

A V I S N° 1.586

Séance du mardi 19 décembre 2006

Cadre juridique pour la conclusion de contrats de travail électroniques et l'utilisation de notifications électroniques en droit du travail

2.221-1

AVIS N° 1.586

Objet : Cadre juridique pour la conclusion de contrats de travail électroniques et l'utilisation de notifications électroniques en droit du travail

Le 5 mai 2004, le Bureau du Conseil national du Travail a décidé de se pencher sur la façon de rendre possibles juridiquement les contrats de travail électroniques et les notifications électroniques dans la relation entre travailleur et employeur.

L'examen de cette problématique a été confié à un groupe de travail ad hoc créé à cette fin.

Par lettre du 28 avril 2005, monsieur R. Demotte, ministre des Affaires sociales, et madame F. Van den Bossche, ministre de l'Emploi, ont demandé au Conseil national du Travail d'examiner un texte concernant le droit social et l'utilisation de moyens électroniques et une note au sujet d'un cadre juridique pour tiers de confiance, contrats de travail électroniques et notifications électroniques en matière de droit du travail ainsi que de formuler des suggestions en ce qui concerne les aspects à aborder et l'ordre de priorité dans lequel ces points devraient être traités.

Par lettre du 27 octobre 2006, monsieur P. Vanvelthoven, ministre de l'Emploi, a consulté le Conseil national du Travail sur un avant-projet de loi portant réglementation du contrat de travail électronique.

L'examen de ces demandes d'avis a été confié à la Commission des relations individuelles du travail.

Sur rapport du groupe de travail ad hoc et de la Commission des relations individuelles du travail, le Conseil a émis, le 19 décembre 2006, l'avis suivant.

x x x

AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

I. ANTÉCÉDENTS ET CONTEXTE DU PRÉSENT AVIS

Lors du Conseil des ministres du 16 janvier 2004 à Gembloux, il a été décidé que le ministre de l'Emploi et la secrétaire d'État à l'Organisation du travail et au Bien-être au travail, en collaboration avec le secrétaire d'État à la Simplification administrative, présenteraient pour fin avril 2004 une note de base concernant la façon de rendre possibles la conclusion électronique des contrats de travail et l'utilisation de notifications électroniques dans la relation entre travailleur et employeur.

Un groupe de travail a été créé à cette fin au sein du SPF ETCS.

Le 7 mai 2004, le Conseil des ministres a approuvé le Plan Kafka, le Plan d'action fédéral de simplification administrative. Un des projets qui figurent dans ce plan concerne l'adaptation du cadre légal pour qu'il soit possible de conclure des contrats de travail par voie électronique et pour que les notifications entre employeur et travailleur puissent se dérouler de manière électronique.

Depuis le Conseil des ministres du 7 mai 2004, un groupe de travail, composé de représentants des cellules stratégiques des ministres de la Justice, de l'Emploi et des Affaires sociales ainsi que du secrétaire d'État à la Simplification administrative, s'est réuni régulièrement afin de parvenir à un consensus au sujet de la stratégie à suivre.

Dans le courant du mois d'octobre 2004, le SPF ETCS a transmis un projet de note au Conseil national du Travail, en demandant de quelle manière les partenaires sociaux souhaitaient être associés à la discussion relative à la promotion des contrats de travail et notifications électroniques.

Le 5 mai 2004, le Bureau a décidé que cette question serait examinée au sein du Conseil national du Travail et il a créé un groupe de travail à cet effet.

Par lettre du 28 avril 2005, monsieur R. Demotte, ministre des Affaires sociales, et madame F. Van den Bossche, ministre de l'Emploi, ont consulté le Conseil national du Travail sur un texte concernant le droit social et l'utilisation de moyens électroniques et sur une note au sujet d'un cadre juridique pour tiers confiance, contrats de travail électroniques et notifications électroniques en matière de droit du travail, qui a été soumise au Conseil des ministres le 10 décembre 2004.

Dans leur saisine, les ministres demandent d'examiner ces textes et de formuler des suggestions en ce qui concerne les aspects à aborder et l'ordre de priorité dans lequel ces points devraient être traités.

L'examen de cette saisine a été confié à la Commission des relations individuelles du travail.

Lors de leurs travaux, le groupe de travail et la commission ont bénéficié de l'expertise précieuse des Professeurs E. Montero, R. de Corte et F. Kéfer.

Des contacts ont par ailleurs eu lieu entre la Commission des relations individuelles du travail et des représentants de monsieur V. Van Quickenborne, secrétaire d'État à la Simplification administrative, et du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale.

Ces travaux ont permis aux organisations d'employeurs et de travailleurs de dégager un certain nombre de constats et de préoccupations communes au sujet de l'intention du gouvernement de rendre possibles le contrat de travail électronique et la transmission électronique de certains documents entre l'employeur et le travailleur.

Ces organisations ont également formulé un certain nombre de suggestions quant aux adaptations qui devraient éventuellement être apportées en matière de droit du travail afin de donner suite à l'intention du gouvernement.

C'est dans le contexte de ces travaux que, par lettre du 27 octobre 2006, monsieur P. Vanvelthoven, ministre de l'Emploi, a consulté le Conseil national du Travail sur un avant-projet de loi portant réglementation du contrat de travail électronique.

Le ministre indique que, lors de sa réunion du 27 octobre 2006, le Conseil des ministres a décidé d'insérer le projet de loi dont saisine dans la loi portant des dispositions diverses, après une consultation d'urgence du Conseil national du Travail.

Il fait également savoir que le texte sera inséré lors de la deuxième lecture de la loi portant des dispositions diverses et que, vu l'urgence, le Conseil des ministres a décidé de demander l'avis du Conseil national du Travail pour le 15 novembre 2006 au plus tard, afin de pouvoir encore tenir compte des éventuelles remarques.

À la demande de la commission, le Président et le Secrétaire ont transmis une lettre aux chefs de cabinet du ministre P. Vanvelthoven et du secrétaire d'État V. Van Quickenborne, leur demandant de pouvoir disposer d'un délai plus long pour examiner le projet de loi et de pouvoir émettre un avis lors de la séance du Conseil du 19 décembre 2006. Les représentants des ministres ont fait savoir que cette demande était acceptée.

Lors de l'examen du projet de loi, le Conseil a pu bénéficier de la collaboration des représentants des ministres R. Demotte et P. Vanvelthoven et du secrétaire d'État V. Van Quickenborne.

Le présent avis comporte trois parties.

- La première partie reprend un certain nombre de constats communs aux organisations représentées au sein du Conseil national du Travail concernant les prescriptions de forme qui doivent être respectées en matière de droit du travail, le cadre juridique actuel concernant la signature électronique, la transmission électronique de données entre le travailleur et l'employeur et la conclusion de contrats par voie électronique.

- La deuxième partie formule un certain nombre de préoccupations et suggestions communes concernant :
 - l'équilibre entre, d'une part, la création d'un cadre juridique adéquat pour l'utilisation de nouvelles technologies de l'information et de la communication et, d'autre part, le maintien des mesures de protection qu'offre le droit du travail ;
 - la sécurité juridique et la nécessité d'une initiative législative ;
 - les garanties nécessaires pour travailler avec des moyens de communication électroniques en droit du travail.

- La troisième partie contient la position du Conseil au sujet du projet de loi portant réglementation du contrat de travail électronique, qui est soumis pour avis.

II. AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

A. Constats du Conseil

1. Le Conseil s'est tout d'abord penché sur les prescriptions de forme qui doivent être respectées en droit du travail.

Il constate qu'outre la signature, l'écrit et la notification, le droit du travail connaît encore bien d'autres prescriptions de forme, comme la lettre recommandée à la poste, l'exploit d'huissier de justice, la signature au plus tard au moment où le travailleur commence à travailler, la notification dans une période déterminée, l'enregistrement, etc.

Il remarque en outre qu'une distinction doit être faite entre les fonctionnalités pour lesquelles des prescriptions de forme, telles qu'un écrit, une signature, une notification, une date, etc. sont requises. Certaines prescriptions de forme ne concernent que l'apport de la preuve (ad probationem), d'autres concernent la validité de l'acte juridique (ad validitatem) et d'autres encore ont des fins publicitaires, informatives et de contrôle.

En droit du travail, il y a de nombreuses prescriptions de forme ad validitatem, précisément parce qu'elles ont pour but de protéger la partie la plus faible, comme l'exigence d'un écrit pour certains contrats de travail (comme le contrat de travail à durée déterminée, le contrat de travail à temps partiel, le contrat de travail étudiant et le contrat de travail intérimaire) et pour certaines clauses (comme la clause d'essai et la clause de non-concurrence) ou l'exigence de notification par lettre recommandée ou exploit d'huissier de justice en cas de licenciement pour motif grave. En outre, elles permettent aux services d'inspection d'exercer un contrôle sur le travail frauduleux.

2. Le Conseil a en outre examiné l'actuel cadre juridique relatif à la signature électronique, à la notification électronique et aux contrats électroniques.

Il a constaté que ce cadre juridique donne encore lieu à un certain nombre de controverses et qu'il n'offre pas une sécurité juridique suffisante pour la conclusion de contrats de travail électroniques et l'utilisation de notifications électroniques dans la relation entre employeur et travailleur.

- a. Signature électronique

Le statut juridique de la signature électronique est actuellement réglé par la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information (directive sur le commerce électronique), la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (loi sur le commerce électronique).

- 1) L'article 1322, deuxième alinéa du Code civil (inséré par la loi du 20 octobre 2000) dispose que, pour l'application de cet article (qui traite de la foi d'un acte sous seing privé), un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte peut satisfaire à l'exigence d'une signature.

Selon un certain nombre d'auteurs, cet article s'applique uniquement à la preuve du contrat et non à sa validité et il ne peut donc être invoqué que si aucun écrit n'est requis comme validité pour la conclusion du contrat de travail (par exemple en cas de contrat de travail à durée indéterminée qui ne contient aucune clause devant être constatée par écrit).

Le Conseil signale en outre que si la signature électronique est contestée, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation et peut vérifier si les conditions d'imputabilité et d'intégrité de l'article 1322, deuxième alinéa du Code civil sont remplies.

- 2) La loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification a poursuivi la transposition en droit belge de la directive sur la signature électronique (loi sur la signature électronique).

Elle donne une définition large des signatures électroniques. L'article 2, 1° considère comme une signature électronique une donnée sous forme électronique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification.

La loi fait en outre une distinction entre les signatures électroniques avancées et les signatures électroniques ordinaires.

Une signature électronique est qualifiée d'avancée si :

- elle est liée uniquement au signataire ;
- elle permet l'identification du signataire ;
- elle est créée par des moyens que le signataire peut garder sous son contrôle exclusif ;

- elle est liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données peut être détectée.

L'article 4, § 4 de cette loi prévoit que seule une signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique est assimilée complètement à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale (principe d'assimilation).

Dès que les conditions précitées sont remplies, le juge n'a plus de pouvoir d'appréciation et il doit octroyer la même force probante qu'à une signature manuscrite.

Le Conseil a pris acte du fait que, selon le représentant du secrétaire d'État V. Van Quickenborne, la signature électronique apposée par le biais de la carte d'identité électronique satisfait aux exigences précitées d'une signature électronique qualifiée.

Le Conseil constate en outre qu'il y a également une controverse dans la doctrine quant à la question de savoir si cette assimilation s'applique uniquement à l'utilisation de la signature électronique dans le cadre du droit de la preuve ou à toutes les règles de droit dans lesquelles une signature manuscrite est requise et que, même si son champ d'application général de principe est reconnu, son application est dans la pratique limitée par des dispositions légales, par exemple en droit du travail, qui requièrent d'autres formalités qui peuvent uniquement être imposées dans un environnement papier (comme la forme manuscrite, la lettre recommandée, etc.).

L'article 4, § 5 de cette loi prévoit en outre qu'une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique et ne peut être refusée comme preuve au seul motif que la signature se présente sous forme électronique, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification, ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé (principe de non-discrimination).

Le juge conserve toutefois un pouvoir d'appréciation et peut donc vérifier si les conditions requises pour une signature électronique par l'article 1322, deuxième alinéa du Code civil (identification et intégrité du contenu) sont remplies.

Il faut également noter que l'article 4, § 1er de cette loi dispose qu'à défaut de dispositions légales contraires, nul ne peut être contraint de poser un acte juridique par voie électronique.

Le Conseil fait remarquer qu'en vertu d'une certaine doctrine, ce principe s'applique uniquement aux relations entre un particulier et les autorités et ne s'applique pas aux relations entre particuliers et donc pas aux relations entre employeurs et travailleurs.

- 3) La loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique devait élargir le champ d'application de l'article 1322, deuxième alinéa du Code civil et de l'article 4, § 4 de la loi sur la signature électronique en prévoyant à l'article 16, § 2 que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2 du Code civil, soit à l'article 4, § 4 de la loi sur la signature électronique. Cela signifierait qu'un contrat où une signature ad validitatem (et pas uniquement ad probationem) est prescrite peut être muni d'une signature au sens de l'article 1322, deuxième alinéa du Code civil ou de l'article 4, § 4 de la loi sur la signature électronique.

Le Conseil signale toutefois que l'applicabilité de la loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique à la relation entre employeur et travailleur est contestée (voir ci-après).

b. Notification électronique

Le statut juridique de la notification électronique est réglé par la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extra-judiciaire.

Cette loi insère un nouvel article 2281 dans le Code civil, qui dispose que "lorsqu'une notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l'a faite, une notification faite par télégramme, par télex, par télécopie, par courrier électronique ou par tout autre moyen de communication, qui se matérialise par un document écrit chez le destinataire, est également considérée comme une notification écrite. La notification est également considérée comme écrite si elle ne se matérialise pas par un document écrit chez le destinataire pour la seule raison que celui-ci utilise un autre mode de réception. La notification est accomplie dès sa réception dans les formes énumérées à l'alinéa 1er. À défaut de signature au sens de l'article 1322, le destinataire peut, sans retard injustifié, demander au notifiant de lui fournir un exemplaire original signé. S'il ne le demande pas sans retard injustifié ou si, sans retard injustifié, le notifiant fait droit à cette demande, le destinataire ne peut invoquer l'absence de signature."

Cet article permet au notifiant d'invoquer sa notification électronique, même si elle n'est pas munie d'une signature électronique.

Le Conseil constate qu'il y a une controverse dans la doctrine quant à la question de savoir si cet article s'applique uniquement au Code civil ou s'il fait partie du droit commun et s'applique dès lors également au droit du travail.

Il est d'ailleurs permis de se demander si cette disposition peut être rendue applicable globalement au droit du travail, étant donné qu'elle comporte certains risques et qu'elle impose une responsabilité énorme au destinataire.

Elle ne résout d'ailleurs pas non plus les problèmes là où le droit du travail prévoit pour les notifications d'autres prescriptions de forme que l'écrit et la signature, comme la lettre recommandée à la poste ou les notifications dans une période déterminée, notamment en cas de licenciement pour motif grave.

c. Contrats électroniques

Le statut juridique du contrat électronique est réglé par le chapitre V de la loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique.

L'article 16, § 1er de cette loi contient une disposition transversale générale qui prévoit que toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées.

Tant la notion de contrat que la notion d'exigence de forme sont largement expliquées. La notion de contrat comprend toutes les phases qui sont nécessaires pour parvenir à la conclusion d'un contrat, de la phase précontractuelle à l'enregistrement ou au dépôt. La notion d'exigence de forme couvre en tout cas les prescriptions de forme telles que l'utilisation d'un support papier, l'exigence de notification ou d'écrit, la nécessité d'une signature, les mentions manuscrites ou l'envoi d'une lettre ou d'une lettre recommandée à la poste.

L'article 16, § 2 précise ce principe transversal pour trois conditions de forme classiques :

- l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ;
- l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2 du Code civil, soit à l'article 4, § 4 de la loi sur la signature électronique ;
- l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige est satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier.

Le Conseil fait remarquer qu'il y a une controverse quant à la question de savoir si la loi sur le commerce électronique s'applique également à la conclusion électronique de contrats de travail.

Selon certains, la loi s'applique uniquement aux services de la société de l'information et la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, à laquelle la loi donne exécution, dispose explicitement en son considérant 18 que la relation contractuelle entre un employé et son employeur n'est pas un service de la société de l'information.

Selon d'autres, la loi s'applique à tous les contrats, à l'exception des catégories de contrats qui ont été explicitement exclues du champ d'application par l'article 17. Les contrats qui relèvent du droit du travail n'ont toutefois pas été exclus explicitement.

B. Préoccupations du Conseil

Sur la base des constats précités, le Conseil formule un certain nombre de préoccupations.

1. Le Conseil reconnaît, d'une part, que les nouvelles technologies de la société de l'information offrent un certain nombre d'avantages, comme un échange plus rapide et plus efficace d'informations, une simplification de l'administration sociale, une réduction des coûts, etc.

D'autre part, le Conseil fait remarquer que de nombreuses conditions de forme qui sont prescrites en droit du travail ont pour but de protéger les parties socialement plus faibles et de donner aux services d'inspection les moyens nécessaires pour exercer un contrôle.

Le Conseil estime dès lors que l'intention ne peut pas être de supprimer ces prescriptions de forme pour la simple et unique raison qu'elles constituent un obstacle à l'utilisation de la voie électronique. Dans l'environnement électronique, les travailleurs doivent être assurés de la même protection que celle que leur offre actuellement le cadre juridique existant dans un environnement papier traditionnel et les autorités doivent également pouvoir disposer des mêmes moyens de contrôle.

Le Conseil rappelle les principes qu'il a toujours mis en exergue dans le cadre de ses travaux en matière de simplification et de modernisation de l'administration sociale. Ces principes peuvent également être appliqués dans le cadre des échanges électroniques entre employeur et travailleur. Il s'agit plus précisément des principes de neutralité, de simplification et de faisabilité dans le chef de l'employeur et du travailleur.

Selon le Conseil, il faut par conséquent rechercher un équilibre entre, d'une part, l'objectif de rendre possible juridiquement l'utilisation de nouvelles technologies dans la relation de travail et, d'autre part, le maintien des mesures de protection et de contrôle qu'offre le droit du travail.

2. Le Conseil considère qu'il est indiqué de prendre une initiative législative spécifique afin de régler la communication électronique dans les relations de travail entre les employeurs et les travailleurs.

Le Conseil souhaite en outre qu'un certain nombre de garanties soient prévues dans la législation pour l'utilisation de moyens de communication électroniques en droit du travail.

- a. Le principe selon lequel les travailleurs et les employeurs ne peuvent pas être contraints d'utiliser des moyens de communication électroniques pour leurs actes juridiques devrait être repris clairement dans la législation. Il faut en effet partir du principe que tout le monde n'a pas accès aux technologies de l'information et de la communication et à l'Internet. En outre, tous les employeurs ne prennent pas la décision de passer à la communication électronique avec leurs travailleurs. C'est la raison pour laquelle les deux systèmes, l'analogique et l'électronique, doivent continuer à exister en parallèle.

Si l'employeur met à la disposition du travailleur des moyens d'information et de communication pendant la relation de travail, il se pose d'autres problèmes pour lesquels il faut chercher une solution, comme celui de savoir ce qui se passe lorsqu'il est mis fin à la relation de travail.

La portée du principe du libre choix devrait également être explicitement précisée pour tous les contrats de travail qui peuvent être conclus par voie électronique, quelle que soit leur base juridique.

Pour le Conseil, le principe du volontariat va de pair avec le principe de réversibilité, tant pour le travailleur que pour l'employeur.

- b. Le Conseil souligne en outre que la carte d'identité électronique permet d'apposer une signature électronique propre, qui répond aux normes de sécurité les plus élevées et a la même validité juridique que la signature manuscrite. À partir de 2009, tout citoyen disposera de cette carte. On pourrait dès lors prévoir que, pour l'apposition d'une signature électronique, il faut de préférence utiliser la carte d'identité électronique ou un ensemble d'instruments répondant aux mêmes garanties de sécurité que la carte d'identité électronique.

- c. Outre un cadre légal pour l'échange électronique de données, il faut également prêter attention à un encadrement légal de la gestion et de la conservation des documents électroniques dans le cadre du droit du travail. Des garanties suffisantes doivent être prévues pour que les informations électroniques restent consultables et fiables à long terme. Les informations électroniques archivées doivent rester accessibles pour les travailleurs, mais il faut d'un autre côté éviter que des personnes non autorisées y aient accès. La lisibilité, l'intégrité et l'authenticité des informations électroniques doivent également rester garanties à long terme.

Compte tenu des aspects spécifiques du droit du travail, le Conseil demande à être informé des démarches ultérieures qui seraient entreprises dans ce cadre.

- d. Étant donné qu'en droit du travail, de nombreux droits et obligations des parties dépendent d'exigences supplémentaires (comme la détermination de la date, la lettre recommandée) en plus d'un écrit et d'une signature, tant pour la conclusion de certains contrats de travail que pour certaines notifications, il faudrait introduire un cadre légal adéquat répondant à ces exigences supplémentaires dans l'environnement électronique et offrant dans ce cadre les mêmes garanties que dans l'environnement papier.

Il faudrait donc élaborer prioritairement une réglementation légale adéquate pour la lettre recommandée électronique et le timestamping.

Le Conseil a pris acte du fait qu'un projet de loi fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance a été récemment déposé à la Chambre des Représentants.

Étant donné que ce projet de loi peut jouer un rôle important dans la relation entre employeur et travailleur, le Conseil souhaite être consulté à ce sujet, ainsi qu'au sujet de toutes les autres initiatives liées au timestamping, à la lettre recommandée et à l'archivage de documents.

- e. En vertu de l'actuelle législation du travail, les conventions collectives de travail doivent être déposées auprès du SPF ETCS.

Pour le dépôt électronique, il faudrait élaborer, pour l'enregistrement électronique des conventions collectives de travail, un cadre légal spécifique, répondant à toutes les fonctionnalités pour lesquelles le dépôt de conventions collectives de travail est requis, comme cela a d'ailleurs déjà été fait aux Pays-Bas.

C. Position du Conseil concernant l'avant-projet de loi soumis pour avis

1. Remarques générales

a. Concernant la procédure suivie

En ce qui concerne la procédure suivie, le Conseil déplore le très court délai qui lui est accordé pour émettre un avis sur le texte de l'avant-projet de loi.

Il fait tout d'abord remarquer que l'utilisation de moyens d'information et de communication électroniques dans la relation entre l'employeur et le travailleur est une nouvelle matière qui peut avoir un impact important sur les dispositions existantes du droit du travail, qui ont pour but tant de protéger la partie la plus faible dans la relation de travail que de prévenir la fraude sociale et économique.

Cette matière soulève dès lors des questions importantes qui nécessitent des consultations internes au sein des organisations représentées au Conseil.

Le Conseil rappelle qu'il a d'initiative pris cette matière en main depuis 2004 et que le gouvernement et les partenaires sociaux avaient conclu des accords de travail afin de transmettre le plus rapidement possible un projet de texte aux partenaires sociaux pour qu'ils puissent mener des consultations approfondies à ce sujet.

Le Conseil déplore que ces accords de travail n'aient pas été respectés.

Il souscrit par ailleurs à l'initiative législative du gouvernement visant à offrir la sécurité juridique dans le cadre des échanges électroniques entre l'employeur et le travailleur.

Le Conseil ne comprend toutefois pas pourquoi l'urgence est invoquée. Il fait remarquer que la carte d'identité électronique ne sera généralisée qu'en 2009 et que l'utilisation de cette carte constitue l'élément-clé de la communication électronique.

b. Concernant le contenu du projet de loi

Selon le Conseil, le contenu du projet de loi soumis pour avis n'est pas clair.

- Quelles sont les phases des relations de travail entre l'employeur et le travailleur qui sont visées par le projet de loi : la phase précontractuelle, la phase contractuelle (conclusion du contrat de travail), la phase de l'exécution du contrat de travail ou également la phase suivant l'exécution du contrat de travail ?
- L'intention est-elle qu'il y ait également un impact sur les relations collectives entre les employeurs et les travailleurs et sur les relations à l'égard des services d'inspection ?

Le Conseil a pris acte du fait que, selon les représentants des ministres, le projet de loi ne s'appliquerait pas à la fin du contrat de travail, ni aux relations collectives.

Pour cette raison, le Conseil demande que la clarté soit faite en ce qui concerne le contenu du projet de loi afin d'éviter que l'on recoure à l'improvisation pour les relations individuelles et collectives de travail non visées, ce qui pourrait engendrer des conséquences non désirées.

2. Remarques spécifiques concernant le texte de l'avant-projet de loi

Le Conseil a examiné article par article le texte de l'avant-projet de loi soumis pour avis et formule les remarques suivantes à ce sujet.

a. Remarques préalables

- 1) Le Conseil observe que la qualité de rédaction de la version française de l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi laisse à désirer. Il souhaite dès lors que le texte soit amélioré sur ce point.

- 2) En outre, le Conseil souligne que le titre "réglementation du contrat de travail électronique" ne couvre pas la portée exacte du projet de loi. Celui-ci vise, d'une part, à régler l'utilisation de la signature électronique dans le cadre de la conclusion d'un contrat de travail et, d'autre part, à rendre possible juridiquement la transmission électronique de certains documents sociaux.

Selon le Conseil, il doit d'ailleurs être clair que le projet de loi règle uniquement la phase de "la conclusion" des contrats de travail (contacts bilatéraux) et non la communication électronique d'actes juridiques unilatéraux dans le cadre du contrat de travail, qui relèvent des règles du droit commun.

Le Conseil demande dès lors d'adapter le titre au contenu du projet de loi.

b. Remarques concernant les articles du texte de l'avant-projet de loi

Section 1re - Modification à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail

Article x

Le Conseil constate que l'article x a pour but d'insérer dans la loi du 3 juillet 1978 un nouvel article 8 bis, qui crée un cadre juridique pour la conclusion des contrats de travail au moyen d'une signature électronique.

Le Conseil se demande s'il est pertinent d'insérer ce nouvel article après les dispositions qui s'appliquent spécifiquement à certaines catégories de travailleurs, comme les pharmaciens, les représentants de commerce et les domestiques. Compte tenu de la structure de la loi du 3 juillet 1978, il juge préférable d'insérer cet article au début de la loi, par exemple avant l'actuel article 3 bis.

Article x, § 1er

Le Conseil estime qu'en donnant la définition d'une signature électronique au § 1er, l'on donne l'impression que tout contrat de travail peut être conclu électroniquement par le biais d'une signature électronique "ordinaire", ce qui est contraire à la suite des articles dans lesquels soit une signature électronique avancée, soit une signature électronique qualifiée est requise pour certains contrats de travail.

Article x, § 2

Le Conseil constate en outre que le § 2 consacre le principe du volontariat. En vertu de ce principe, le travailleur et l'employeur ne peuvent être contraints de conclure un contrat de travail au moyen d'une signature électronique.

Le Conseil fait remarquer que le principe du volontariat doit avoir un caractère absolu. Cela signifie qu'un employeur qui met un système de communication électronique à la disposition de son personnel ne peut pas contraindre le travailleur individuel à conclure un contrat de travail par voie électronique. L'employeur ne peut dans ce cas pas non plus être contraint de conclure les contrats de travail avec son personnel par voie électronique. Ces deux aspects doivent, selon le Conseil, se retrouver dans le texte.

Conformément à la remarque susmentionnée, le Conseil demande qu'il soit clairement indiqué dans le texte que le principe du volontariat concerne la conclusion du contrat de travail.

Le Conseil est d'ailleurs d'avis qu'il faudrait également reprendre dans ce paragraphe le principe de réversibilité, en vertu duquel les parties peuvent à tout moment renoncer à leur choix en faveur de la communication électronique et revenir à un mode de communication sur papier.

Le Conseil souhaite enfin que le principe du volontariat et par conséquent aussi le principe de réversibilité s'appliquent à tous les contrats de travail, en d'autres termes pas uniquement aux contrats de travail électroniques dans le cadre de la loi du 3 juillet 1978, mais aussi aux contrats de travail spécifiques conclus par voie électronique dans le cadre des articles x + 10 et suivants et aux contrats de travail qui seront encore élaborés à l'avenir.

Article x + 1

Le Conseil constate que l'article x + 1 a pour but d'insérer dans la loi du 3 juillet 1978 un nouvel article 8 ter qui vise à rendre possible, sur le plan juridique, la transmission électronique de documents de l'employeur vers le travailleur.

Le Conseil est d'avis qu'il serait préférable, pour éviter tout malentendu, d'énumérer dans le texte de loi proprement dit les documents qu'il faut concrètement entendre par documents sociaux et d'emploi. Afin de faciliter l'adaptation de la liste, le Roi pourrait être habilité à modifier, le cas échéant, par arrêté royal.

Le Conseil demande à être consulté sur le contenu de la liste de documents afin de pouvoir vérifier, pour chaque document, les conséquences éventuelles que peut avoir l'envoi électronique de documents sur la législation existante (délais de procédure, de recours, etc.).

Article x + 1, § 1er

L'article x + 1, § 1er donne une définition des documents qui sont visés, à savoir les documents sociaux et les documents d'emploi.

Pour les documents sociaux, il est renvoyé aux documents qui sont réglés par l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux.

Par documents d'emploi, il faut entendre tous les documents, autres que les documents sociaux, que l'employeur doit fournir à ses travailleurs en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle.

Le Conseil fait remarquer que la notion de "documents d'emploi" est nouvelle et qu'elle est définie de manière trop vague au § 1er.

Il demande dès lors que ce paragraphe soit remplacé par l'énumération concrète des documents concernés. Le Conseil ne se prononcera sur la liste des documents qui entrent en ligne de compte pour un traitement électronique que lorsque cette liste sera connue et qu'il y aura eu une étude d'impact approfondie des conséquences de ces échanges électroniques sur d'autres législations connexes et sur l'appareil de contrôle.

Article x + 1, § 2

Le Conseil souligne que le § 2, premier alinéa dispose que le contrat de travail conclu au moyen d'une signature électronique doit contenir les éléments suivants :

- 1° les documents sociaux et les documents d'emploi qui seront envoyés entre l'employeur et le travailleur par voie électronique ;
- 2° la façon selon laquelle les documents sociaux et les documents d'emploi seront transmis entre l'employeur et le travailleur par voie électronique ;
- 3° la façon selon laquelle les documents sociaux et les documents d'emploi transmis entre l'employeur et le travailleur par voie électronique seront archivés.

Le Conseil demande s'il est nécessaire que les éléments énumérés au § 2, premier alinéa soient repris dans le contrat de travail lui-même. Selon le Conseil, ils pourraient également être repris dans un document séparé accompagnant le contrat de travail, de sorte que ces éléments ne doivent pas à nouveau être précisés en cas de contrats successifs.

Il constate que l'article x + 1, § 2, deuxième alinéa prévoit que lorsque les parties n'ont pas conclu de contrat de travail électronique, l'envoi électronique de documents sociaux et d'emploi peut commencer à tout moment par la signature d'un document par les deux parties.

Il demande de préciser que ce document peut être signé par voie électronique.

Article x + 1, § 3

Le Conseil souligne qu'aux termes de l'article x + 1, § 3, les documents sociaux et les documents d'emploi ne peuvent être transmis par voie électronique entre l'employeur et le travailleur que si l'authenticité de leur origine et l'intégrité de leur contenu sont garantis au moyen d'une signature électronique avancée, tant du côté de l'employeur que du côté du travailleur.

Le Conseil se demande si une signature électronique avancée du travailleur est nécessaire pour "tous" les documents sociaux et d'emploi et si un accusé de réception ou le simple envoi des documents ne pourrait pas suffire pour certains documents.

Cette question ne pourra être résolue que lorsque la clarté sera faite au sujet des documents sociaux et d'emploi qui sont visés et lorsque l'impact pourra être déterminé pour chaque document.

Article x + 1, § 4

Le Conseil fait remarquer que ce paragraphe prévoit les exigences minimales auxquelles l'archivage électronique de documents sociaux et d'emploi doit satisfaire. Plus précisément, il est spécifié que l'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu des documents conservés doivent être garanties à tout moment et que le travailleur doit avoir, à tout moment et même après la fin de la relation de travail, un accès simple et bien lisible à ces documents. Si le travailleur ne dispose plus de l'archivage électronique à cause de la fin de la relation de travail, l'employeur doit lui fournir une copie de tous ces documents au moyen d'un support durable. L'archivage doit être gratuit pour le travailleur.

Le Conseil constate qu'aucun délai durant lequel l'employeur est censé avoir archivé les documents n'est prévu. Il souligne que des coûts sont liés à l'archivage pour l'employeur et il souhaite dès lors qu'un délai déterminé soit lié à cette obligation, en tenant compte des délais de prescription existants.

En outre, le Conseil se demande ce qu'il faut entendre par la notion de "support durable". Il estime que cette notion devrait être précisée.

Par ailleurs, le Conseil remarque que les employeurs doivent garantir l'accès aux données des travailleurs. Cela ne signifie toutefois pas que les employeurs doivent conserver du matériel informatique obsolète et que de nouvelles méthodes d'archivage ne peuvent pas être introduites. Sinon, cela pourrait bloquer l'évolution technologique au sein des entreprises.

Le Conseil juge préférable que l'archivage soit effectué auprès d'un tiers, non seulement pour prévenir des événements tels que la faillite et l'incendie, mais aussi pour permettre aux travailleurs de pouvoir consulter leurs documents après la relation de travail.

Le Conseil souhaite dès lors que l'on crée le plus rapidement possible un cadre légal imposant aux tiers des garanties suffisantes en matière d'archivage de certains documents.

Comme il l'a déjà signalé ci-avant, le Conseil demande à être consulté à ce sujet.

Article x + 1, § 5

Le Conseil constate qu'aux termes de l'article x + 1, § 5, l'employeur doit être en mesure de mettre les documents sociaux et les documents d'emploi à la disposition des autorités compétentes, sans retard indu, à toute réquisition de leur part. Selon l'exposé des motifs, ce paragraphe règle les obligations de l'employeur vis-à-vis des services d'inspection en ce qui concerne l'archivage électronique des documents sociaux et des documents d'emploi.

Le Conseil estime que cette disposition fait double emploi avec ce qui a déjà été prévu dans la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail.

Il demande dès lors que cette disposition soit supprimée.

Articles x + 2 et x +3

Le Conseil constate que ces articles visent à remplacer le terme "remettre" et le terme "délivrer" par les termes "fournir [...], soit sur forme papier, soit sur forme électronique".

Le Conseil se demande ce qu'il faut entendre par le terme "fournir". Cela signifie-t-il que le document social et le document d'emploi ne sont fournis que lorsque tant l'employeur que le travailleur y ont apposé une signature électronique avancée ?

Le Conseil fait remarquer que cela pourrait avoir pour conséquence que la méthode de travail électronique impose une procédure plus lourde que la méthode de travail analogique pour un certain nombre de documents.

Le Conseil se demande si, pour un certain nombre de documents, la simple remise par l'employeur ou un accusé de réception de la part du travailleur ne pourrait pas suffire, en appliquant comme date fixe soit le moment où le message parvient au destinataire, soit le moment où le message est effectivement ouvert par le destinataire.

Le Conseil juge nécessaire dans certains cas qu'une date fixe soit déterminée, parce que cela peut être important pour la prise de cours de certains délais qui sont actuellement prévus dans la législation.

Il souhaite vérifier cela pour chaque document et il le fera sur la base de la liste des documents sociaux et des documents d'emploi qu'il a demandée.

Le Conseil souhaite d'ailleurs maintenir le terme "remettre" et le terme "délivrer" en y ajoutant les termes "soit sous forme papier, soit sous forme électronique".

Cette remarque vaut pour l'ensemble du texte du projet de loi.

Section 2 - Modification à la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail

Vu son impact sur les relations collectives entre les employeurs et les travailleurs et le rôle des services d'inspection, le Conseil demande de retirer cette question du projet de loi.

Sans porter préjudice à cette position de principe, le Conseil souhaite tout de même formuler d'ores et déjà et à titre exemplatif les remarques suivantes.

Article x + 4

Le Conseil rappelle le cadre juridique qui est déjà disponible actuellement pour mener une concertation collective au sujet de l'introduction de technologies de l'information et de la communication au sein de l'entreprise, comme la loi du 20 septembre 1948 en ce qui concerne les conseils d'entreprise et les conventions collectives de travail n°s 9 et 39 du Conseil national du Travail.

Le Conseil constate en outre qu'aux termes de l'article x + 4, 2°, les termes "le jour de l'affichage" sont remplacés par les termes "le jour de la notification à tous les travailleurs" à l'article 11, cinquième alinéa de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail.

Le Conseil fait remarquer que le jour de l'affichage est une date fixe dans la procédure d'établissement du règlement de travail. À partir de cette date, un certain nombre de délais, qui sont importants pour l'établissement du règlement de travail, prennent cours.

Selon le Conseil, la date de la notification à tous les travailleurs n'est pas une date suffisamment fixe. C'est la raison pour laquelle il propose de maintenir les termes "le jour de l'affichage". Cette remarque vaut également de manière générale pour les autres articles concernant la modification de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail.

Article x + 5

Le Conseil fait remarquer qu'en vertu de la législation actuelle, les travailleurs peuvent transmettre anonymement leurs remarques relatives au règlement de travail à l'inspection du travail.

Le Conseil estime que si les travailleurs ont reçu le projet de règlement de travail par voie électronique, cet article n'offre pas suffisamment de garanties qu'ils peuvent transmettre leurs remarques de manière anonyme.

Le Conseil souhaite qu'il ne soit pas porté préjudice au rôle qu'exercent actuellement les services d'inspection à l'égard des travailleurs dans le cadre de l'établissement et de la modification du règlement de travail.

Article x + 8

Le Conseil fait remarquer que si les termes "le jour de l'affichage" sont maintenus, les trois premiers alinéas de l'article 15 de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail doivent également être maintenus.

Section 3 - Modification à la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération

Article x + 9

Le Conseil renvoie à la remarque qu'il a formulée en ce qui concerne l'article x + 2 du projet de texte.

Section 5 - Modification à la loi du 19 juillet 1983 sur l'apprentissage de professions exercées par des travailleurs salariés

Article x + 11

Le Conseil observe que, dans le cadre du contrat d'apprentissage, un tiers, qui est en charge de la formation, intervient également.

Le Conseil demande d'examiner comment ces principes doivent être appliqués lorsque l'intervention d'un tiers est requise.

Section 7 - Modifications à la loi-programme du 22 décembre 1989

Le Conseil fait remarquer qu'une distinction est faite entre les garanties requises en matière de signature électronique aux articles 157 et 159 de la loi-programme.

Il se demande si une signature électronique avancée "qualifiée" n'est pas également nécessaire dans le cadre de l'article 157, étant donné qu'il s'agit ici d'une disposition de protection.

x x x

Le Conseil s'engage à effectuer une évaluation de l'application des nouvelles dispositions légales dans la pratique.
