

Axe 3: Activisme juridique - Identifier les ferments de justice sociale dans la complexité du droit du travail ?

Par Pierre-Paul Van Gehuchten
e-legal, Volume n°3

Pour citer l'article :

Pierre-Paul Van Gehuchten, « Axe 3: Activisme juridique - Identifier les ferments de justice sociale dans la complexité du droit du travail ? », in *e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, Volume n°3, avril 2019.

Adresse de l'article :

<http://e-legal.ulb.be/volume-n03/hommage-a-eliane-vogel-polsky/axe-3-activisme-juridique-identifier-les-ferments-de-justice-sociale-dans-la-complexite-du-droit-du-travail>

La reproduction, la communication au public en ce compris la mise à la disposition du public, la distribution, la location et le prêt de cet article, de manière directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie, ainsi que toute autre utilisation qui pourrait être réservée à l'auteur ou à ses ayants droits par une législation future, sont interdits, sauf accord préalable et écrit de l'Université libre de Bruxelles, en dehors des cas prévus par la législation sur le droit d'auteur et les droits voisins applicable en Belgique.

© Université libre de Bruxelles - avril 2019 - Tous droits réservés pour tous pays - ISSN 2593-8010



§1 Nous mesurons ce que l'engagement de celle à qui l'on rend hommage devait tout à la fois à ses intuitions historiques de justice et à sa maîtrise des champs du droit du travail. Au fil de ses nombreux combats menés par exemple aux côtés des femmes au travail, se découvre un art consommé d'une forme de « guerre de mouvement », ancré dans la conviction qu'en droit du travail il doit être possible de trouver (et, si on ne le trouve pas, que l'on doit pouvoir faire advenir) un support normatif apte à aider à ce que justice soit rendue lorsque le travail est dénié ou méprisé.

Le travail étant indissociable de celles et ceux qui l'accomplissent, son déni ou son mépris n'est rien d'autre que le déni ou le mépris de celles-ci et de ceux-ci : cela ne se peut sauf à renier notre commune qualité de femmes et d'hommes au travail, nous abimer tous, nous abimer nous-mêmes.

Il fallait par exemple une audace intellectuelle à la hauteur d'une intégrité hors norme pour oser penser, dans la première moitié des années 70, que ce support normatif pourrait venir du droit européen : elle en a été convaincue, après une analyse sans faille, puis a poursuivi envers et contre tous (y compris parfois les siens) l'objectif de justice qu'elle y adossait. Pouvons-nous aujourd'hui nous mettre dans les pas d'Eliane Vogel-Polsky pour mener, avec la modestie que l'exercice requiert, une réflexion sur le point de savoir si la diversité des facettes du droit du travail peut, à l'heure des exigences du marché du travail, constituer un support normatif apte à un idéal de justice sociale ?

§2 Nous nous proposons de rappeler tout d'abord comment le droit du travail se construit en Belgique (mais on pourrait dire de même du droit du travail européen) en droit morcelé, avant de nuancer le propos : ce morcellement n'empêche pas un objet commun et donc des liens nécessaires. C'est bien cet « état de l'art » qui a suscité une forme de paradigme disciplinaire, le plus souvent conçu comme contractuel dont l'ombre portée masque aujourd'hui d'autres facettes. Ensuite, nous faisons le lien entre les piliers et ce que nous appelons le « cherry picking » normatif : sous l'angle pratique, la diversité du droit du travail et l'existence de plusieurs piliers révèlent une grande richesse afin d'aborder - et de mettre en cause - la relation de travail subordonné. Enfin, nous questionnons le paradigme contractuel en droit du travail en montrant comment le droit de l'Union a pu le bousculer, ce qui ne sera pas sans déplaire à celle à qui l'on rend hommage. Revisiter de la sorte la « structure » du droit du travail nous permet-il de renouer avec les intuitions d'Eliane Vogel-Polsky ? Nous terminerons notre parcours par cette question.

Le développement incrémental de la discipline : un droit morcelé en trois piliers distincts

§3 Lorsque l'on examine la structure du droit du travail telle qu'elle est le plus souvent schématisée, une coupure binaire apparaît : elle met en évidence la distinction entre le droit du contrat de travail, et le droit dit « collectif » : celui qui tout à la fois habilite les interlocuteurs sociaux à jouer leur rôle et celui qui est édicté par ces interlocuteurs eux-mêmes.

§4 Parfois, cependant, la structure est plus complexe, les auteurs y ajoutant tel ou tel régime légal spécifique—ainsi, par exemple, de la durée du travail. D'autres encore vont du particulier au général, proposant d'ajouter une troisième dimension générique, celle du droit de la protection/règlementation du travail ; nous avons indiqué avec Daniel Dumont pourquoi cette option nous semblait devoir être privilégiée¹ à partir d'une réflexion sur le droit du bien-être au travail. Attentif au contexte évolutif dans lequel se déploie la discipline, Willy van Eeckhoutte, dans son *Compendium*, suggère une quatrième dimension attentive à l'intégration des demandeurs d'emploi dans le processus du travail, celle des politiques de l'emploi ou de promotion de l'emploi². Cette dimension décisive aujourd'hui portant davantage, nous semble-t-il, sur l'adaptation des mécanismes du marché du travail, en vue du déploiement des relations de travail, que sur le corpus de droit du travail lui-même, nous ne l'envisagerons pas ici.

§5 Peu importent les querelles historiques sur le point de savoir laquelle des trois dimensions évoquées peut revendiquer une antériorité historique. A vrai dire l'impulsion politique et juridique initiale vient, toutes dimensions confondues, de l'absolue nécessité de conjurer le risque de 1886 que l'on ne veuille plus jamais avoir à affronter ; on y a compris que la paix civile est fille de la paix sociale et que les ressources aptes à rendre cette dernière possible doivent à tout prix être identifiées et mises en œuvre, quand bien même de grands esprits établiraient leur impossibilité rationnelle³. C'est sans doute parce qu'une solution architecturée et cohérente semble en effet impossible que diverses impulsions pragmatiques vont être données. Cette diversité initiale des impulsions donne son caractère au droit du travail belge, jusqu'à nos jours : du droit, sans doute, mais qui tient aussi de la boule à facettes.

La protection/règlementation du travail

§6 La première dimension du droit du travail peut être présentée comme suit : celle par laquelle le droit étatique objectif édicte (enregistre ?⁴) des règles protectrices destinées à assurer que le travail soit exécuté dans des conditions convenables. La notion de réglementation du travail, ou de protection du travail rassemble l'ensemble de ces dispositifs. S'il n'est pas possible d'en donner ici un aperçu exhaustif, au moins convient-il d'en rappeler la genèse, en pleine continuité avec les réglementations issues de la première révolution industrielle, attachées à limiter les dommages susceptibles de découler de l'exploitation des établissements dangereux, insalubres ou incommodes⁵ - une continuité telle que le premier nom du droit du travail lorsqu'il commencera d'être enseigné sera le « droit industriel »⁶.

§7 Du décret impérial du 15 octobre 1810 au règlement d'administration générale pris par le roi Guillaume le 31 janvier 1824, puis aux arrêtés royaux des 12 novembre 1849, 29 janvier 1863 et 27 décembre 1886 (pour n'en retenir que les principaux), et à la loi du 5 mai 1888 relative à l'inspection des établissements dangereux, insalubres ou incommodes, et à la surveillance des machines et chaudières à vapeur, la perspective méthodologique qui sous-tend les dispositifs reste comparable. Ni immuable, ni identique, mais comparable, au moins sous deux angles.

§8 D'une part, il y est question de contrôle par les autorités étatiques : tantôt l'accent est mis sur un contrôle préventif assuré par des autorités de police administrative, tantôt sur un contrôle *a posteriori* assuré par le juge, y compris répressif⁷. Dans tous les cas, un contrôle est donc exercé par une autorité externe à l'établissement, autorité dans les pas de laquelle viendront s'inscrire les inspections sociales dès que la loi de 1888 en assurera la création, quand bien même la prise en compte de l'impact possible sur les travailleurs apparaît bien plus tôt, mais si timidement, dès 1849⁸. Très concrètement, dès 1849, et à tout le moins depuis la loi du 5 mai 1888 jusqu'à notre Code pénal social, une patte commune permet de reconnaître le style de ces législations : elles impliquent, selon un « mix » qui va évoluer dans le temps, une articulation de contrôles préventifs et/ou répressifs.

§9 D'autre part, il n'est pas sans intérêt de mettre en évidence que ce courant juridique se trouve nourri bien davantage par des travaux scientifiques que par des débats législatifs. Pour exprimer l'idée avec d'autres termes, disons que les contenus normatifs devront plus à l'objectivation de connaissances scientifiques (sciences dures ou sciences humaines), qu'au travail critique de la raison juridique ce vieux rêve indépassable des Lumières, *veritas facit legem* [La vérité fait loi]. Le décret impérial de 1810 doit par exemple beaucoup au rapport fait par la section

de la chimie de la classe des sciences physiques et mathématiques de l'Institut, portant sur l'impact des établissements insalubres en termes d'hygiène. L'autorité de la science va convaincre de la légitimité d'une intervention du droit sur l'exploitation de ces établissements, et permettre notamment une nomenclature de ceux-ci, en fonction des caractéristiques des risques associés. L'observation n'est pas anodine si l'on se rappelle que, près de 80 ans plus tard ce sera, entre autres, la mobilisation de connaissances statistiques issues des données recueillies par la commission du travail⁹ qui permettra de trouver une première issue à la question de la durée du travail des femmes et des enfants. François Ewald, on s'en souvient¹⁰, mettait de même l'accent sur l'impact décisif de la mobilisation de savoirs sociologiques produits par la statistique sur les contenus normatifs de ce droit nouveau, plutôt régulateurs (une norme statistique moyenne, par exemple 12h de travail par jour pour les femmes et les enfants en 1889) que véridiques (on ne dit pas qu'il est juste et bon de travailler 12h par jour).

§10 Cela étant, comme souvent en droit du travail belge, la matière s'est développée de manière incrémentale, en répondant progressivement à des besoins disparates. Non seulement il n'y a pas un droit du travail architecturé, plutôt l'articulation de piliers distincts, mais encore en va-t-il de même au sein de chacun de ces piliers dont le contenu s'élabore dans le désordre, au fil de l'actualité socio-économique.

§11 En matière de protection/règlementation du travail¹¹, pas plus que dans les autres piliers, le législateur ne prend donc pas soin d'explicitier la dimension méthodologique de son travail : il ne dit pas, par exemple, qu'il légifère en matière de protection ou de réglementation du travail. Il convient dès lors d'être en mesure d'identifier si et quand c'est le cas. Schématiquement, on peut comprendre que cette approche se distingue de celle par laquelle le législateur habilite les interlocuteurs sociaux à jouer pleinement le rôle qui est le leur en matière de négociation collective (le pilier du « droit négocié ») ; on peut comprendre encore que lorsque le législateur fixe des règles du jeu en matière de contrat de travail (le « droit du contrat de travail ») sa méthodologie est différente. Il faut à présent préciser ces différences.

En effet, identifier des frontières claires se révèle un exercice ardu. Ainsi peut-il arriver que les interlocuteurs sociaux se servent de leurs compétences normatives pour intervenir dans le domaine de la protection du travail (protection de la rémunération, par exemple, par l'instauration de rémunérations minimales), ou que le législateur les habilite à jouer un rôle en matière de santé sécurité (compétence du CPPT par exemple). De même peut-il arriver que le législateur décide de fixer des règles du jeu en matière de contrat de travail, mais dans un domaine qui lui semble à ce point sensible à la précarité que sa méthodologie va être toute empreinte des techniques du droit de la réglementation du travail (en matière de travail intérimaire par exemple).

§12 Comment identifier positivement si l'on est en présence de ce droit de la protection / réglementation ? Il n'y a pas d'unité conceptuelle qui préside à sa définition, ou qui aiderait à définir de manière opérationnelle son champ d'application *ratione materiae*. Mais on s'accorde à y inclure notamment les matières relevant de la loi sur le travail du 16 mars 1971, de la loi sur le bien-être du 4 août 1996, ou encore de la loi sur la protection de la rémunération du 12 avril 1965, voire de la loi sur les vacances annuelles, ou de lutte contre le travail frauduleux. Ce consensus de la pratique¹² ne repose cependant pas sur une définition claire, comme si l'on en savait assez pour le reconnaître, sans être en mesure de dire pourquoi...

Sans doute un critère unique ne suffit-il pas, et convient-il d'envisager plutôt des recouvrements nécessaires. De ce point de vue, deux critères peuvent être convoqués ; sans doute, sera-t-on en présence d'une norme relevant de ce pilier lorsqu'ils seront simultanément rencontrés.

Le champ d'application personnel ?

§13 Parce que l'on est ici au cœur du dispositif de protection que le législateur veut consacrer à raison des risques attachés au travail organisé au sein des entreprises, le champ d'application englobera, au-delà des travailleurs engagés sous contrat de travail, les personnes assimilées, c'est-à-dire celles qui, autrement qu'en vertu d'un tel contrat, exercent des prestations sous l'autorité d'une autre personne. Le droit de la protection / réglementation du travail est celui qui, en droit du travail, dispose du champ d'application personnel le plus étendu, incluant toutes les formes de subordination juridique quel qu'en soit le vecteur.

Sont en effet considérés comme assimilées, et vont donc relever de ce dispositif, les personnes qui travaillent dans les liens d'un autre contrat que le contrat de travail (stage, apprentissage, formation professionnelle par exemple) : même si ces contrats ne visent pas, avant tout, la réalisation d'un travail productif, ils impliquent la transmission d'une compétence dans un cadre professionnel et, ce faisant, d'une part, l'existence d'un lien de subordination et, d'autre part, l'exposition aux risques des milieux de travail professionnels. L'assimilation consacrée par la loi permet aussi d'englober ceux qui sont sous un lien de subordination juridique en vertu d'un autre rapport juridique que le rapport contractuel, ainsi des travailleurs statutaires (agents statutaires de la fonction publique), ceux qui sont dans une situation régie par la loi ou le règlement... Il convient, à chaque fois, d'examiner ce qu'il en est. Au moins cette observation fait-elle ressortir que du droit du travail (i.e. le droit de la protection/réglementation du travail) s'applique au-delà des frontières intuitives que l'on croit pouvoir assigner au droit du travail, par exemple à des stagiaires ou, au sein de la fonction publique, à des agents statutaires.

Les techniques du « contrôle externe » ?

§14 On a commencé par indiquer ci-dessus la place du contrôle préventif et de la sanction pénale, omniprésente dans le dispositif depuis ses origines. Cette présence commande une dimension le plus souvent « d'ordre public » de ce droit de la protection / réglementation du travail. On peut constater à rebours que, sauf de rares exceptions, le recours à la sanction pénale ne caractérise pas la méthode du législateur lorsqu'il régit le contrat de travail¹³.

§15 Si l'on retient cette piste, on est invité à identifier quelles sont les règles qui exposent au risque de la sanction pénale ou, plus largement, de ce que l'on appellera un « contrôle externe »¹⁴.

Or, de ce point de vue, nous avons à présent un précieux outil de travail : le code pénal social. Bien sûr, on ne peut confondre droit de la protection / réglementation du *travail* et code pénal *social*. On perçoit que, sans doute, le second sera plus englobant que le premier. Cependant, l'approche systématique de ce code peut nous donner de précieuses indications : il y a gros à parier que s'il récapitule le droit pénal social, il comprendra en son sein les infractions au droit de la protection / réglementation du travail. Il nous offre en effet une vue synthétique de l'ensemble du dispositif de contrôle externe, dans sa double dimension de contrôle répressif et de contrôle préventif, associant et articulant les fonctions des autorités de poursuite et celles des services d'inspection sociale. Il comporte une véritable table des matières des comportements sanctionnables en droit pénal du travail, de sorte qu'il est aisé d'identifier à partir du code l'ensemble des législations éparses appelant ces sanctions¹⁵.

§16 Dans ce cadre, conformément aux termes de la Convention OIT n° 81 de 1947, ratifiée par la Belgique le 5 avril 1957, l'un des objectifs principaux des services d'inspection consiste à veiller à « assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, telles que les dispositions relatives à la durée du travail, aux salaires, à la sécurité, à l'hygiène et au bien-être, à l'emploi des enfants et des adolescents, et à d'autres matières connexes, dans la mesure où les inspecteurs du travail sont chargés d'assurer l'application desdites dispositions; à fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs et aux travailleurs sur les moyens les plus efficaces d'observer les dispositions légales; et à porter à l'attention de l'autorité compétente les déficiences ou les abus qui ne sont pas spécifiquement couverts par les dispositions légales existantes »¹⁶.

§17 On le voit : la mise en conformité¹⁷ est plus importante que la sanction, laquelle n'en constitue que l'instrument ultime, le bâton derrière la porte. Deux éléments techniques propres au droit pénal social renforcent encore ce diagnostic.

§18 S'agissant de l'imputabilité pénale, le droit pénal du travail vise « l'employeur, ses préposés ou mandataires », soit des personnes « ayant l'autorité ou la compétence nécessaire pour veiller effectivement au respect de la loi », non ceux qui agissent sur ordre¹⁸. Ce principe revient à dire qu'en droit pénal social, il existe un régime d'imputabilité légale de la responsabilité pénale. Le prévenu sera le plus souvent connu, quelle que soit la personne ayant effectivement mis en œuvre les éléments matériels de l'infraction : en principe, le prévenu sera l'employeur sauf organisation explicite d'une chaîne de délégation attribuant à l'un ou l'autre, au sein de la ligne hiérarchique la compétence ou l'autorité d'agir en la matière. Le prévenu, le cas échéant le coupable, n'est donc pas nécessairement l'auteur de l'infraction. Très certainement il est celui qui dispose, au sein de l'entreprise, d'un pouvoir d'organisation ou de commandement le rendant apte à assurer la mise en conformité du dispositif enfreint.

§19 Ensuite, si l'on examine les conditions d'incrimination, le droit pénal du travail n'exige pas de dol spécial. L'élément moral de l'infraction ne consiste en rien d'autre que l'exigence d'avoir agi consciemment et volontairement, sachant ou devant savoir—fût-ce par défaut d'information, négligence coupable —que la disposition légale en cause n'était pas obéie. La jurisprudence, parfois, utilise le terme d'infraction réglementaire. En d'autres termes, le dol spécial caractérisant l'élément moral de l'infraction en droit pénal général n'est pas requis : l'infraction est établie dès que ses éléments matériels sont présents. Il n'est pas nécessaire que le prévenu, le cas échéant le coupable, ait su qu'il (ou quelqu'un d'autre que lui) commettait une infraction : il suffit qu'il ait dû le savoir.

Tout repose sur l'idée d'un travail organisé : au responsable de cette organisation productive du travail la charge d'assurer que le travail s'exécute en conformité avec l'ensemble des règles de droit objectif résultant du droit de la protection/règlementation du travail. Jouissant d'un champ d'application étendu et assorti des mécanismes de contrôle externe qui en scellent l'originalité, ce domaine du droit du travail se caractérise en somme par la mise en œuvre systématique du principe de la légalité. De ce point de vue, le droit de la protection/règlementation du travail est une manière de « droit administratif du travail » en ce qu'il commande à l'employeur le respect des exigences légales portant sur l'essentiel des conditions de travail qu'il régit (libre disponibilité de la rémunération, durée du travail, système dynamique de gestion des risques y compris la politique de prévention de ceux-ci...) de sorte que les actes, décisions et omissions non conformes des employeurs pourraient conduire à une nullité (inopposable aux droits des travailleurs). Ce constat de nullité inopposable (en matière de protection /règlementation du travail) se trouvant formulé à la fois dans les lois des 5 décembre 1968, 16 mars 1971 et 3 juillet 1978.

§20 Certes, le code a réformé les dispositifs existants en procédant de temps à autre à une dépénalisation. Ce terme doit être entendu dans le sens propre que

cette réforme y attache, et consistant, pour certains faits jusque-là infractionnels, à renoncer à la possibilité de l'incrimination pénale, tout en maintenant la possibilité d'un contrôle administratif permettant d'infliger une sanction administrative de niveau 1. Parmi ces dimensions dépenalisées figure le non-respect des CCT rendues obligatoires par arrêté royal, relevant, conformément à l'article 189 du code, d'une sanction de niveau 1. Si cet exemple nous semble digne d'intérêt, c'est afin de mettre en garde contre toute conclusion précipitée : chassée par la porte, la pénalisation peut revenir par la fenêtre par l'effet des entrelacs normatifs¹⁹.

Droit de la négociation collective

§21 Deuxième pilier original, celui du droit de la négociation collective. On entend par là le droit étatique identifiant les acteurs, créant les organes et conférant les compétences requises en vue d'une concertation et d'une négociation collective utile, mais aussi le droit issu de cette dernière.

§22 De prime abord, l'exercice d'identification est plus simple. Quoique. Ici encore un certain désordre prévaut : il existe plusieurs types d'employeurs, tous ne relèvent pas des mêmes mécanismes de concertation sociale.

Certes on peut tracer une ligne historique liant le Conseil de l'industrie et du travail créé par la loi du 16 août 1887, le Conseil supérieur du travail (1892), le Conseil supérieur du Travail et de la Prévoyance sociale (1935) et poursuivre jusqu'à la loi organique du Conseil National du Travail du 29 mai 1952. On risque cependant de fabriquer une unité artificielle.

En réalité, deux systèmes de négociation collective cohabitent, l'un à destination des employeurs publics et de leurs personnels, l'autre pour les employeurs du secteur privé²⁰ et les travailleurs qu'ils occupent. Nous ne retiendrons ici que ce dernier²¹. Ce n'est pas le lieu ici d'en résumer l'architecture²², mais bien d'en saisir l'originalité. En quoi le droit de la négociation collective se distingue-t-il des autres piliers du droit du travail ?

§23 Envisagé sous sa première facette - de droit organique de la négociation collective - il y va essentiellement d'un droit d'habilitation, de création d'instances, porteur de règles procédurales. Il comporte les règles permettant d'identifier les acteurs aptes à jouer le jeu de la concertation sociale²³, il fixe les organes (interprofessionnel, sectoriels, en entreprise) au sein desquels celle-ci se déploiera, il détermine des compétences et arrête des procédures.

Rien que de très classique, en somme, sauf deux bémols. D'une part, on note une certaine mauvaise humeur des constitutionnalistes qui se demandent si le principe de législation déléguée que représente l'habilitation à conclure des conventions collectives est bien conforme aux exigences de la norme constitutionnelle²⁴. D'autre part, il ne faut jamais perdre de vue que, comme souvent en droit social, la musique a été jouée avant que la partition ne soit écrite. Les besoins de négociation collective, de conciliation, d'élaboration de normes négociées comme autant d'ingrédients factuellement nécessaire à la paix sociale ont fait apparaître ces institutions juridiques dans la pratique bien avant qu'elles ne soient reçues par le droit étatique. Nul doute : réexaminer aujourd'hui encore les circonstances et les motifs concrets qui ont commandé leur apparition factuelle continue de nous apprendre beaucoup sur ce que ces institutions signifient²⁵.

§24 L'autre volet de ce pilier est celui du droit issu de ces processus concertés ou négociés. Traditionnellement, on répertorie deux normes négociées : le règlement de travail et la CCT. A nouveau, il n'est pas question ici de détailler l'un et l'autre dans leurs régimes spécifiques, mais de les contraster. On peut en effet songer qu'une norme négociée ne peut être conclue que lorsque ses auteurs en sont d'accord. De ce point de vue, l'intérêt de rappeler l'appartenance du règlement de travail à la famille des normes négociées tient à ce que, tout négocié qu'il soit, il est obligatoire : c'est une norme négociée que ses auteurs ont l'obligation de conclure. Une négociation sous contrainte, en quelque sorte : c'est bien de cela qu'il s'agit puisque, en cas d'échec de la négociation, une autorité est désignée, qui sera habilitée à trancher de sorte que l'obligation de résultat attendue (tout employeur doit avoir un règlement de travail) soit parfaite.

§25 Par contraste alors, apparaît l'autonomie conventionnelle qui caractérise le domaine de la CCT. Pleinement cohérente avec la nature conventionnelle de la CCT, cette autonomie caractériserait la liberté de ses auteurs : liberté positive et négative d'entrer ou de ne pas entrer en négociation, et de former, ou non, un accord à l'issue de ces négociations. En principe, par voie de conséquence, le champ du négociable n'est balisé que par l'imagination des acteurs et les objets susceptibles de recueillir leur accord. Cependant, cette autonomie conventionnelle n'a rien d'abstrait ou d'édénique ; elle est insérée dans un contexte pratique, économique, politique et social qui va la configurer. La conscience partagée ou non des interlocuteurs de faire œuvre originale ou utile, autant que les contraintes économiques ou le poids des « chemins de dépendance » (*path dependency*) vont ainsi contribuer à circonscrire le champ du négociable. Cette autonomie se déploie à différents niveaux, et le droit belge consacre un principe hiérarchique comme condition de validité des CCT, ce qui fixe un cadre plus contraignant aux négociations situées au bas de la pyramide.

Le domaine matériel potentiel des CCT est donc très vaste. Certains éléments caractéristiques semblent issus de la tradition de la négociation collective, y compris avant sa réception par le droit étatique : c'est le cas de la fixation sectorielle des salaires minima par branche, et plus tard de leur indexation. D'autres semblent tirer les conséquences de facultés créées par le législateur, telle la possibilité de créer des fonds de sécurité d'existence depuis les lois des 28 juillet 1953 et 7 janvier 1958.

Mais la créativité pourrait s'affranchir de ces limites : il est possible de baliser des champs juridiques nouveaux, comme le processus de sélection et de recrutement de travailleurs²⁶. Dans cet exemple, nous sommes tout près du droit du contrat de travail, mais face à un silence du législateur qui n'a pas jugé utile de protéger le travailleur dans le cadre de la négociation précontractuelle. Nous pourrions prendre des exemples inverses, comme lorsque le législateur fait appel à une convention collective en vue d'établir les conditions de validité de l'une ou l'autre

clause contractuelle²⁷.

Il est aussi possible de reprendre, dans la CCT, des dispositions figurant déjà ailleurs dans le droit du travail, en les modifiant à la marge, ou non²⁸, quand bien même elles sont abordées aussi en droit du contrat de travail ou en droit de la protection/règlementation du travail. Il est même concevable de créer, dans les interstices du droit étatique existant, un quasi régime de sécurité sociale autonome²⁹...

Pourquoi ne pas assurer par ce moyen la transposition de directives de l'Union, puisque la C.J.U.E. en admet le principe³⁰ ? Ce sera fait, notamment avec la convention collective de travail n° 32bis³¹. Cette CCT a transposé la directive européenne 2001/23 du Conseil du 12 mars 2001 qui a codifié la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.

§26 Tantôt au plus près du droit du contrat, tantôt sur des questions relevant du droit de la protection/règlementation du travail comme la protection de la rémunération, mais sous un angle matériel, pour fixer des minima, et non sous l'angle formel du droit à la libre disposition de la rémunération³², tantôt, comme en matière de travail à temps partiel, à la limite du chevauchement, tantôt allant explorer l'irruption des droits fondamentaux au travail³³...il n'y a guère de facettes du droit du travail qui échappe à l'une ou l'autre forme de saisie par le droit négocié.

§27 Cependant, des contraintes peuvent se présenter sous une forme économique comme c'est le cas, en matière de négociation salariale depuis les lois de sauvegarde de la compétitivité³⁴, venant encadrer de manière contraignante la négociation salariale par l'effet d'une « norme salariale » résultant d'un accord interprofessionnel (aujourd'hui, d'une CCT interprofessionnelle) ou, faute d'accord, d'un arrêté royal.

L'autonomie conventionnelle cède aussi devant la loi dans ses dispositions impératives : nous avons déjà indiqué que les conventions collectives sont insérées dans une hiérarchie des normes. Les limites à l'autonomie collective prennent là une forme juridique. Parfois la volonté créatrice des interlocuteurs sociaux ne peut s'accomplir parce qu'elle requiert des aménagements du droit étatique : il faudra alors que la loi étatique vienne compléter la source conventionnelle³⁵. La contrainte peut encore résulter d'un accord politique, ou d'un mandat donné par la loi. Ainsi, dans le cadre de la réforme dite du statut unique³⁶ a-t-il été entendu que la substitution à l'ancien article 63 de la loi d'un régime nouveau consacrant le droit pour le travailleur de demander connaissance du motif précis du congé qui lui a été adressé et d'obtenir le cas échéant réparation en cas de congé

manifestement déraisonnable serait le fait d'une CCT³⁷. Par ailleurs, il résulte de cette même réforme législative que la loi modifiée commande en son article 39*ter* que « par secteur d'activité, dans la commission paritaire ou sous-commission paritaire une convention collective de travail doit, au plus tard le 1^{er} janvier 2019, prévoir qu'un travailleur dont le contrat de travail est rompu par l'employeur moyennant un préavis, calculé conformément aux dispositions de la présente loi d'au moins 30 semaines ou moyennant une indemnité égale à la rémunération en cours correspondant, soit à la durée d'un délai de préavis d'au moins 30 semaines, soit à la partie de ce délai restant à courir, a droit à un ensemble de mesures consistant en un délai de préavis à prester ou une indemnité de congé correspondant au délai de préavis, lequel forme les deux tiers de l'ensemble de mesures, et, pour le tiers restant, à des mesures qui augmentent l'employabilité du travailleur sur le marché du travail » - sans que ce dernier mandat semble avoir troublé outre mesure les interlocuteurs sociaux.

§28 Bref, cette autonomie conventionnelle se déploie très librement sous réserve de la place de la source dans son cadre hiérarchique et des impacts économiques et politiques susceptibles de résulter des circonstances. Se déploie très librement : c'est-à-dire qu'elle est susceptible de couvrir tout le champ du droit du travail, tantôt se rapprochant de la protection/règlementation du travail, tantôt complétant les agencements contractuels, tantôt complétant le droit étatique organique de la négociation collective³⁸.

Droit du contrat de travail

§29 Ce dernier pilier est celui de la relation dite individuelle de travail, expression littéralement ridicule puisque le travail subordonné implique que l'on soit deux au moins, l'un du côté de l'autorité, l'autre du côté de l'obéissance. Afin d'éviter que l'expression ne veuille rien dire, on en comprend donc la portée par contraste avec les relations collectives de travail. Ici, on pourrait espérer plus de clarté et de simplicité : ce pilier ne devrait-il pas englober tout ce qui régit le contrat de travail ? Sa dénomination même n'en précise-t-elle pas l'objet ? Il convient plutôt, de nouveau, de le comprendre comme composé de deux aspects complémentaires : le droit qui régit le contrat de travail et celui qui résulte de l'exercice de l'autonomie contractuelle de l'employeur et du travailleur.

§30 Premier aspect. Si l'on vise par-là les dispositions législatives consacrées aux différentes formes de contrat de travail et que l'on évoque, sans y réfléchir les lois du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, mais aussi du 24 février 1978, relative au contrat de travail du sportif rémunéré, du 3 mai 2003 portant réglementation du contrat d'engagement maritime pour la pêche maritime et améliorant le statut social du marin pêcheur, ou du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, l'affaire semble claire. Nous nous réservons d'y revenir : sans doute un intrus s'est-il glissé dans l'énumération.

Tant qu'à poser des généralités, la tentation est grande de contraster le droit objectif du contrat de travail d'avec le droit de la protection/réglementation du travail en indiquant qu'en principe, le législateur belge n'assortit pas de sanctions pénales le non-respect du droit contractuel. Si le code pénal social a été l'occasion de décriminaliser le non-respect des règles relatives à la clause de cautionnement³⁹, les nouvelles dispositions⁴⁰ régissant le congé d'adoption et instaurant le congé parental d'accueil sont assorties d'une sanction de niveau 2 conformément au code pénal social⁴¹. Nous y reviendrons : sans doute y a-t-il moyen de considérer que ce dispositif spécifique ne remet pas le principe en question.

§30 Deuxième aspect : le droit créé par le contrat de travail. Il y va d'un contrat, examinons-en le contenu : un sentiment de confort lié à la connaissance généralement partagée du droit des contrats et des obligations peut poindre. Plusieurs signaux d'alerte sont cependant allumés.

De manière générale tout d'abord, la place du contrat dans la hiérarchie des sources résultant de l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 éveille l'attention : nous ne sommes, dans le meilleur des cas (le contrat écrit) qu'au rang 4.

De surcroît, le principe d'impérativité unilatérale déposé dans l'article 6 de la loi

du 3 juillet 1978 nous incite à la prudence : il conviendra de peser soigneusement si le contenu normatif de telle ou telle clause contractuelle rencontre les exigences de l'article 6 (ou d'autres dispositions légales ou conventionnelles), faute de quoi il sera loisible au travailleur, seul, d'en tirer la conséquence—le cas échéant après que le contrat de travail aura pris fin.

Plus original, le contrat ne se limite pas au contrat : les dispositions normatives individuelles des CCT s'y incorporent, de sorte que l'on peut parler de la « suprématie de la convention collective par l'incorporation (dans le contrat) des dispositions normatives individuelles »⁴².

Enfin, franchement belge et surréaliste, si le contrat de travail de Jules sera enrichi de la sorte par des dispositions de CCT qui s'y incorporent sans y être incluses (et ne sont donc pas lisibles, à la lecture du seul contrat qui cependant les comprend), ce ne sera pas le cas de son collègue Didier qui, exécutant le même travail dans des conditions sans doute identiques, est embauché sous contrat de travail par une personne morale de droit public de sorte qu'il relève d'un autre système de concertation sociale et reste en dehors du champ d'application des CCT.

§31 Ces *curiosa* donnent à penser que si le contrat n'est pas une source à dédaigner en tant que telle, il est surtout un portail d'entrée dans le champ du droit du travail puisque la plupart des droits et obligations déterminant la relation de travail résulteront non du contrat mais du droit de la protection/règlementation du travail ou du droit issu de la négociation collective.

§32 Peut-on tirer un enseignement d'étape de la disparité de ces trois piliers ?

Pour le premier, le droit de la protection/règlementation du travail, on ne peut le reconnaître que par l'identification du contrôle externe qui y est associé et la portée particulièrement étendue du champ d'application personnel de ses dispositions. Son étendue n'est pas autrement circonscrite⁴³. Cependant, le fait même d'une sanction pénale ou d'un contrôle administratif conduit à penser que ce premier pilier sera au moins principalement, le domaine de la loi ou du règlement. Si l'on identifie donc la source probable, en revanche le champ matériel n'est pas circonscrit *a priori*.

Pour le deuxième, le droit de la négociation collective, nous en tenant au droit édicté par les interlocuteurs sociaux, nous avons vu combien il pouvait, lui aussi, couvrir pour ainsi dire tout le champ matériel du droit du travail, tantôt au plus près du droit du contrat, tantôt au plus près du droit de la protection/règlementation du travail, tantôt complétant les compétences attribuées aux interlocuteurs sociaux, tantôt même complétant les organes de concertation, tantôt enfin assurant, à sa mesure, la transposition en droit interne de directives

du droit de l'Union. A nouveau, nous avons identifié la source (la CCT), sans domaine d'application circonscrit *a priori*.

Enfin pour le troisième, le droit du contrat de travail, nous avons un acte juridique apte à circonscrire ce dont il s'agit : le contrat de travail. Et celui-ci permet de désigner, par voie de conséquence, deux sources au moins (à vrai dire trois) : les lois « contractuelles », qui instaurent et configurent différents types de contrats de travail, et les contrats eux-mêmes, ces derniers enrichis par le contenu de dispositions normatives individuelles des conventions collectives. Ce dernier domaine est irrigué par une pluralité de sources.

§33 Bref, nous faisons face à une « structuration relative » que Willy van Eeckhoutte présente sobrement comme suit⁴⁴ : « le *droit du contrat de travail* règle les droits et obligations respectifs des travailleurs et des employeurs. La *règlementation ou protection du travail* a pour but de protéger les travailleurs et les personnes assimilées aux travailleurs lors de l'exercice de leur travail. Une dernière partie, le *droit collectif du travail*, a pour objet la concertation organisée entre les employeurs et les travailleurs »⁴⁵.

§34 Cette structure relative n'est, jusqu'à présent, éclairée que par des éléments de différenciation. C'est tout au plus la mise en place de quelques points de repère. Si nous réservons au point 2 ci-après le soin de décrire sommairement comment ces trois piliers vont être connectés les uns avec les autres, nous devons dès à présent sortir au moins brièvement du confort du droit belge et nous rappeler qu'il existe un droit européen du travail, lequel n'est pas structuré comme le droit belge, quoique ce dernier, primauté oblige, doive s'y conformer.

Dans les limites de cette contribution, on ne peut envisager l'ensemble des éléments pertinents du droit de l'Union. Mettant de côté ceux qui requièrent un élément d'extranéité, nous nous limitons aux compétences exercées par l'Union dans les domaines relevant de la politique sociale : ces domaines énumérés à l'article 153 du TFUE qui se révèlent pertinents ici ont trait à l'amélioration du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, aux conditions de travail, à l'information et la consultation des travailleurs ; et bien entendu le domaine de l'article 157, et l'exercice par les interlocuteurs sociaux de leurs compétences conformément aux articles 154 et 155.

Chacun des items repris de l'article 153 (nous n'en retenons pas la liste complète) correspond à une compétence attribuée à l'Union relevant, selon l'article 4.2,b) du TFUE, d'une compétence partagée avec les Etats membres ; ceux que nous avons retenu relèvent de la même catégorie au sein de l'article 153, pour laquelle il est possible d'arrêter des prescriptions minimales par voie de directives. L'exercice, par l'Union, de sa compétence normative en édictant du droit dérivé vient alors contenir la compétence nationale : « lorsque des règles [...] ont été arrêtées (par

l'Union) pour réaliser les buts du Traité, les Etats membres ne peuvent plus prendre d'engagements susceptibles d'affecter lesdites règles ou d'en altérer la portée »⁴⁶.

Des pans entiers de droit du travail sont aujourd'hui sous monitoring européen. En protection/règlementation du travail, la loi bien-être est une transposition de la directive cadre, et plusieurs volets du code du bien-être au travail relèvent, eux aussi, de la transposition de directives particulières. Dans le même domaine, la durée du travail et les congés annuels sont aussi régis par le droit dérivé de l'Union. En droit collectif, le cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs nous vaut les compétences collatérales du CPPT selon l'article 65bis de la loi bien-être. A cheval entre droit collectif et droits individuels, les directives restructuration. En droit du contrat de travail, l'amélioration des conditions de travail par la consécration d'un principe de non-discrimination entre travailleurs à temps partiels et à temps plein, ou CDD et CDI ont leur impact. L'approche technique du droit de l'Union retient aussi l'intérêt car le plus souvent elle traite uniformément les relations de travail, qu'elles soient le fait d'un employeur public ou privé. Nos trois piliers sont aujourd'hui largement éclairés par des dispositions du droit de l'Union⁴⁷.

Le travail organisé/subordonné comme objet commun : des liens entre les piliers et le « cherry picking » normatif.

§35 C'est une chose d'indiquer, en termes de structure, combien le droit du travail s'est construit de manière incrémentale et désordonnée autour des trois piliers que l'on a indiqué, et sans préjudice de voir les cartes rebattues sous l'impact des dispositions qui nous viennent du droit de l'Union.

§36 C'est autre chose, sous l'angle pratique, de voir combien ces facettes distinctes sont bien destinées à se saisir d'un même complexe de faits (toujours la boule à facettes !): ces faits qui caractérisent la relation de travail subordonné : une relation juridique, une relation économique, une relation humaine, un rapport salarial inscrit dans des expériences collectives, bref un « mix » intégrant à la fois les droits fondamentaux attachés à tout être humain, de sorte que le travail n'est pas une marchandise, et le fait que le travail s'échange et se paie, le marché du travail n'est jamais loin.

Destinées à se saisir du même ensemble de faits constitutifs de la relation de travail, elles sont donc appelées à se conjuguer, à s'articuler. Il en découle -, un ensemble normatif particulièrement touffu et riche, dans lequel il n'est pas rare d'être en mesure « de choisir ».

Nous fournissons quelques exemples qui suffiront, à illustrer le propos. Puis nous viderons des réserves exprimées à deux reprises ci-dessus.

§37 Il va de soi que le contrat de travail est un contrat à titre onéreux. Il implique le paiement d'une rémunération. Le paiement de celle-ci constitue un élément essentiel du contrat de travail. Cependant on ne trouvera le quantum minimum de cette rémunération que dans des instruments négociés : revenu minimum mensuel moyen garanti ou salaires sectoriels minima. Et il faudra se tourner vers le droit de la protection/règlementation du travail pour identifier les règles régissant la libre disposition de cette rémunération, ainsi que le droit d'en obtenir paiement, sous couvert d'une sanction pénale.

Sans nul doute, le contrat de travail doit préciser s'il porte sur un temps partiel. Dans cette hypothèse, le droit du contrat de travail prévoira un formalisme de protection, mais c'est ailleurs que l'on trouvera un principe de non-discrimination, ou le droit à une priorité pour un passage à temps plein, ou encore des outils de lutte contre la fraude sociale et fiscale, aisée dans ce cas.

La question de savoir quelle est la durée du travail, quel en est l'horaire et le

régime de travail est, elle aussi, déterminante pour consentir à un contrat de travail. Si le contrat comportera sans doute des indications utiles à cet égard, les sources autorisées par la législation ne relèvent toutefois pas seulement de la négociation contractuelle.

§38 Il est aisé de dérouler d'autres exemples, en matière de santé-sécurité au travail par exemple. Ou encore en matière de vie privée au travail ? On en entend parler, on pose à un juriste la question de savoir si la loi sur le contrat de travail en tient compte et, sur sa réponse négative (et exacte, mais dans les limites d'une question incomplète), on prend la chose pour une légende urbaine...parce que la source est ailleurs.

On ne peut, par ailleurs, que constater combien, dans la plupart des situations courantes, en particulier dans les TPME et PME, les employeurs éprouvent un sentiment de conformité s'ils prennent soin de proposer des contrats de travail élaborés selon leurs besoins spécifiques et comptent pour « le reste » sur les services de leur secrétariat social agréé. Ah ! la fantaisie des horaires de travail contractuels (complétés manuscritement sur le modèle-type de contrat) ne reposant sur aucun horaire figurant au ou annexé au règlement de travail ! Temps de pause ? De quoi parlez-vous, rien de semblable dans le droit du contrat de travail...

§39 Une dernière remarque enfin, puisque nous avons formé ci-dessus deux réserves : l'une à propos de l'intrus contenu dans la liste des lois contractuelles, l'autre à propos du dispositif pénal entré en vigueur le 1 janvier 2019, consacré par le nouvel article 138 de la loi du 3 juillet 1978. Dans un souci de facilité, nous avons jusqu'à présent présenté nos piliers caractéristiques de la structure relative du droit du travail, en accentuant leur spécificité.

A vrai dire cependant, le législateur ne procède pas selon un principe de rigueur, à chaque loi son appartenance à un (et un seul) pilier. Probablement faut-il plus prosaïquement constater que, comme déjà indiqué, le législateur ne qualifie pas ce qu'il fait (il ne dit pas plus qu'il édicte une loi de protection/règlementation du travail qu'il n'indique, malgré la demande que les institutions de l'Union lui adressent, édicter une loi de transposition), mais qu'en plus il lui arrive de faire plusieurs choses à la fois : au sein de la même loi, édicter à la fois des règles contractuelles et des dispositions relatives à la protection/règlementation du travail.

§40 Reprenons nos deux réserves à la lumière de cette hypothèse.

La loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à disposition d'utilisateurs relève-t-elle des lois contractuelles, ou est-elle une loi de protection/règlementation du travail ? Elle relève plutôt de cette

dernière catégorie pour l'ensemble de ce qui, en son sein, relève de la mise à disposition et, sans doute, du travail intérimaire. En revanche, les dispositions qui régissent le contrat de travail temporaire et le contrat de travail intérimaire en tant que tels seraient-elles propres aux « lois contractuelles » ?

Et la nouvelle pénalisation introduite par l'article 138 de la loi du 3 juillet 1978 ? Coup de canif dans le principe des lois contractuelles ou insertion, faute de mieux dans la loi contractuelle du 3 juillet 1978 de dispositions (les articles 30*ter*, *quater*, *sexies*) qui sont en réalité comme un décalque du repos de maternité, consacrant ici l'accueil d'autres formes de parentalité et qui, s'éclairant de leur proximité d'objet avec le repos de maternité doivent suivre son statut de règle de protection/règlementation insérée dans une loi pour le reste d'une autre nature ?

§41 Trois piliers distincts, ayant leur méthodologie propre (contrôle externe, principe de légalité configurant les conditions de travail ; habilitation des interlocuteurs sociaux et autonomie collective de ceux-ci ; liberté contractuelle sous impérativité unilatérale), certes. Mais entrelacés afin de saisir juridiquement toute la densité de la relation de travail, de sorte que celle-ci se trouve le plus souvent justiciable de normativités distinctes.

Le consensus sur un paradigme contractuel et l'autonomie relative du droit du travail : attention, un paradigme peut en cacher un autre.

§42 Revenons au confort supposé du contrat de travail. Une telle situation doit sans doute une part de son importance au « paradigme contractuel », identifié comme structurant le droit du travail belge. Elle se trouve renforcée dans ses effets par l'idée d'une « autonomie relative » du droit du travail.

Qu'entend-on par « paradigme contractuel », et d'où nous vient-il ? Le fait même du développement progressif et désordonné du droit du travail accentue le besoin de simplicité. Quelle idée simple pour rendre compte de l'effusion normative en la matière ? Plusieurs courants se sont affrontés. On peut les ramener au débat sur la « nature » contractuelle ou statutaire du droit du travail.

§43 Pour les tenants de la position statutaire, qui s'inscrivent dans la lignée des publicistes réalistes tels Maurice Hauriou ou Léon Duguit la production en quantité de normes étatiques de droit objectif régissant le travail subordonné donne à ce dernier un caractère légal « objectif » comparable à celui que l'on trouve dans une position statutaire, où le régime juridique est de droit, non négocié. Selon ce premier courant, la part de la liberté contractuelle est à ce point tenue en droit du travail que la théorie statutaire doit être reçue. Les tenants du paradigme contractuel, quant à eux, rappellent l'ancrage dans le contrat et les dimensions de libre choix, de liberté de négocier qui y sont attachées—quel que soit le poids des encadrements collatéraux par le droit objectif.

L'œuvre de Micheline Jamouille⁴⁸ est de celles qui permettent au mieux de retracer ces débats ; nous en avons écrit qu'elle décrivait « des lois contractuelles (...) prises dans un processus social, politique et législatif de transformation qui les fait muter en autre chose, sans que le lien avec le droit des obligations soit rompu »⁴⁹. On comprend donc que s'il y a de bonnes raisons à former, aujourd'hui encore, le diagnostic d'un paradigme contractuel (le lien avec le droit des obligations n'a pas été rompu), les meilleures raisons du monde commandent de penser que ce paradigme va se révéler un peu étroit (à raison des mutations opérées).

§44 Le même diagnostic initial est à la source du consensus sur « l'autonomie relative » du droit du travail⁵⁰, et cette autonomie relative va se révéler déterminante dans l'interprétation de ce droit et les contrôles de qualification opérés par la Cour de cassation. En effet, mettre en évidence une « autonomie relative » du droit du travail, c'est dire à la fois qu'il se caractérise comme

nouveau (justifiant son autonomie), et rappeler son ancrage dans un « droit commun », ici le droit des contrats, avec lequel le lien n'est pas rompu.

§45 Il est d'ailleurs amusant de se rappeler que le législateur lui-même n'a jamais pensé être en mesure de fabriquer une discipline unifiée. Certes, il a tenté des codifications partielles (la loi du 16 mars 1971 sur le travail, la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires, voire la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail... ? Mais les citer revient à mettre en évidence qu'il y allait, à chaque fois, d'une ébauche cantonnée dans les limites de l'un de nos piliers ⁵¹) ou collatérales (le code pénal social), voire cantonnées à des mesures d'exécution (l'ancien RGPT, le code du bien-être au travail actuel), mais sans jamais être dupe quant à l'unité de la matière (laquelle, d'ailleurs, le droit social ? le droit du travail ?). Il s'est donc adonné au jeu de billard en assignant par la bande cet objectif d'unification à d'autres que lui, singulièrement au juge : par l'effet de la compétence unifiante attribuée au tribunal du travail, ou par l'effet de concepts spécifiques, telle la nullité inopposable aux droits des travailleurs, disséminée ici et là, dont il pensait que le juge se saisirait ⁵² (ce qui ne fut pas le cas, ou très marginalement). Donc, s'il n'y a pas d'unité, si l'autonomie n'est que relative, voici que se renforce le sentiment comme naturel qu'il convient de faire appel au droit des contrats...

§46 Mais à nous en tenir à ce qui précède, nous faisons l'impasse sur l'impact du droit européen. Or cet impact est d'autant plus important qu'il révèle des aspects inattendus.

Pour être nuancé, il faudrait être plus complet qu'on ne peut l'être ici ⁵³. La politique sociale est l'une des politiques poursuivies par l'Union. Cette politique est éclairée dans son principe par les finalités que l'on trouve affirmée dès l'article 3 TUE. Elle est mise en œuvre notamment par un droit dérivé qui concrétise, par le moyen de normes minimales, la poursuite des objectifs de politique sociale assignés à l'Union.

L'application de ce droit, placé sous le contrôle et l'interprétation de la Cour de Justice se fera moyennant les méthodes d'interprétation propres à l'Union, notamment la méthode téléologique par laquelle la Cour veille à donner un plein effet utile au droit de l'Union.

§47 Schématisons : une règle de droit interne relevant du domaine de la protection/règlementation du travail se présentera le plus souvent comme une règle légale dérogeant au principe de l'équilibre contractuel propre aux contrats synallagmatiques (comme le contrat de travail). Sous l'empire du paradigme contractuel et de l'autonomie relative, il est probable qu'une telle règle appellera une interprétation stricte, précisément car elle se donne à voir comme dérogoire.

En revanche, sous l'empire des mécanismes propres au droit de l'Union—si, d'aventure, cette règle de droit interne nous vient de la transposition d'une règle de droit dérivé, ou se situe dans la dynamique d'application du droit dérivé, la règle commandera une interprétation téléologique veillant à donner à ce dispositif du droit de l'Union sa pleine effectivité.

§48 Un exemple pour illustrer le propos ? L'arrêt Paquay⁵⁴. La protection organisée par le droit belge contre un congé donné à une travailleuse à raison de sa situation de grossesse ou de maternité est enchâssé dans un formalisme notamment temporel. Il est constant que, en l'espèce, le congé avait été donné après la fin de la période de protection. L'attention de la juridiction avait cependant été attirée sur des mesures préparatoires au congé, prises pendant la période de protection et laissant entendre que le congé à venir serait bel et bien un effet de la grossesse ou de la maternité. De là les questions préjudicielles tendant à savoir si le congé notifié après l'issue de la période de protection mais préparé voire décidé au cours de celle-ci satisfait aux exigences de la directive⁵⁵.

§49 Plus récent ? Une ordonnance tout à fait standard, du 22 mars 2018⁵⁶, illustrant parfaitement la force juridique susceptible de s'attacher au principe de non-discrimination, comme ici, dans la comparaison des régimes temporaires ou définitif de carrières. Est-il normal, dans une carrière universitaire relevant de la fonction publique, que seuls les agents titulaires d'un poste (à titre statutaire ou contractuel) aient accès au régime d'évolution de carrière (dit « régime d'évolution professionnelle horizontale »), à l'exclusion des agents non titulaires ou temporaires qui ne peuvent donc espérer le bénéfice du complément de rémunération attaché à ce régime d'évolution professionnelle ? Réponse par voie d'ordonnance, vu la clarté et la fermeté de la jurisprudence acquise, dont il résulte d'une part que « le critère décisif pour déterminer si une mesure relève des « conditions d'emploi », au sens de la clause 4, point 1, de l'accord-cadre⁵⁷, est précisément celui de l'emploi, à savoir la relation de travail établie entre un travailleur et son employeur »⁵⁸, et que « même s'il appartient, en principe, à la juridiction de renvoi de déterminer la nature ainsi que les objectifs des mesures en cause, il convient de relever qu'il résulte des éléments du dossier soumis à la Cour par cette juridiction que la participation à un régime d'évolution professionnelle, tel que celui en cause au principal, et le complément de rémunération auquel la participation à un tel régime donne lieu doivent également être considérés comme étant des « conditions d'emploi », au sens de la clause 4, point 1, de l'accord-cadre »⁵⁹.

§50 Accordons-nous sur le fait que voici probablement deux produits juridiques qui seraient restés inaccessibles dans le cadre du paradigme contractuel d'autonomie relative. A réfléchir. Mais sommes-nous sûrs qu'il n'y a pas d'autre terrain de jeu accessible en droit du travail que celui du paradigme contractuel, d'une part, et celui du droit de l'Union, de l'autre ? Le paradigme contractuel n'a pour lui que le

mérite de sa simplicité pédagogique, mais il ne rend pas compte de toutes les facettes du droit du travail. Nous avons la conviction qu'il y a moyen d'aller chercher, dans la diversité normative des piliers qui structurent notre droit du travail des gisements de supports normatifs aptes à un idéal de justice sociale. C'est en ce sens que l'on renouerait alors avec les intuitions de celle à qui l'on rend hommage.

Renouer avec les intuitions d'Eliane Vogel-Polsky ?

§51 Nous avons tenté de décrire le droit du travail comme jaillissant d'une formidable diversité de sources et de techniques, toutes cependant dédiées à saisir juridiquement le travail humain subordonné.

Reposons notre question initiale et voyons si les cailloux semés le long du chemin se révèlent utiles ? Comment trouver un support normatif apte à aider à ce que justice soit rendue lorsque le travail est dénié ou méprisé ? Les replis, les méandres parcourus renferment-ils aujourd'hui des gisements d'action et de justice sociale à la hauteur de ceux qu'Eliane Vogel-Polsky avait découverts en mobilisant à l'appui de son action, un droit européen du travail auquel personne alors ne croyait ? Sans nul doute, on ne sera pas à hauteur de son inspiration ; il reste que quelques cailloux blancs parsèment le parcours. Inattendus ou peu mobilisés, pourraient-ils se révéler des ressorts utiles ?

§52 Premier caillou : quel paradigme d'interprétation suivre ? Celui qui le plus souvent se fonde sur le paradigme contractuel ou celui du droit de l'Union ? Premier enseignement : veiller à maintenir à jour la cartographie des enseignements tirés du droit du travail européen et distinguer, dans les ressources utiles, celles qui relèvent du monopole de l'interprétation réservé à la Cour de Justice de celles qui relèvent du pouvoir d'interprétation et de qualification de nos juridictions domestiques sous le contrôle de la Cour de cassation. De ce point de vue, nous sommes très loin de tirer tous les enseignements utiles qui, aujourd'hui encore, découlent de l'option innovante et décisive de celle que l'on célèbre.

§53 Deuxième caillou : nous venons d'évoquer le droit européen sous l'angle du paradigme d'interprétation, mais son mode de fonctionnement technique retient aussi l'attention, qu'il s'agisse de son approche le plus souvent unifiée des relations de travail privées ou publiques, ou de ses liens propres. Deuxième enseignement : ne pas perdre de vue que l'organisation de ce droit ne correspond pas à nos piliers. Il n'y a pas, à ce jour, de droit dérivé édicté sur le fondement de l'article 153 1. d) TFUE⁶⁰. Ceci n'empêche pas qu'il y ait du droit dérivé pertinent en matière de contrat de travail, y compris à propos des conditions faites lors de la résiliation d'un contrat⁶¹. Autre volet de cet enseignement : ne pas perdre de vue l'effet direct vertical des directives, de sorte que l'Etat employeur (sous toutes ses formes) en est tenu, quand ce n'est pas le cas des employeurs du secteur privé.

§54 Troisième caillou : nous avons vu la multiplicité des acteurs mobilisés dans la mise en œuvre du droit du travail : parties contractantes, bien entendu, mais aussi interlocuteurs sociaux et, du côté du « contrôle externe », ministère public et

services d'inspections. Troisième enseignement : est-on en présence d'une question qui ne peut être réglée que par l'exercice personnel du droit d'action ? Est-elle vraiment « purement » contractuelle ? Ou la matière relève-t-elle du droit des conventions collectives et peut-on alors imaginer l'exercice du droit d'action par l'une ou l'autre organisation⁶² ? Ou encore la matière relève-t-elle d'une forme ou l'autre de contrôle externe, peut-on en saisir l'auditorat ou l'inspection et attendre une régularisation, ou l'opportunité de greffer une action civile sur l'action publique ?

§55 Quatrième caillou : nous avons vu la multiplicité des normes et, assez souvent, les recouvrements possibles entre normes contractuelles et normes légales, souvent assorties d'une sanction pénale. Ici, la question n'est plus celle des acteurs, mais bien celle du fondement pour agir. Quatrième enseignement : rappelons-nous que la consécration, dans toute sa fermeté, de ce que l'on a appelé en droit judiciaire la théorie factuelle de l'objet d'une instance nous vient d'un arrêt rendu, chambres réunies, en droit du travail⁶³. Par son arrêt la Cour de cassation a décidé que toute demande tendant à une condamnation qui se fonde sur des faits révélant l'existence d'une infraction, peut relever des délais de prescription applicables aux actions civiles résultant des infractions, lors même que ces faits constituent également un manquement aux obligations contractuelles du défendeur et que la chose demandée consiste en l'exécution de ces obligations. Donc, il ne faut pas perdre de vue la faculté d'opter pour des délais de prescriptions différents.

Il ne faut pas perdre de vue non plus que dans ces hypothèses un choix se présentera. Lorsque la Cour de cassation indique « lors même que la chose demandée consiste en l'exécution de ces obligations », quelles obligations a-t-elle à l'esprit ? Sans doute pense-t-elle, dans les circonstances de l'espèce, à l'obligation de payer la rémunération (en lieu et place de dommages et intérêts réparant le préjudice subi)—et l'on voit bien que c'est en ce sens que les commentateurs abondent. Si c'est de cela qu'il s'agit, l'option, nous semble-t-il est plutôt entre exécution en nature de l'obligation (le paiement de la rémunération) et exécution par équivalent (les dommages et intérêts).

Mais de quelle obligation ? En tant qu'obligation contractuelle⁶⁴, l'obligation au paiement de la rémunération, élément essentiel du contrat, ne fait pas l'objet d'une sanction pénale. En tant qu'obligation légale résultant de la loi du 12 avril 1965 et sanctionnée par l'article 162 du code pénal social, oui. Mais, contractuelle ou légale, l'obligation (qui n'est pas de même nature) a le même objet : le paiement de la rémunération. On ne voit pas pourquoi le créancier serait pour un motif quelconque, tenu de préférer la réparation par équivalent à l'exécution en nature : le choix opéré par la cour nous paraît pleinement judicieux.

§56 Ceci étant, nous avons indiqué ci-avant - cinquième caillou ! - qu'un certain

nombre d'obligations résultant du droit de la protection/règlementation du travail sous contrôle externe consistaient en des obligations de faire, de source légale. Deux enseignements peuvent-ils s'en déduire ? Sans doute, pour l'un, à instruire davantage, pour l'autre.

Pour le premier l'exécution forcée en nature d'une telle obligation légale est-elle possible ? La question appelle une réponse positive et la première preuve en est dans le code pénal social lui-même et découle du pouvoir d'appréciation des inspections, en vue de privilégier une mise en conformité par l'employeur—c'est-à-dire l'exécution en nature de celle-ci. En dehors de ce cadre, on ne voit pas qu'une obligation légale puisse être moins obéie qu'une obligation contractuelle, dont les travaux de Patrick Wéry, de longue date, ont montré le lien privilégié qu'elles entretiennent avec l'exécution forcée en nature et dont la pénétration en droit du contrat de travail a été mise en évidence par Claude Wantiez⁶⁵.

Mais nous ne visons ici ni une action contractuelle, ni une action en responsabilité, celle de l'employeur ne pouvant souvent être retenue que moyennant un préalable formel posé indépendamment des travailleurs (mise en demeure écrite par les services d'inspection, par exemple).

Alors : un travailleur confronté à des conditions de travail non conformes au droit objectif est-il dépourvu de recours s'il n'en subit pas (encore) de préjudice ? Il nous semble à tout le moins que lorsque l'employeur se voit assigner une obligation légale de résultat (comme pour la réalisation et la mise en œuvre du plan global de prévention et du plan annuel d'action), le non-respect de celle-ci rend possible l'action en exécution forcée.

Plus prudemment pour le deuxième volet de ce cinquième enseignement. Il y va, à chaque fois, d'obligations légales, et non d'obligations ou d'actions en exécution du contrat de travail. Ce sont, en d'autres termes, des actions qui naissent de la loi, en vue du bon respect de celle-ci (comme, par exemple, lorsque l'on demande en justice la production de documents sociaux). Par voie de conséquence, nous sommes ici en dehors du champ de l'exception comminée à l'article 1385bis⁶⁶ du Code judiciaire et l'on peut, tout comme on le fait à propos de la production de documents sociaux, demander l'exécution en nature sous astreinte.

§57 Enfin, sixième caillou, sixième enseignement, nous pouvons abrégier puisque nous trouvons sous la plume de Fabienne Kefer et Auriane Lamine d'excellents développements, auxquels nous renvoyons, sur les recours possibles en cas de violation par l'employeur de dispositions conventionnelles⁶⁷, illustrant notamment les impacts liés à la mise en œuvre d'une dimension pénale.

§58 L'énumération qui précède est exemplative, non limitative.

Bien sûr, d'autres voies sont possibles que l'exercice du droit d'action. *Exit, voice, loyalty*⁶⁸. Lorsque la protestation (« *voice* ») prend les chemins du droit, c'est, le plus souvent, que le déficit de reconnaissance vécu dans l'entreprise est considérable, ou qu'il y a un problème majeur de redistribution.

Dans la première hypothèse, il n'est pas toujours aisé de trouver le moyen d'insérer ce déficit dans un principe dispositif pour demander utilement au juge quelque chose qui soit de l'ordre de la reconstruction de cette blessure de la reconnaissance.

Dans la deuxième hypothèse, il n'est pas certain que le droit du travail (et la négociation des sacrifices dans lesquels on s'engage en voulant croire que ceux-ci sauveront l'emploi) offre plus de ressources que ce que le travailleur peut espérer du tribunal de l'entreprise en qualité de créancier social. A cet égard, septième caillou, il ne faut jamais oublier que le travailleur est aussi un créancier social et qu'à ce titre il n'est pas subordonné, il est simplement un créancier de son employeur, comme un banquier ou un fournisseur : il y a des ressources, pour ces *stakeholders* en droit économique, et le droit d'action ne s'épuise pas dans les limites de celles susceptibles d'être introduites devant la juridiction spécialisée !

§59 Parfois, des modes alternatifs de règlement sont mobilisés, mais pour qu'ils soient accessibles, il faut plutôt que l'on se parle et que l'on s'écoute mieux et plus que dans un milieu de travail *lambda*.

Lorsque ce n'est pas le cas, il reste Rudolf von Jhering : « *La paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen de l'atteindre* »⁶⁹.

-
1. Dumont D. et Van Gehuchten P.-P., « Sortir le droit du bien-être au travail de l'oubli », in Dumont D. et Van Gehuchten P.-P. (dir.), *Actualités en matière de bien-être au travail*, pp.7-17, Bruxelles, Bruylant, 2014. ←
 2. Van Eeckhoutte W. et Neuprez V., *Compendium. Droit du travail*, Waterloo, Kluwer, éd. 18-19, T.1, p. 195. ←
 3. De Tocqueville A., « Discours sur la question du droit au travail », 12 septembre 1848, in de Tocqueville A., *Egalité sociale et liberté politique*, Paris, Aubier Montaigne 1977, p. 194. ←
 4. Cf. appels de note 9 et 10 ci-dessous. ←
 5. Montigny L., *Police des établissements dangereux, insalubres ou incommodes. Commentaire de l'arrêté royal organique du 29 janvier 1863 avec les modifications résultant des arrêtés royaux du 28 mai 1884 et du 27 décembre 1886*. Gand, Vuylsteke, 1887 ; Hellebaut E. et Allard C., *De la police des établissements dangereux insalubres ou incommodes*, Bruxelles, Bruylant, 1885 ; Vilain J., *Traité théorique et pratique de la Police des établissements dangereux, insalubres ou incommodes*, Bruxelles, Flatau, 1857 ; Guillaume A., Lefort A.-C. et Jigaudon G., *Dangereux, insalubres et incommodes : paysages industriels en banlieue parisienne XIXe—XXe siècles*, Ed. Champ vallon, Seyssel, 2017 ; Devos G., « Milieuverontreiniging door de industrie omstreeks het midden van de 19de eeuw », *Bijdragen tot de geschiedenis—Liber alumnorum Karel Van Isacker*, Antwerpen, UFSIA, 1980, pp. 347-384 ; ←

6. Sur les *Eléments de droit industriel* belge de Velge H., voir Dorssemont F., « Les éléments de droit industriel belge d'Henri Velge (1927-1929), une première tentative louvaniste de conceptualiser le droit du travail », in Autenne A., Cassiers V., Strowel A. (dir), *Droit, économie et valeurs. Hommage à Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2014, p.183 ; plus généralement, voir de Brouwer J. et Debaenst B., « Naissance et développement de l'enseignement universitaire du droit social en Belgique », in Dorssemont F. et Dumont D. (dir.), *Aux sources du droit social : en hommage à Micheline Jamoulle*, Bruxelles, La Chartre, 2017, p. 17, et les notes 24, 29 et 31. ←
7. Certains auteurs rapprochent de contrôle préventif du modèle français, et voient dans l'allègement de celui-ci et la montée en puissance consécutive d'un contrôle judiciaire de type répressif la marque de l'influence du « modèle anglais » : Vilain J., *Traité théorique et pratique de la Police des établissements dangereux, insalubres ou incommodes*, *op.cit.*, p.508. De ce point de vue (Devos G., « Milieuvontreiniging door de industrie omstreeks het midden van de 19de eeuw », *op.cit.*, p. 346, p. exemple), la réforme de 1863 serait celle qui enclenche plutôt une préférence pour le modèle anglais (la liberté au prix de la répression), allégeant quelque peu les contrôles préventifs. ←
8. Article 2 de l'arrêté royal du 12 novembre 1849 et circulaire aux gouverneurs du 27 septembre 1850, Ministère de l'Intérieur, *Police des établissements dangereux, insalubres ou incommodes*, Bruxelles, Verbruggen, 1854, pp. 2 et 27. ←
9. Commission du travail, *Réponses au questionnaire concernant le travail industriel*, vol. 1 ; *Procès-verbaux des séances d'enquête concernant le travail industriel*, Vol. 2 ; *Rapports. Propositions des sections et conclusions*, Vol. 3, Bruxelles, Lesigne, 1887. ←
10. *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986. ←
11. Pas plus qu'en droit du contrat ou encore, dans un tout autre registre, lorsqu'il transpose des directives européennes...sacré législateur ! ←
12. Qui prend le plus souvent la forme d'une énumération (énumération des lois relevant de la réglementation du travail, dans la doctrine, ou, sous la plume de l'administration). L'énumération qui figure dans les travaux parlementaires ayant conduit à la loi du 5 mars 2002 transposant la directive 96/71, qui retient le critère de la sanction pénale pour identifier les règles de droit belge applicables et dont l'exposé des motifs énumère les dispositions comme suit : « la loi sur du 16 mars 1971 sur le travail, la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés, les lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés coordonnées le 28 juin 1971, la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, la loi du 4 août 1996 relatif au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail, l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux, la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs ainsi que leurs arrêtés d'exécution » (*Doc. Parl. Chambre*, 50-1441/001, exposé des motifs, p. 19). Cf. aussi ci-après note 19. ←
13. Dans les limites de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, cette phrase est vraie du 1er juillet 2011, date d'entrée en vigueur d'une modification de l'article 24 liée au code pénal social qui a décriminalisé toute irrégularité dans la mise en œuvre d'une clause de cautionnement, au 1er janvier 2019, date d'entrée en vigueur du nouvel article 138 de la même loi pénalisant la violation des dispositions relatives au congé parental comme parent d'adoption ou parent d'accueil (violation des articles 30 *ter*, *quater* et *sexies* de la loi), cf. ci-après. ←
14. Afin d'y inclure non seulement les contrôles pouvant conduire à la sanction pénale, mais aussi les contrôles préventifs, et ceux qui peuvent conduire à une sanction administrative autonome. ←
15. Lesquelles doivent être entendues au sens large : il y va en effet de sanctions pénales, classiques, mais aussi de sanctions administratives, tantôt alternatives à la sanction pénale, tantôt autonomes lorsque l'infraction n'expose qu'au risque d'une sanction de niveau 1. Le code pénal social inclut des sanctions non pénales. Il détaille aussi le travail des services d'inspection y compris lorsque ceux-ci, dans le fil des missions qui leur sont assignées par la Convention OIT n°81 et les pouvoirs d'appréciation dont le code les investit (article 21) . De là l'expression générale « contrôle externe ». ←
16. article 3 de la Convention OIT n° 81 ; les dispositions qui définissent les pouvoirs des services d'inspection, dans le code pénal social confirment cette mission, voir par exemple la définition du pouvoir d'appréciation qui leur revient (article 21 Code pénal social), et l'importance des missions préventives dont ils sont en charge. ←
17. L'expression « mise en conformité est importante car elle met en évidence combien il s'agit souvent d'obligations de faire ou de ne pas faire, de configurer adéquatement l'organisation du travail. ←

18. Van Eeckhoutte W., *Compendium droit du travail*, 06-07, Kluwer, n°4502. ←
19. On trouvera dans l'annexe au rapport relatif à la loi du 11 décembre 2016 portant diverses dispositions concernant le détachement de travailleurs (*Doc. Parl. Chambre*, sess. 54, n° 2091/008), une note technique dont le contenu mérite l'intérêt. Il rappelle que l'article 189 est, aux yeux des auteurs du code, une forme de « filet de sécurité », mais qu'un grand nombre d'autres dispositions continuent de sanctionner pénalement le non-respect des CCT, interprofessionnelles ou non, rendues obligatoires ou non, et ceci explicitement ou implicitement, références étant faites aux travaux préparatoires du code pénal social. Eclairée de la sorte, la dépénalisation se réduit comme peau de chagrin et laisse un large espace de manœuvre pour d'éventuelles actions publiques. ←
20. Étant entendu que tracer la ligne de démarcation de cette manière ne rend pas justice à la subtilité des lois en cause, art. 2 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires et art. 1 de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, tel que mis en œuvre par les art. 3 et 4 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984 portant exécution de la loi du 19 décembre 1974. Sur cette question : de Wilde d'Estmael J. et Rigaux L., « Le champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires », in Dermine E. et Vannes V. (dir.), *La loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires. Cinquante ans d'application ?* Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 79-143. ←
21. Non sans au moins rappeler que les personnels contractuels engagés par les personnes morales de droit public relevant du « statut syndical » organisé par la loi du 19 décembre 1974 relèvent bien du système de négociation/concertation applicable à leur employeur. ←
22. Voir notamment sur ce point, avec l'abondante bibliographie qui l'accompagne, Arcq E., Capron M., Léonard E., Reman P., *Dynamiques de la concertation sociale*, Bruxelles, CRISP, 2010. ←
23. Un jeu élargi à ses accessoires indispensables : ainsi de l'habilitation des organisations à agir en justice en vue d'assurer le respect des droits que leurs membres puisent dans les conventions collectives qu'elles ont conclues (art. 4 de la loi du 5 décembre 1968). ←
24. Dumont H., « Droit public, droit négocié et paralégalité », in SIEJ, *Droit négocié, droit imposé ?* Bruxelles, FUSL, 1996, pp. 457-489 ; Bombois T., Joassart P. et Piret F., « Constitution et conventions collectives », in Andersen R. (dir.), *Mélanges en hommage à Francis Delpérée : itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 159-173. ←
25. Nous avons esquissé l'exercice pour les conventions collectives de travail : Van Gehuchten P.-P., « Les conventions collectives, sources de droit » in Hachez I. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2013, pp. 381-404, en insistant selon les termes de François L., sur le fait que, traité ou coutume, accord tranquille ou cicatrice, la CCT porte la marque d'une âpre négociation. Continuons à voir, sous l'outil juridique aujourd'hui standard, et la lutte et l'accord. ←
26. C.C.T. n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs, modifiée par les C.C.T. 38bis à 38sexies, même si l'on peut se demander si une telle C.C.T. peut s'appliquer à d'autres que l'employeur, le candidat n'étant pas encore un travailleur, crainte sans doute partagée par les interlocuteurs sociaux puisque l'accent a été mis, au fil des révisions, sur un code de conduite annexé qui a tout de la *soft law*. ←
27. C.C.T. n° 1bis du 21 décembre 1978 adaptant à la loi relative aux contrats de travail la convention collective n° 1 du 12 février 1970 concernant la clause dérogatoire de non-concurrence, modifiée par la convention collective de travail n° 1ter du 28 février 1980 et article 86 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ; C.C.T. n° 41 du 25 mars 1986 concernant le cautionnement, modifiée par la convention collective de travail n° 41bis et article 23 de la même loi...et poser bien entendu la question de l'autonomie conventionnelle lorsque la CCT est prise en exécution de la loi ? ←
28. C.C.T. n° 35 du 27 février 1981 concernant certaines dispositions du droit du travail en matière de travail à temps partiel, modifiée par la convention collective n° 35bis du 9 février 2000, cohabitant avec l'article 11bis de la loi du 3 juillet 1978 et les articles 152 et suivants de la loi-programme du 22 décembre 1989. ←
29. C.C.T. n° 17 du 19 décembre 1974 instituant un régime d'indemnité complémentaire pour certains travailleurs âgés, en cas de licenciement, modifiée par les conventions collectives n° 17 bis à 17 tricies septies. ←
30. Depuis l'arrêt Commission c/ Royaume de Danemark, aff. 143/83, du 30 janvier 1985, par. 8. ←

31. Convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d 'employeur du fait d 'un transfert conventionnel d 'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l 'actif après faillite ou concordat judiciaire par abandon d 'actif. Cette C.C.T a transposé la directive européenne 2001/23 du Conseil du 12 mars 2001 qui a codifié la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements. ←
32. Principe de libre disposition au cœur de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs. ←
33. Entre autres C.C.T. n° 81 du 26 avril 2002 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau. ←
34. Loi du 26 juillet 1996 relative à la promotion de l'emploi et à la sauvegarde préventive de la compétitivité. ←
35. Pas de portée pratique pour la C.C.T. n° 90 du 20 décembre 2007 concernant les avantages non récurrents liés aux résultats modifiée par la convention collective n° 90bis du 21 décembre 2010, sans la loi du 21 décembre 2007 relative à l'exécution de l'accord interprofessionnel 2007-2008. ←
36. Loi du 26 décembre 2013 concernant l 'introduction d 'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d 'accompagnement. ←
37. C.C.T. n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement ←
38. C.C.T. n° 5 du 24 mai 1971 concernant le statut des délégations syndicales du personnel des entreprises, modifiée par les conventions collectives n° 5bis à 5quater, bien entendu, mais aussi C.C.T n° 9 du 3 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclus au sein du Conseil national du Travail, modifiée par les conventions collectives n° 9bis à 9quater. ←
39. Par la modification de l'article 24 de la loi du 3 juillet 1978. ←
40. Loi du 6 septembre 2018 modifiant la réglementation en vue de renforcer le congé d 'adoption et d 'instaurer le congé parental d 'accueil ; sur ces notes 39 et 40, voir aussi ci-dessus, note 13. ←
41. Article 148 nouveau de celui-ci. ←
42. Vannes V., « Des premiers accords collectifs aux conventions collectives de travail régies par la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires », in Dermine E. et Vannes V. (dir.), *La loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires. Cinquante ans d'application ?*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 56 et s. ←
43. Et le législateur lui-même ne procède pas autrement lorsqu'il y renvoie, voir par exemple l'article 5 de la loi du 5 mars 2002 concernant les conditions de travail, de rémunération et d 'emploi en cas de détachement de travailleurs en Belgique et le respect de celles-ci. L'exposé des motifs de la loi (*Doc. Parl. Chambre*, sess. 50, n°1441/001, p. 19) énumère ce qui y est inclus, et la question de la dépenalisation du non-respect des CCT rendues obligatoires par arrêté royal fait l'objet, notamment en matière de non-paiement de la rémunération, d'une note technique figurant en annexe au rapport déposé lors de la réforme de 2016, postérieure au code pénal social (*Doc. Parl. Chambre*, sess. 54, n° 2091/008). ←
44. Sous réserve de la quatrième dimension qu'il intègre, note 2 ci-dessus. ←
45. Van Eeckhoutte W. et Neuprez V., *op.cit.*, p. 195. ←
46. Van Gehuchten P.-P., « Article 137 », in Pingel I. (dir.), *De Rome à Lisbonne, Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Bruxelles, Helbling Dalloz Bruylant, 2010, p. 1033. ←
47. Pour un exemple de veille systématique de ces impacts : voir <http://atelierdroitsocial.be/category/chronique/> : les deux Chroniques 2010-2011 et 2011-2012. ←
48. Voir sa bibliographie, in Dorssemont F. et Dumont D. (dir.), *Aux sources du droit social : en hommage à Micheline Jamouille* Bruxelles, La Charte, 2017, pp. 1 à 6 ; sur ce « paradigme contractuel », voir spécifiquement Jamouille M., *Le contrat de travail*, T.I, Liège, 1982, p. 89 ; Id., *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, 1994, les leçons 4 et 5. ←

49. Van Gehuchten P.-P., « En hommage à Micheline Jamoulle », in Dorssemont F. et Dumont D. (dir.), *Aux sources du droit social : en hommage à Micheline Jamoulle*, Bruxelles, La Chartre, 2017, p. 10. ←
50. Sur le « grand récit » de l'autonomie du droit social et ses avatars contemporains : van Eeckhoutte W., « De inleiding tot een sociaal recht van Herman Lenaerts revisited », in Dorssemont F. et Dumont D. (dir.), *Aux sources du droit social : en hommage à Micheline Jamoulle*, Bruxelles, La Chartre, 2017, pp. 33-56. L'œuvre de Lenaerts est aussi de celles qui permettent de saisir ce *momentum*. ←
51. Enjeux actuels des questions de codification : voir Cuypers D. et Van Regenmortel A., « Naar een codificatie van het belgische arbeidsrecht ? », in Dorssemont F. et Dumont D. (dir.), *Aux sources du droit social : en hommage à Micheline Jamoulle*, Bruxelles, La Chartre, 2017, pp. 160-192. ←
52. Sur la portée attribuée par les auteurs du Code judiciaire à la réforme des compétences de la nouvelle juridiction sociale à créer, et sur la portée de la déclinaison des « nullités inopposables aux droits des travailleurs » dans diverses législations, Van Gehuchten P.-P. et Verhoustraeten A., « Le contentieux objectif devant les juridictions de l'ordre judiciaire », in de Broux P.-O., Lombaert B. Léonard T. et Van Meerbeeck J. (dir.), *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2019, pp. 407-440. ←
53. Nous renvoyons donc à quelques contributions dans lesquelles nous avons pu aborder ces questions : Van Gehuchten P.-P., « Droit social », in Lejeune Y. (dir.), *La participation de la Belgique à l'élaboration et à la mise en œuvre du droit européen—Aspects organisationnels et procédurals*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 621-679 ; Van Gehuchten P.-P., « Droit du travail européen et loi du 3 juillet 1978 : y a-t-il des arrêts de la Cour de justice qui comptent en matière de contrat de travail ? », in *Les trente ans de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail*, Bruxelles, Ed. du jeune Barreau, 2008, pp. 51-85 ; Van Gehuchten P.-P., « Droit du travail européen, droit du travail, droit du contrat de travail : quelles connexions », in Gilson S. (dir.), *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, pp. 433-458. ←
54. Arrêt Nadine Paquay contre Société d'architectes Hoet et Minne SPRL,, 3^{ème} chambre, aff. C-460/06, 11 octobre 2007. ←
55. La Cour, dans la logique de l'effet utile de la protection, décide notamment que :« (40). En ce qui concerne la première partie de la seconde question, il convient de rappeler, ainsi qu'il ressort du point 29 du présent arrêt, que la Cour a déjà jugé qu'une protection contre le licenciement devait être reconnue à la femme non seulement pendant le congé de maternité, mais également pendant toute la durée de la grossesse. Le licenciement d'un travailleur féminin au cours de sa grossesse ou pendant son congé de maternité pour des raisons liées à la grossesse et/ou à la naissance d'un enfant constitue une discrimination directe fondée sur le sexe contraire aux articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207. (41) Ainsi qu'il ressort de la réponse de la Cour à la première question et, notamment, des points 35 et 38 du présent arrêt, le fait qu'une telle décision de licenciement est notifiée après la fin de la période de protection prévue à l'article 10 de la directive 92/85 est sans pertinence. Toute autre interprétation des articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207 restreindrait la portée de la protection accordée par le droit communautaire à la femme enceinte, accouchée et allaitante contrairement à l'économie et à l'évolution des règles du droit communautaire régissant l'égalité entre les hommes et les femmes dans ce domaine ». ←
56. Ordonnance Pilar Centeno Meléndez contre Universidad de Zaragoza,, aff. C-315/17 du 22 mars 2018, par. 44 à 50. ←
57. Directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (JO 1999, L 175, p. 43). ←
58. Point 45 de l'ordonnance, et référence faite à l'arrêt Carmela Carratù contre Poste Italiane SpA, aff. C-361/12, du 12 décembre 2013, par. 35. ←
59. *Ibid.*, par.47. ←
60. Qui vise « la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail ». ←
61. Notamment en application de la Directive 91/533/CEE du Conseil du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, ou encore des Directives 97/81 et 99/70 du Conseil, des 15 décembre 1997 et 28 juin 1999, concernant respectivement les accords-cadres sur le travail à temps partiel et le travail à durée déterminée. Ainsi, un licenciement collectif frappant, pour un motif objectif, des travailleurs engagés à durée indéterminée, et s'accompagnant aussi, pour d'autres travailleurs, du non renouvellement de contrats temporaires peut conduire à octroyer aux derniers des indemnités inférieures à celles octroyées aux premiers (arrêt Cobra Servicios auxiliares, deuxième chambre, aff. jointes C-29/18, 30/18 et 44/18, du 11 avril 2019). ←

62. On ne peut pas dire qu'elles semblent friandes de l'exercice. Sur ce droit d'action sinon méconnu du moins mépratique (?), voir Dermine E. et Remouchamps S., « L'action en justice des organisations représentatives dans le cadre de la loi du 5 décembre 1968 (art.4) : quand le droit social anticipe les évolutions du droit judiciaire », in Dermine E. et Vannes V., *La loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires. Cinquante ans d'application ?*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 145-236. ←
63. Cass. (chambres réunies) 23 octobre 2006, *Pas.* 2006, p.2110 ; *J.L.M.B.*, 2007, 698 ; *J.T.T.* 2007, p. 227, concl. Leclercq J.; *R.C.J.B.*, 2008, p.157 et note Kefer F. ; *R.R.D.*, 2006, p. 229, note Capart R. ; *Chr. D.S.* 2007, p. 270, note Remouchamps S. Cet arrêt parachève l'évolution commencée par l'arrêt du 14 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856 et obs. de Leval G., « Un arrêt fondamental et attendu » ; *J.T.*, 2005, p.659 et obs. Van Compernelle J., « La cause de la demande : une clarification décisive », qui avait opté pour une acception factuelle de la cause assignée à l'instance. ←
64. Art. 20, 3° de la loi du 3 juillet 1978. ←
65. Wantiez C., « Résolution judiciaire et exécution forcée du contrat de travail », in Dear L. et Plasschaert E. (dir.), *Le contrat de travail revisité à la lumière du XXIème siècle*, Bruxelles, Larcier, 2018 pp. 348-364. ←
66. Moreau-Margreve I., « L'astreinte », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1982, p. 17. Elle rappelle les circonstances et la portée de l'exclusion, en ce compris la portée de l'avis qui avait été sollicité au CNT. ←
67. Kéfer F. et Lamine A., « La sanction du non-respect, par l'employeur, des obligations trouvant leur source dans des conventions collectives de travail : questions choisies », in Dermine E. et Vannes V. (dir.), *La loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires. Cinquante ans d'application ?* Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 270-320. ←
68. On aura reconnu le titre de l'ouvrage majeur de Hirschman A.O. (Cambridge, MA, Harvard University Press, 1970) : je quitte, je donne de la voix, j'obéis loyalement et silencieusement. Voir aussi la note de lecture remarquable de Bajoit G., « Exit, voice, loyalty and...apathy », *R. Fr. sociologie*, 1988, pp. 325-345. ←
69. Von Jhering R., *La lutte pour le droit*, Rééd., Paris, Dalloz, 2006.** ←