les employeurs « ordinaires », que les employeurs « flexi-job » du T-3 ; tant les employeurs du secteur privé que ceux du secteur public.

En droit anglais, par contre, les *zero-hour workers* ne travaillent que pour un employeur, ce qui rend leur statut d'autant plus précaire¹²⁶. Il est fait mention, à ce titre, « d'exclusivité »¹²⁷ : le contrat zéro heure est caractérisé par le fait que même si le travailleur n'est pas effectivement appelé par son employeur, il est lié à lui et doit toujours rester à sa disposition exclusive. De la sorte, leur occupation ne dépend que du bon vouloir de leur unique employeur.

Section 2. Rémunération minimale

La rémunération du travailleur flexi-job est un type de rémunération particulier : il s'agit d'un salaire net non barémique fixé en concertation, qui ne peut être inférieur à un minimum légal¹²⁸. Sur ce minimum, aucun précompte professionnel n'est prélevé et seule une cotisation patronale forfaitaire de 25% est due, si bien que le travailleur en retire un salaire net plus élevé qu'à prestation égale dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire, et que l'employeur s'expose à un moindre coût. C'est là toute la philosophie du « *win-win* » recherchée par le législateur¹²⁹.

¹²⁴ www.securex.be, consulté le 7 novembre 2019.

¹²⁵ P. LEIGHTON, « Problems continue for zero-hours workers », *op.cit.*, p.75.

¹²⁶ P. LEIGHTON, « Problems continue for zero-hours workers », *op.cit.*, p.78, et références citées.

¹²⁷ W. FAYOUMI, *Contrat « zéro-heures », ou « le retour au servage » : impossible en Belgique*, disponible sur www.rtbfb.be, consulté le 11 novembre 2019.

¹²⁸ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2017-2018, n°2746/001, p.8.

¹²⁹ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2014-2015, n°1297/1, p.7.

La rémunération du travailleur flexi-job se divise en deux : d'un côté, le flexi-salaire, qui est déterminé dans le contrat-cadre, et d'un autre, le flexi-pécule de vacances de 7,67%, qui sont versés en même temps¹³⁰.

A. Flexi-salaire

Le flexi-salaire est « *le salaire net destiné à rémunérer une prestation fournie dans le cadre d'un flexi-job* »¹³¹. Son montant est fixé dans le contrat-cadre, et ne peut être inférieur 9,36€ indexés conformément à l'indice des prix à la consommation. Comme déjà mentionné, ce salaire est le salaire net, puisqu'aucun impôt n'est dû sur le brut.

Il va sans dire que l'exposé qui va suivre doit être lu en parallèle avec la section relative au traitement fiscal et social de la rémunération, reprise au chapitre deux.

Le montant de 9,36€ est un montant minimal, un seuil fixé par la loi, mais l'employeur et le travailleur restent libres de fixer un salaire horaire plus élevé dans le contrat-cadre. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour constitutionnelle a jugé, dans son arrêt du 28 septembre 2017, que les travailleurs flexi-jobs n'étaient pas discriminés par rapport aux travailleurs liés par un contrat de travail ordinaire¹³². Par ailleurs, la Cour relève que rien n'empêche la conclusion de nouvelles conventions collectives de travail spécifiques au flexi-salaire, prévoyant des minimums plus élevés pour certains secteurs¹³³.

B. Flexi-pécule de vacances

Le flexi-pécule de vacances a vocation à intégrer tant le simple pécule de vacances que le double pécule de vacances. Il est égal à 7,67% du flexi-salaire, soit 0,72€ par heure¹³⁴. Ce pourcentage est fixé par le législateur de manière à respecter l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail¹³⁵.

Étant donné que, comme pour un travailleur employé, le flexi-pécule est versé en même temps que le flexi-salaire, un travailleur flexi-job perçoit minimum 10,08€ par heure, majorés le cas échéant des primes de fin d'année, des suppléments pour travail de nuit,... auxquels il peut prétendre¹³⁶.

Le travailleur flexi-job conserve par ailleurs son droit aux congés payés, garanti par l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux¹³⁷. La Cour constitutionnelle, à ce sujet, mentionne que « *il relève du libre choix de tout travailleur d'exercer pendant la période des congés*

¹³⁰ Article 5 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹³¹ Article 3, 2° de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹³² C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2007, cons. B.8.3.

¹³³ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, cons. B.19.

¹³⁴ Article 5, §3 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹³⁵ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, cons. B.7.2, et directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *J.O.*, L.299, 18.11.2003, pp. 9-19.

¹³⁶ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-job" », *op. cit.*, p.4.

¹³⁷ Article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.*, C.326, 26.10.2012, pp.391-407.

annuels une activité accessoire en exécution d'un contrat de travail flexi-job, qui est en effet sans lien avec l'activité principale »¹³⁸. Toutefois, si le travailleur flexi-job prend un jour de vacance, et ne travaille pas, ni à titre principal, ni à titre accessoire, alors il perd le droit à sa rémunération, et par voie de conséquence à son pécule de vacances pour ce jour¹³⁹.

Mentionnons que le droit suisse, quant à lui, prévoit un système quelque peu différent : le travailleur flexible qui souhaite prendre des vacances le fait au détriment de son salaire ou d'une quelconque indemnité. Comme en droit belge, l'employeur est tenu de verser un supplément au salaire horaire de base égal à 8,33% de la rémunération pour les travailleurs qui ont droit à quatre semaines de vacances, ou de 10,65% pour les travailleurs qui peuvent prétendre à cinq semaines de vacances. Par contre, contrairement au régime belge, l'indemnité de congé n'est pas intégrée dans le salaire : elle est versée en même temps, mais indiquée de manière séparée sur les fiches de salaire¹⁴⁰. A titre informatif, le syndicat Unia déplore le fait que les salaires soient trop faibles, et que les travailleurs flexibles soient donc forcés d'utiliser leur indemnité de congé chaque mois comme s'il s'agissait d'une partie du salaire.

De manière générale, le système suisse est bien moins protecteur que le système belge en ce qui concerne la construction des droits sociaux. Ainsi, à titre d'exemple, l'assurance-maladie invalidité dépend uniquement de l'assujettissement de l'employeur à certaines assurances¹⁴¹.

C. Droit anglais

Tout d'abord, il convient de rappeler que le droit anglais distingue parmi les salariés d'un côté les *employees*, dont le statut est réglé par la loi et le très sacré *contract of employment*, et d'un autre côté les *workers*, catégorie résiduaire qui n'entre pas dans le champ d'application du *contract of employment*, et ne profite donc pas des protections qui en découlent. Cette distinction entre *employees* et *workers* fera l'objet d'un examen plus approfondi à la section trois du présent chapitre.

Pour l'exposé relatif à la rémunération, mentionnons qu'il existe, en droit anglais, une obligation de rémunération minimale de 7,30€ par heure. Ce minimum est donc loin des 10,08€ touchés par un travailleur flexi-job en Belgique, mais la comparaison ne s'arrête pas là. Le *worker* zéro heure n'a pas la certitude de travailler, et c'est justement là l'origine du nom du *zero hour contract*. Ce contrat ne mentionne aucun nombre minimal d'heures de prestation, et le travailleur n'est en général averti qu'au dernier moment.

S'il est vrai que le contrat néerlandais min-max ne prévoit pas non plus de prestation minimale, ce dernier, quant à lui, impose une rémunération pour trois heures au moins, même si l'occupation a de facto duré moins longtemps. D'une certaine manière, le contrat min-max est donc plus protecteur que son homologue anglais.

¹³⁸ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, cons. B.7.3.

¹³⁹ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-job" », *op. cit.*, p.11.

¹⁴⁰ Unia, *Je suis payé-e à l'heure... Mes droits ! Contrats à l'heure, sur appel, d'auxiliaires, à temps partiel avec des horaires variables, ...*, disponible sur unia.ch, consulté le 7 novembre 2019, p.10.

¹⁴¹ Unia, *Je suis payé-e à l'heure... Mes droits ! Contrats à l'heure, sur appel, d'auxiliaires, à temps partiel avec des horaires variables, ...*, disponible sur unia.ch, consulté le 7 novembre 2019, p.13.

Le Comité européen des droits sociaux a eu l'occasion de se prononcer sur ce minimum de 7,30€ par heure. Selon lui, ce minimum est bien trop bas pour considérer qu'il respecte l'article 4 de la Charte sociale européenne¹⁴², selon lequel toute personne a droit à une rémunération équitable¹⁴³. La doctrine parle à ce sujet de précarité salariale¹⁴⁴, et déplore le fait que si le taux de chômage a effectivement baissé (il passe de 9 à 5,3% en 2008), ce chiffre cache 10% de la population qui travaille sans pouvoir en vivre¹⁴⁵.

Section 3. Le contrôle

À titre préliminaire, il convient de relever la polysémie du mot « contrôle » dans la présente section. En effet, ce terme sera utilisé tant pour décrire le contrôle d'un individu sur les modalités et les conditions de son travail, que pour désigner le contrôle de l'État sur la relation de travail. Dans un souci de clarté, ce dernier sera désigné par le terme : « contrôle organisationnel ».

L'importance du contrôle de l'État peut être démontrée a contrario, en ce que le manque de contrôle organisationnel est un élément précarisant du contrat de travail. L'objectif poursuivi par cette section est, dès lors, de démontrer que le manque de contrôle entraîne la précarité, et en déduire que la sécurité ne peut être atteinte que moyennant un certain contrôle.

Pour garantir cette sécurité, le système belge cherche à accroître ce contrôle sur les contrats de travail flexi-jobs, que ce soit par le biais de l'obligation d'enregistrement¹⁴⁶, l'obligation Dimona¹⁴⁷, le contrat-cadre préalable, nécessairement écrit, et dont les formalités sont substantielles¹⁴⁸,... D'ailleurs, dans son arrêt du 28 septembre 2017, la Cour constitutionnelle elle-même considère que la condition d'occupation au trimestre T-3 est dictée par « *l'exigence que pour un contrôle correct, [...] les données de la sécurité sociale soient suffisamment stables.* »¹⁴⁹.

Un système qui illustre que le manque de contrôle entraîne le déséquilibre de la flexi-sécurité est le système anglais, où le statut du *zero hour worker* n'est pas réglementé. Non seulement ce type de contrat est peu soumis au contrôle de l'État, mais en plus les conditions de travail sont imposées au travailleur.

Pour rappel, il existe en Angleterre deux types de travailleurs. Les *employees*, qu'on peut désigner comme les travailleurs du droit commun, et les *workers*. Cette dichotomie s'explique par la définition restrictive donnée du *contract of employment*, seul type de contrat susceptible d'offrir des droits sociaux au travailleur.

¹⁴² Comité européen des droits sociaux, Conclusions XIX-3, Conseil de l'Europe, 2010, p.7.

¹⁴³ Article 4 de la Charte sociale européenne révisée, *M.B.*, 10 mai 2004.

¹⁴⁴ N. KOUNTOURIS, « The legal determinants of precariousness in personal work relations: a European perspective », *op.cit.*, pp.28-30.

¹⁴⁵ *Le contrat zéro heure : qui y gagne ? Qui y perd ?*, disponible sur www.rtbef.be, consulté le 11 novembre 2019.

¹⁴⁶ Article 24 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹⁴⁷ T. DRIESSE, « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-job" », *op. cit.*, p.6.

¹⁴⁸ Article 6 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹⁴⁹ C.Const., 28 septembre 2017, n°107/2017, *cons.* B.6.3.

Ainsi, pour bénéficier du contrôle – et donc de la protection – de l'État, le travailleur doit être lié à son employeur dans le cadre d'un *contract of employment*, ce qui requiert la réunion de trois conditions.

La première est celle de la réciprocité des obligations. Il s'agit d'un concept propre au droit anglais, qui est apprécié différemment selon le secteur des prestations. Ainsi, dans le secteur Horeca, les tribunaux se fondent sur la pratique. Or, en matière de contrat zéro heure, il n'y a pas de pratique imposant à l'employeur de proposer du travail et imposant au travailleur de l'accepter. Ce dernier n'est donc généralement pas considéré comme remplissant la condition d'obligations réciproques¹⁵⁰.

Ainsi, il a été jugé qu'un guide employé 25 heures par semaine dans le cadre d'un contrat flexible ne remplissait pas le test de la réciprocité des obligations¹⁵¹ ; la même conclusion est adoptée dans une affaire concernant un employé ayant travaillé six ans à temps plein avant d'exercer pendant trois ans comme travailleur flexible¹⁵². Ces exemples démontrent à quel point le concept de réciprocité des obligations est casuistique.

La seconde condition, pour être protégé par le *contract of employment*, est celle de la continuité de la relation de travail¹⁵³. Cette condition pose un réel problème, en ce qu'elle exclut d'office les contrats zéro heure – et de manière plus générale, tous les *casual works* – de la protection du *contract of employment*.

La raison d'être de cette condition trouve son fondement dans la volonté du législateur de n'offrir des bénéfices qu'aux travailleurs qui ont déjà travaillé un minimum. Ainsi, seuls ceux qui ont apporté leur force de travail à l'Etat peuvent prétendre percevoir certaines indemnités. Mais cette explication ne justifie pas l'exclusion des contrats temporaires de la qualification de *contract of employment* ; au contraire, elle conduit à l'exclusion sociale injustifiée d'un nombre grandissant de travailleurs et crée un paradoxe : le contrat le plus précaire du droit anglais est également le moins protégé¹⁵⁴.

Enfin, la troisième condition à la qualification de *contract of employment* a trait à la rémunération. Et cette condition est sans aucun doute la plus casuistique, puisqu'il s'agit d'une notion propre au droit du travail qui s'entend dans un sens plus large que le droit commun. En plus de ce caractère étendu, la notion de rémunération est floue, et appliquée différemment selon le tribunal qui est saisi de la question¹⁵⁵. Il suffit donc que la cour ou le tribunal saisi considère que le salaire perçu ne correspond pas à la notion de rémunération pour que le travailleur qui en bénéficie tombe en-dehors du champ d'application du *contract of employment* et qu'il ne soit, par conséquent, pas protégé.

¹⁵⁰ E. ALBIN, J. PRASSL, « Fragmenting work, fragmented regulation – The contract of employment as a driver of social exclusion », *The contract of employment*, New York, Oxford, 2016, p. 220.

¹⁵¹ *Carmichael v. National power*, 1999, UKHL 47, 1999, 1WLR 2042.

¹⁵² *Stevedoring & Haulage services ltd. v. Mr A Fuller and others*, 2001, EWCA civ. 651, 2001, IRLR 627.

¹⁵³ E. ALBIN, J. PRASSL, « Fragmenting work, fragmented regulation – The contract of employment as a driver of social exclusion », *op. cit.*, p. 222.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

En conclusion, on peut affirmer que l'exclusion des travailleurs zéro-heure du bénéfice de nombreux droits sociaux est expliquée par l'inaptitude du *contract of employment* de faire face à la fragmentation du droit du travail¹⁵⁶. Plus que cela, le contrat zéro-heure tombe dans ce qui ressemble fort à une zone de non-droit : trop éloigné du *contract of employment*, il ne permet pas au travailleur de bénéficier des droits et avantages sociaux qui en découlent, mais il en est par contre suffisamment proche pour que la rémunération – ou en tout cas, ce que le travailleur perçoit en contrepartie de sa prestation – soit prise en compte dans le calcul de l'octroi d'un revenu d'intégration¹⁵⁷.

Et ce manque de contrôle organisationnel n'est pas le seul dont souffre le travailleur. En plus de ne pas être protégé par l'État, celui-ci n'a aucun contrôle sur sa relation de travail. En effet, le travailleur est pour ainsi dire soumis à la bonne volonté de son employeur. S'il est vrai que le travailleur a toujours légalement le choix d'accepter ou de refuser une prestation, celui-ci est lié à son employeur, et à lui seul. Dès lors, son choix se résume à accepter l'offre de l'employeur et bénéficier du salaire qui en découle, ou ne pas l'accepter mais ne rien percevoir¹⁵⁸.

Par ailleurs, le droit anglais cautionne les clauses de mobilité, qui permettent à l'employeur de modifier unilatéralement le contrat de travail si cela s'avère nécessaire pour les besoins de l'entreprise¹⁵⁹.

Enfin, l'employeur conserve un grand pouvoir en ce qui concerne la rupture du contrat de travail¹⁶⁰. Ceci conduit à deux types de précarité : non seulement une précarité pour manque de contrôle par l'individu, mais également une précarité temporelle, puisque la durée de la relation de travail est incertaine¹⁶¹.

Ce manque de contrôle, tant organisationnel que personnel au travailleur, démontre bien a contrario en quoi le contrôle est un élément important pour garantir la sécurité juridique.

La question pouvait se poser, avant le Brexit, de savoir pourquoi le droit européen ne sanctionnait pas l'Angleterre. La réponse est politique : certains considèrent que la directive 1999/70/EC¹⁶² ne s'applique pas aux contrats flexibles, car les travailleurs occupés dans ce cadre sont, par nature, exclus des protections du droit du travail, et qu'il ne serait pas justifié

¹⁵⁶ E. ALBIN, J. PRASSL, « Fragmenting work, fragmented regulation – The contract of employment as a driver of social exclusion », *op. cit.*, p. 229.

¹⁵⁷ E. ALBIN, J. PRASSL, « Fragmenting work, fragmented regulation – The contract of employment as a driver of social exclusion », *op. cit.*, p. 230.

¹⁵⁸ W. FAYOUMI, *Contrat « zéro-heures », ou le « retour du servage » : impossible en Belgique*, *op. cit.*

¹⁵⁹ N. KOUNTOURIS, « The legal determinants of precariousness in personal work relations: a European perspective », *op.cit.*, p.30, citant *Bateman v. Asada Stores Ltd.*, 2010 UKEAT 0221_1102, 2010, I.R.L.R. 370.

¹⁶⁰ V. DE STEFANO, « Casual work beyond casual work in the EU: the underground casualisation of the European workforce – and what to do about it », *European law journal*, 2016, vol. 7, p.421.

¹⁶¹ N. KOUNTOURIS, « The legal determinants of precariousness in personal work relations: a European perspective », *op.cit.*, p.29.

¹⁶² Directive 1999/70/EC concernant l'accord cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, *J.O.*, liv. 175, 10 juillet 1999, pp. 43-48.

d'appliquer la directive à tous les travailleurs flexibles alors que certains d'entre eux recourent à cette forme d'emploi dans le but, justement, d'échapper aux réglementations¹⁶³.

L'Organisation Internationale du Travail, quant à elle, tente de plus en plus d'employer le terme « *worker* » pour encourager l'Angleterre à leur offrir certains droits sociaux¹⁶⁴. Cette tentative n'a pas encore rencontré le succès escompté, et selon les auteurs Anglais, cela ne risque pas de se produire tant que le système du *contract of employment* n'est pas complètement restructuré¹⁶⁵.

CONCLUSION : FLEXICURITÉ ?

Pour rappel, le présent travail a vocation à répondre à la question de savoir si le régime belge du flexi-job permet d'atteindre la sécurité. Pour le déterminer, le choix a été fait de confronter les éléments de flexibilité du flexi-job avec ses éléments de sécurité. La présente conclusion va reprendre les principaux éléments de réponse mis en lumière tout au long du travail.

D'abord, nous pouvons conclure que le flexi-job permet d'atteindre l'objectif de flexibilité poursuivi par le législateur. En premier lieu, parce que l'exercice d'un flexi-job ne requiert aucune qualification professionnelle spécifique chez le travailleur, ce qui est explicitement précisé dans les travaux préparatoires¹⁶⁶.

Pour atteindre la flexibilité, le flexi-job prévoit également de nombreuses dérogations au droit commun : rien n'interdit que les contrats puissent se succéder sans pour autant faire l'objet d'une requalification¹⁶⁷, le contrat de travail flexi-job peut être conclu oralement¹⁶⁸, la communication de l'horaire de travail n'est pas soumise au droit commun¹⁶⁹, le contrat-cadre a pour but de faciliter la conclusion des contrats de travail flexi-job en ce qu'il reprend déjà toutes les mentions obligatoires, et aucune durée minimale de prestation n'est prévue.

À ce titre, le système belge offre moins de flexibilité que des contrats étrangers, comme le contrat zéro heure anglais, qui ne prévoit aucune prestation minimale ni même aucune garantie de travail. Le système belge est également moins flexible que les contrats pour auxiliaire, pour personne rémunérée à l'heure ou pour surnuméraires suisses, qui se rapprochent fort du modèle anglais. Enfin, le système belge est également moins flexible que le système français, qui a poussé la négociation à son paroxysme en opérant une inversion de la hiérarchie des normes.

Mais la flexibilité est également encouragée par l'octroi d'un régime fiscal et parafiscal avantageux, accompagné de droits sociaux aussi nombreux que pour un salarié lié par un contrat de travail classique.

¹⁶³ P. LEIGHTON, « Problems continue for zero-hours workers », *op.cit.*, p.78.

¹⁶⁴ N. KOUNTOURIS, « The legal determinants of precariousness in personal work relations: a European perspective », *op.cit.*, p.26.

¹⁶⁵ E. ALBIN, J. PRASSL, « Fragmenting work, fragmented regulation – The contract of employment as a driver of social exclusion », *op. cit.*, p. 230.

¹⁶⁶ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2014-2015, n°1297/1, p.5.

¹⁶⁷ Article 9 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹⁶⁸ Article 10 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

¹⁶⁹ Article 11 de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale.

Si l'objectif de flexibilité semble en effet atteint, il ne faut toutefois pas perdre de vue que la pierre angulaire de cet exposé est de confronter ces éléments à ceux qui favorisent la sécurité juridique, et la protection de la partie faible qu'est le travailleur. Ce sont précisément ces éléments qui vont faire passer le système belge d'un système flexible à un système qui rencontre l'exigence de flexicurité.

Dans cette optique de protection du travailleur, le système du flexi-job impose que celui-ci exerce un autre emploi auprès d'un autre employeur au cours du trimestre de référence T-3. De ce point de vue, le système belge est donc plus protecteur que le système anglais, qui prévoit au contraire l'exclusivité du travailleur au service d'un seul et même employeur.

Le travailleur peut également bénéficier d'une rémunération minimale de 10,08€ par heure de prestation, ce qui s'avère être une protection non négligeable, au vu des 7,30€ octroyés au *zero hour worker*, considérés comme insuffisants par le Comité européen des droits sociaux¹⁷⁰.

Enfin, le travailleur flexi-job profite d'un double contrôle : il garde le contrôle sur sa relation de travail, dans la mesure où il reste libre d'accepter ou de refuser un contrat de travail flexi-job, le contrat-cadre ne l'engageant pas ; il est également soumis au contrôle de l'État, et donc sa protection, qui se concrétisent par une obligation d'enregistrement et de déclaration Dimona à charge de l'employeur, ou encore l'obligation d'assujettissement à la sécurité sociale.

Son homologue anglais, le *zero hour worker*, ne jouit d'aucun de ces deux contrôles : il n'est nullement protégé par l'État, celui-ci se réservant au *contract of employment* auquel le *worker* n'est pas soumis ; il n'a par ailleurs aucun contrôle sur sa relation de travail, étant soumis à un employeur unique, qui est autorisé à introduire des clauses de mobilité dans son contrat et pouvant le rompre – à peu de choses près – à volonté.

On peut donc considérer, au regard des droits en vigueur dans les États voisins de la Belgique (France, Suisse, Angleterre et Pays-Bas), que le système belge du flexi-job atteint d'une certaine manière l'objectif de flexicurité.

¹⁷⁰ Comité européen des droits sociaux, Conclusions XIX-3, Conseil de l'Europe, 2010, p.7.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Européenne

Directive du conseil 1999/70/EC concernant l'accord cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, *J.O.*, L.175, 10 juillet 1999, p. 43-48.

Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *J.O.*, L.299, 18 novembre 2003, pp. 9-19.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.*, C.326, 26 octobre 2012, pp.391-407.

Belge

Loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M. B.*, 30 mars 1971.

Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M. B.*, 22 août 1978.

Loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition des utilisateurs, *M. B.*, 20 août 1987.

Loi-programme du 22 décembre 1989, *M. B.*, 30 décembre 1989.

Code d'impôts sur les revenus, CIR/92, *M. B.*, 30 juillet 1992.

Arrêté royal du 16 mai 2003 pris en exécution du chapitre 7 du Titre IV de la loi-programme du 24 décembre 2002 visant à harmoniser et à simplifier les régimes de réductions de cotisations de sécurité sociale, *M. B.*, 6 juin 2003.

Arrêté royal du 30 décembre 2009 fixant la définition et les conditions auxquelles doit répondre un système de caisse enregistreuse dans le secteur Horeca, *M. B.*, 31 décembre 2009.

Code pénal social du 6 juin 2010, *M.B.*, 1^{er} juillet 2010.

Loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale, mise à jour au 17 janvier 2019, *M. B.*, 26 novembre 2015.

Loi du 30 août 2016 modifiant l'article 8 de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, aux fins de supprimer la règle des 48 heures et d'élargir la possibilité de recourir à des contrats de travail intérimaire électroniques, *M.B.*, 15 septembre 2016.

Arrêté royal du 13 décembre 2016 portant exécution de la loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale en ce qui concerne les flexi-jobs et portant adaptation de certains arrêtés royaux concernant les réductions des cotisations de sécurité sociale, *M. B.*, 10 janvier 2017.

Loi programme du 25 décembre 2017, *M. B.*, 29 décembre 2017.

La Chambre des Représentants – Question et réponse écrite n°0091 : Le travail occasionnel dans l’Horeca, 10 juillet 2015.

Française

Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l’entreprise, dite « loi Auroux », disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, dite « loi Auroux », disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative a la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, dite « 3^e loi Auroux », *J.O.R.F.*, 14 novembre 1982, p. 3413, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

Loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite « loi Travail » ou « loi El Khomri », *J.O.R.F.*, 9 août 2016.

Code du travail français, 1910, version consolidée au 27 avril 2020, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

Anglaise

Employment rights Act 1996, disponible sur <http://www.legislation.gov.uk/>.

Suisse

Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l’industrie, l’artisanat et le commerce, dite « loi sur le travail » (LTr).

Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2), disponible sur [admin.ch](http://www.admin.ch).

Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1), disponible sur [seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch).

Ordonnance 2 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 2), « Dispositions spéciales pour certaines catégories d’entreprises ou de travailleurs », disponible sur [seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch).

Convention collective de travail du commerce de détail non alimentaire, Genève, version 2.3939, vom 18.09.2012 12 :48, disponible sur <http://www.service-cct.ch/>, consulté le 7 avril 2020.

Convention collective de travail cadre dans le commerce de détail dans le Canton de Genève, version 5.7934, vom 23.11.2017 16 :22, disponible sur <http://www.service-cct.ch/>, consulté le 7 avril 2020.

Néerlandaise

Wet Flexibiliteit en Zekerheid, du 14 mai 1998, *Staatsblad*, 1998-05-14 n°300.

Wet arbeidsmarkt in balans du 7 novembre 2018, modifiant le Titre 7 du Code civil néerlandais, disponible sur <https://www.rijksoverheid.nl/>.

DOCTRINE

ALBIN, E., PRASSL, J., « Fragmenting work, fragmented regulation – The contract of employment as a driver of social exclusion », *The contract of employment*, New York, Oxford, 2016, pp. 209 à 230.

BALLARIN, L., LANTIN, B., *Le temps de travail en perpétuel mouvement*, coll. Etudes pratiques de droit social, Bruxelles, Kluwer, 2019.

BÉROUD, S., *French trade unions and the mobilisation against the El Khomri law in 2016: a reconfiguration of strategies and alliances*, Sage journal, 2018, vol.24, pp. 179-193.

BIDET, J., *Marx et la loi travail*, Paris, Les Editions sociales, 2016.

CLESSE, J., KÉFER, F., « Le contrôle des normes relatives à la modération des rémunérations au regard du droit de la négociation... », *Aux sources du droit social : en hommage à Micheline Jamouille*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 91 à 116.

D'AOUT, O., DARTE, D., HONHON N., MARISCAL, B., *L'impôt des personnes physiques*, Limal, Anthemis, 2019.

DEAKIN, S., « Formation of the contract of employment », *The contract of employment*, New York, Oxford, 2016, pp. 383 à 396.

DRIESSE, Th., « Le point sur le régime des "travailleurs flexi-jobs" », *Orientations*, 2018, pp. 2- 13.

FAYOUMI, W., *Contrat « zéro-heures », ou le « retour au sevrage » : impossible en Belgique*, 2013, disponible sur www.rtbef.be.

FREELAND, M., « The legal structure of the contract of employment », *The contract of employment*, New York, Oxford, 2016, pp. 28 à 51.

GILSON, S., « Les flexi-jobs demeurent », *B.S.J.*, 2017, p.596.

KÉFER, F., CORDIER, Q., FARCY, A., « Quel statut juridique pour les travailleurs des plateformes numériques ? », *R.D.S.*, 2019, pp. 33 à 62.

KOUNTOURIS, N., « The legal determinants of precariousness in personal work relations: a European perspective », *Comparative labour law and policy journal*, Illinois, 2012, vol. 34, pp.21-45.

LAMBINET, F., « Flexi-job, flexisalaire... : l'essentiel du "Plan Horeca" est en place », *B.S.J.*, 2016, n°556, p.4.

LEIGHTON, P., « Problems continue for zero-hours workers », *Industrial law journal*, 2002, vol. 31, pp. 71-78.

MARISCAL, V., *La négociation collective « sans peine ». La loi El Khomri et l'avenir de la démocratie d'entreprise en Europe*, septième congrès triennal de l'Association belge francophone de science politique (ABSP), Université catholique de Louvain – site de Mons, disponible sur <http://hdl.handle.net/2078.1/180053>, consulté le 20 février 2020.

MASSART, G., JACQUEMART, G., « 11 - Travail intérimaire : quelques nouveautés », *Droit du travail tous azimuts*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, pp. 541-579.

MEES, K., VAN GEEL, C., *Exonération totale d'impôt pour le flexisalaire et les heures supplémentaires dans le secteur de l'Horeca*, actualités du 1^{er} décembre 2015, disponible sur www.rtbf.be.

MORAIS, B., *Flexi-job, flexisalaire et heures sup' au menu de l'Horeca (LDD art. 2-28, 31-32 et 36-38)*, actualités du 30 novembre 2015, disponible sur www.rtbf.be.

MORAIS, B., *Le flexi-job s'étend au commerce et aux pensionnés (art. 32 à 41, 81-82 LP)*, actualités du 9 janvier 2018, disponible sur www.rtbf.be.

NISOL, P., « Statuts sociaux particuliers, le point sur des modifications récentes : artistes, apprentis, flexi-jobs et médecins en formation », *Orientations*, Kluwer, 2017, pp.2-18.

PESKINE, E., WOLMARK, C., *Droit du travail 2019*, Paris, Dalloz, 2018.

PUTZ, J.-L., « 3. - Le travail intermittent », *Le travail flexible et atypique*, Windhof, Larcier Luxembourg, 2016, p. 157-159.

SAVAS, M.-M., « The french spring and the crises in Europe », *Critique*, Paris, 2017, vol. 45, pp. 37-58, disponible sur <https://doi.org/>.

SERVAIS, J.-M., « Chapitre 1 – Les relations individuelles de travail », *Droit social de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp.179-225.

DE STEFANO, V., « Casual work beyond casual work in the EU: The underground of casualisation of the European workforce – and what to do about it », *European labour law journal*, 2016, vol.7, p.421.

VAN EKKCKHOUTTE, W., NEUPREZ, V., *Compendium social. Droit du travail contenant des annotations fiscales*, 2016-2017, Bruxelles, Kluwer, 2016, tomes 1 et 2.

VAN EECKHOUTTE, W., NEUPREZ, V., *Compendium social. Droit du travail contenant des annotations fiscales*, 2019-2020, Bruxelles, Kluwer, 2019, tome 1.

WOUTERS, M., PECINOVSKY P., « Marginal part-time in Europe: 2018's expansion of flexi-jobs in Belgium », *Comparative labor law and policy journal*, 2018, disponible sur lirias.kuleuven.be.

X., *La flexibilité en droit du travail*, Limal, Anthemis, 2012.

ZISSMANN, A., « Les atteintes au droit du travail devant la justice : l'exemple de la discrimination syndicale », *Contretemps n°30*, 2016, pp. 30-43.

JURISPRUDENCE

C.const., arrêt n° 107/2017 du 28 septembre 2017, disponible sur <http://www.const-court.be>.

C.const., arrêt n°52/2018 du 26 avril 2018, disponible sur <http://www.const-court.be>.

C.const., arrêt n°152/2019 du 24 octobre 2019, disponible sur <http://www.const-court.be>.

AUTRES

UNIA, *Je suis payé-e à l'heure... Mes droits ! Contrats à l'heure, sur appel, d'auxiliaires, à temps partiel avec des horaires variables, ...*, disponible sur unia.ch

Rapport du BIT : *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, Genève, 2018, pp. 288 – 291.

Organisation Internationale du Travail – 98^e session, 2005, jugement n° 2415 du 18 novembre 2016, www.ilo.org, consulté le 7 mai 2020.

<https://www.rtf.be/info>

www.peoplesphere.be

www.juridischplachplatform.nl

www.ondernemenmetpersoneel.nl

www.weka.ch

www.lausanne.ch

